C.N.S.C.

CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

Str. Stavropoleos nr. 6, Sector 3, București, România, CP 030084, CIF 20329980
Tel. +4 021 3104641 Fax. +4 021 3104642; +4 021 8900745, www.cnsc.ro

În conformitate cu prevederile art. 12 alin. (1) și ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE
Nr. ...
Data: ...

Prin contestația nr. 1202/15.11.2017, transmisă prin mijloace electronice și prin poștă, în original, înregistrată la Consiliu sub nr. 48863/16.11.2017, respectiv sub nr. 49184/17.11.2017, SC ... SRL, cu sediul în ..., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., având CIF RO ..., reprezentată legal de ..., în calitate de administrator, a contestat adresa nr. 42134/03.11.2017, reprezentând comunicarea privind rezultatul procedurii de atribuire „simplificată", într-o singură etapă, online, fără etapă finală de licitație electronică, a contractului de achiziție publică de lucrări având ca obiect „Reabilitare rețea distribuție apă potabilă Dn 100mm – Dn 200mm cartier Nae Leonard", inițiată de ..., în calitate de entitate contractantă, cu sediul în ... și a solicitat „anularea actului reprezentând comunicarea rezultatului procedurii nr. 42134 din 03.11.2017, precum și anularea tuturor actelor subsecvente acestei comunicări, inclusiv adresa nr. 43066/10.11.2017, prin care entitatea contractantă a răspuns notificării (...) prealabile", „anularea tuturor celorlalte comunicări ale rezultatului procedurii", „anularea procesului-verbal al comisiei de evaluare prin care a fost desemnată oferta câștigătoare", „anularea raportului procedurii de atribuire", „anularea oricărui act subsecvent întocmit de entitatea contractantă în cadrul procedurii de achiziție publică", „re-evaluarea ofertei depuse în cadrul procedurii de către subscrisa".

SC ... SRL, cu sediul în ..., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., având CIF RO ..., reprezentată legal de ..., în calitate de director general, a formulat „cererea de intervenție" nr. 7470/24.11.2017, transmisă, în original, prin poștă la data de 27.11.2017, înregistrată la Consiliu sub nr. 50895/28.11.2017, prin care a solicitat Consiliului să „respingă contestația formulată de SC ... SRL ca nefondată".

CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR,

asupra cauzei de față, constată următoarele:

În susținere SC ... SRL consideră că oferta sa nu putea fi calificată drept inacceptabilă pe niciun considerent derivat din procedura de concordat preventiv, urmare a faptului că în procedura de atribuire în discuție nu sunt aplicabile prevederile Directivei nr. 24/2014 privind achizițiile publice.

În condițiile în care în fișa de date nu s-a menționat că Directiva nr. 24/2014 urmează să fie aplicabilă, în mod direct, în procedura de achiziție publică, entitatea contractantă nu avea dreptul de a-i solicita clarificări cu privire la starea de concordat preventiv a societății.

În acest context contestatoarea învederează faptul că entitatea contractantă nu a înțeles să răspundă în niciun fel la acest aspect invocat prin punctul I al notificării sale prealabile, ceea ce reprezintă o achiesare implicită la cele prezentate.

În ceea ce privește susținerea autorității contractante din răspunsul nr. 43066/10.11.2017 ce face trimitere la aplicabilitatea art. 35 din HG nr. 394/2016, referitoare la faptul că în procedură criteriile de calificare au ca scop modificarea potențialului tehnic-financiar și organizatoric al fiecărui operator participant, potențial care trebuie să reflecte posibilitatea concretă de a îndeplini contractul și faptul că potrivit textului de lege, entitatea contractantă este obligată să selecteze candidații cu cea mai mare capacitate economică și financiară, tehnică și/sau profesională. Față de acest aspect, contestatoarea învederează că prin fișa de date achiziții nu s-a stabilit niciun criteriu tehnic, financiar sau profesional care să aibă legătură cu clarificările solicitate prin adresa nr. 41436/31.10.2017.

Contestatoarea arată că respectivele criterii de calificare, nu pot constitui criterii de analiză comparativă între candidați a ofertelor din perspectiva desemnării câștigătorului, analiza comparativă făcându-se exclusiv din perspectiva criteriilor de atribuire stabilite la punctul IV.2 din fișa de date.

În ceea ce privește principiul tratamentului egal, contestatoarea observă că acesta este încălcat de entitatea contractantă atunci când i-a solicitat dovedirea capacității de a executa lucrarea contractată prin formularea unor clarificări extrem de detaliate cu privire la starea de concordat, în timp ce altor ofertanți nu li s-au formulat solicitări similare, mai ales în condițiile în care, nici în fișa de date nu s-a solicitat depunerea de asemenea documente odată cu DUAE.

SC ... SRL precizează că a răspuns la solicitarea de clarificări a autorității contractante și subliniază că, în conformitate cu prevederile din fișa de date a achiziției, documentele justificative trebuiau prezentate doar de către ofertantul clasat pe locul I în clasamentul intermediar întocmit la finalizarea evaluării ofertelor.

SC ... SRL arată că răspunsul formulat prin adresa nr. 1149/02.11.2017, entitatea contractantă l-a apreciat neconcludent, însă din punctul său de vedere, răspunsul a fost complet, motiv pentru care cele reținute prin adresa nr. 42134/03.11.2017 nu pot fi considerate sustenabile.

În ceea ce privește planul de concordat preventiv și planul de redresare, contestatoarea arătă că acestea nu au fost întocmite ca urmare a faptului că societatea sa și-a revenit din starea de dificultate financiară în care se afla, motiv pentru care a renunțat la cererea de judecare a cauzei nr. 2508/121/2017.

În acest sens, contestatoarea arată că în răspunsul la solicitarea de clarificare a anexat cererea de renunțare la judecată și adresa nr. 4488/02.11.2017, întocmită de administratorul concordatar, prin care aceasta arăta că nu mai este temei pentru continuarea procedurii concordatului preventiv și s-a solicitat închiderea acestuia, din motive neimputabile societății sale, astfel că niciun efect negativ al stării de concordat nu îi mai poate fi opus.

În ceea ce privește motivul 2 potrivit căruia „balanța de verificare este doar pentru luna octombrie 2017, este incompletă, lipsind grupa 6 – Cheltuieli și grupa 7 – venituri”, SC ... SRL învederează că prin adresa de solicitare de clarificări nr. 41436/31.10.2017, nu s-a cerut prezentarea unei balanțe de verificare contabile, ci situația analitică a activului și pasivului, context în care a înaintat o balanță de verificare la nivel analitic pentru conturile contabile din clasele 1, 2, 3, 4, 5, cele care reflectă activele și pasivele, adică răspunsul la solicitarea autorității contractante.

Contestatoarea arată că în condițiile în care s-a solicitat situația activelor și pasivelor, sens în care a prezentat o balanță a activelor și pasivelor, calificarea ofertei sale ca inacceptabilă pentru faptul că nu a prezentat clasa a 6-a și clasa a 7-a din balanță, respectiv venituri și cheltuieli, este nelegală.

În ceea ce privește motivul 3 referitor la situația sa economică, SC ... SRL învederează că analiza corectă a valorilor/indicatorilor din bilanț trebuie făcută nu numai prin raportare la conturile 401, 411 și 409 avute în vedere, ci și la conturile 401, 409, 411, 418 și 5121.1. Contestatoarea precizează că entitatea contractantă nu a răspuns în niciun fel la acest aspect, prin răspunsul la notificarea prealabilă, ceea ce, în opinia sa, reprezintă o achiesare tacită la acest mod de calcul.

Contestatoarea arată că în situația în care sumele de plată ale societății sale, se determină prin scăderea din valoarea contului 401 (3.907.223.44 lei), a valorii contului 409 (1.722.560,46 lei), similar valoarea sumelor de încasat, aceasta se determină prin adunarea sumelor din contul 411 -Clienți (1.906.042,84 lei) cu sumele din contul 418 - Clienți facturi de întocmit (537.880 lei) și cu sumele din contul 5121.1, contul de garanții aferent AQUASERV TÂRGU MUREȘ (913.337.57 lei).

În ceea ce privește motivul 4 de considerare a ofertei SC ... SRL ca inacceptabilă privind faptul că nu s-ar fi prezentat proiect de evoluție financiar-contabilă pentru următoarele 24 de luni și nici documentele doveditoare privind suma de încasat de 1.334.322 lei din lucrări deja executate, contestatoarea învederează că suma de 1.334.322 lei, menționată în DUAE, reflectă situația la momentul completării DUAE în vederea participării la licitație.

În răspunsul la solicitarea de clarificări, contestatoarea precizează că a arătat faptul că are de încasat suma de 1.625.879 lei (valoare actualizată la data întocmirii răspunsului), iar în anexa 5 la răspunsul nr. 1149/02.11.2017, a prezentat detaliat, cu referire la fiecare contract în derulare în parte, centralizatorul situațiilor de lucrări și încasărilor aferente anului 2017, cu situația realizărilor la 31.12.2016, cu realizările din anul 2017 și mai apoi estimatul pentru anul 2017 și anul 2018.

Contestatoarea SC ... SRL a solicitat accesul la dosarul achiziției.

În dovedire, contestatoarea SC ... SRL a depus, în copie, un set de înscrisuri.

Prin adresa nr. 49138/4186 C5/17.11.2017, Consiliul a solicitat SC ... SRL să transmită contestația în original. Totodată, Consiliul a încunoștințat contestatoarea că ulterior primirii din partea entității contractante a documentelor necesare, va fi informată asupra datei în care poate consulta dosarul achiziției, precum și cu privire la termenul pentru depunerea eventualelor concluzii scrise.

Prin adresa nr. 49140/4186 C5/17.11.2017, Consiliul a solicitat entității contractante documentele necesare soluționării contestației.

Entitatea contractantă a transmis, prin poștă, în original, punctul de vedere nr. 44412/07.11.2017, împreună cu o copie a documentelor necesare soluționării contestației, corespondența fiind înregistrată de Consiliu sub nr. 49748/21.11.2017.

Prin punctul de vedere, entitatea contractantă, referitor la concordatul preventiv precizează că acesta este, conform Legii nr. 85/2014, un contract încheiat între debitorul în dificultate financiară, pe de o parte, și creditorii care dețin cel puțin 75% din valoarea creanțelor acceptate și necontestate, pe de altă parte, omologat de judecătorul-sindic, contract prin care debitorul propune un plan de redresare și de realizare a creanțelor acestor creditori, iar creditorii acceptă să sprijine eforturile debitorului de depășire a dificultății în care se află.

Entitatea contractantă precizează că SC ... SRL nu a fost eliminată din cadrul procedurii pentru că se afla în concordat preventiv, ci pentru că nu a prezentat documentele solicitate, respectiv planul de reorganizare aprobat de judecătorul sindic sau hotărârea definitivă a instanței de judecată de ieșire din procedura de concordat preventiv.

Referitor la încălcarea principiului tratamentului egal, entitatea contractantă arată că în conformitate cu art. 2 alin. (2) lit. b) din Legea nr. 99/2016, se menționează principiul de bază la atribuirea contractelor sectoriale, ca fiind cel al tratamentului egal, prin care se înțelege stabilirea și aplicarea, pe tot parcursul procedurii de atribuire, de reguli, cerințe și criterii identice pentru toți operatorii economici, astfel încât aceștia să beneficieze de șanse egale de a deveni contractanți. Nu pot fi impuse reguli diferite pentru situații similare.

În ceea ce privește afirmația contestatoarei referitoare la faptul că celorlalți ofertanți nu le-a solicitat documente suplimentare și astfel s-ar fi încălcat principiul tratamentului egal, entitatea contractantă consideră că este un nonsens, atât timp cât aceștia nu se află în procedura de reorganizare.

În ceea ce privește afirmația contestatoarei referitoare la criteriile tehnice sau profesionale, entitatea contractantă invocă art. 35 din HG 394/2016 pentru aprobarea Normelor metodologice de aplicare a Legii nr. 99/2016, precum și art. 205 alin. (1) din Legea 99/2016, astfel încât afirmația contestatoarei cu privire la faptul că solicitările de clarificări exced prevederilor legale este neîntemeiată.

Referitor la solicitarea documentelor - situație economică, entitatea contractantă precizează că, întrucât SC ... SRL se afla în procedura concordatului preventiv, i-a solicitat documente suplimentare pentru a se edifica asupra capacității economice și financiare.

De asemenea, entitatea contractantă precizează faptul că pe rolul Tribunalului Galați se afla dosarul nr. 3377/121/2017, cu termen 06.12.2017 și prin care este solicitată intrarea în insolvență a SC ... SRL.

Entitatea contractantă arată că pentru contractele în care s-a angajat ofertantul, aflate în diverse stadii de execuție, acesta a fost nevoit să recurgă la preluarea de personal detașat de la alte societăți comerciale partenere pentru a face față angajamentelor contractuale asumate.

Documente precum situația analitică a activului și pasivului, proiecția financiară pe durată a 24 de luni, dovada că ofertantul are de încasat suma de 1.334.332 lei au fost solicitate ofertantului pentru ca entitatea contractantă să se poată edifica asupra capacității economice și financiare în care se afla acesta la data depunerii ofertelor, ținând cont de starea de concordat preventiv declarată, în perspectiva încheierii de către acesta, de noi angajamente contractuale.

Astfel, entitatea contractantă precizează că a solicitat situația analitică a activului și pasivului, la care SC ... SRL a răspuns: „atașăm de asemenea balanța de verificare pe luna septembrie”, fără a se face vreo precizare despre documentul anexat așa cum este menționat în contestație.

Entitatea contractantă a considerat că balanța de verificare transmisă de ofertant în susținerea situației analitice a activului și pasivului, pentru luna octombrie 2017, este incompletă deoarece nu conține conturile conform planului de conturi, iar clarificările/completările transmise nu sunt și concludente, data după care s-ar considera aceste înregistrări certe fiind data de 25 a lunii următoare celei la care se face referire.

Analiza ofertei unui operator economic, se face pe documente certe și situația sa până la data depunerii ofertelor și nicidecum pe previziuni de încasări și plăți.

Entitatea contractantă arată că din datele înscrise în balanța transmisă, rezultă că la începutul lunii octombrie, conturile din clasa 4 prezentau un sold creditor, în scădere, față de începutul anului 2017, reprezentând datorii către diverși furnizori.

Referitor conturile din clasa 5, entitatea contractantă învederează că valoarea soldului acestei clase cuprinde și sume semnificative ale garanțiilor aferente Aquaserv Târgu Mureș și a altor beneficiari, garanții ce vor fi deblocate „la expirarea perioadei de garanție a lucrărilor

executate, pe baza procesului-verbal de recepție finală” , ceea ce face ca disponibilul din bancă pentru plățile curente să fie foarte scăzut.

Entitatea contractantă precizează că a făcut referire, în motivația sa, doar la conturile 411 – Clienți și, respectiv, contul 401 - Furnizori și 409 - Furnizori-debitori, a căror solduri la începutul lunii octombrie sunt semnificative, așa cum se observă din balanța de verificare înaintată de ofertant. Faptul că SC ... SRL previzionează că va avea anumite încasări într-un anumit interval de timp, respectiv 1.334.322 lei (conform celor declarate în documentul DUAE), entitatea contractantă apreciază că nu reprezintă o garanție solidă, în cazul în care ofertantul ar fi declarat câștigător.

Entitatea contractantă, în continuarea punctului său de vedere, a făcut trimitere la bilanțul pe anul 2016 înscris pe site-ul www.mfmante.ro, la începutul anului 2017, aferent contestatoarei SC ... SRL.

În concluzie, entitatea contractantă apreciază că o analiză corectă a valorilor/indicatorilor din bilanț trebuie făcută la toate conturile din clasa 4 - Conturi de terți și a celor din clasa 5 - Conturi de trezorerie, unde se regăsește disponibilul din casă, dar mai ales disponibilul din bancă, care pe lângă disponibilul din bancă conține și garanțiile de bună execuție, ce vor fi deblocate „la expirarea perioadei de garanție a lucrărilor executate, pe baza procesului-verbal de recepție finală”.

Având în vedere cererea SC ... SRL de studiere a dosarului cauzei la sediul Consiliului, prin adresa nr. 49950/4186 C5/22.11.2017, contestatoarea a fost invitată, în acest sens, la data de 23.11.2017.

La data de 23.11.2017, SC ... SRL, a transmis corespondența electronică, înregistrată la Consiliu sub nr. 50212/23.11.2017, prin care a precizat că renunță la solicitarea privind studierea dosarului achiziției.

SC ... SRL, prin adresa nr. 1244/29.11.2017, înregistrată la Consiliu sub nr. 51344/29.11.2017, intitulată „concluzii scrise”, a formulat un răspuns la punctul de vedere al entității contractante, precum și ca urmare a cererii de intervenție. Astfel, contestatoarea a dorit să sublinieze că o hotărâre judecătorească, are de la momentul pronunțării, autoritatea de lucru judecat cu privire la „chestiunea tranșată”. De asemenea, contestatoarea a înțeles să formuleze apărări, fără a formula noi critici, distincte de conținutul contestației, fiind, de altfel, reiterate în esență, aceleași aspecte.

Contestatoarea a mai solicitat totodată respingerea cererii de intervenție ca neîntemeiată.

Prin cererea de intervenție nr. 7470/24.11.2017, înregistrată la Consiliu sub nr. 50895/28.11.2017, SC ... SRL a prezentat un scurt istoric al procedurii de atribuire și a solicitat respingerea contestației ca nefondată.

Referitor la solicitările formulate de contestatoare în susținerea admiterii contestației și ținând cont de conținutul contestației, SC ... SRL consideră că entitatea contractantă a acționat conform dispozițiilor art. 221 alin. (1) din Legea nr. 99/2016.

Intervenienta arată că autoarea contestației a transmis clarificările incomplete, sau neconcludente, astfel intrând sub incidența art. 140 alin. (4) din Legea nr. 394/2016.

În ceea ce privește starea de concordat a SC ... SRL, intervenienta consideră că legislația aplicabilă în speță este art. 167 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 98/2016, art. 57 alin. (4) din Directiva nr. 24/2014 a Parlamentului European și Consiliului Uniunii Europene privind achizițiile publice și de abrogare a Directivei 2004/18/CE, precum și Legea nr. 85/2014, care stabilește regulile în domeniul prevenirii insolvenței și al insolvenței, ce marchează indisponibilitatea financiară, chiar și temporară, astfel că, ofertantul aflat în stare de concordat, nu poate garanta executarea lucrării și ducerea la bun sfârșit a acesteia.

Totodată intervenienta a solicitat respingerea, ca inadmisibile, a acelor motive formulate ulterior contestației.

Intervenienta SC ... SRL a solicitat accesul la dosarul achiziției.

Având în vedere cererea SC ... SRL de studiere a dosarului cauzei la sediul Consiliului, prin adresa nr. 51078/4186 C5/28.11.2017, intervenienta a fost invitată, în acest sens, la data de 29.11.2017. SC ... SRL, prin împuternicit, a studiat dosarul cauzei fără a formula însă concluzii scrise.

Din documentele depuse de părți și din susținerile acestora, Consiliul constată următoarele:

..., în calitate de entitate contractantă, a organizat, procedura de atribuire, „simplificată", într-o singură etapă, online, fără etapă finală de licitație electronică, a contractului de achiziție publică de lucrări având ca obiect „Reabilitare rețea distribuție apă potabilă Dn 100mm – Dn 200mm cartier Nae Leonard", cod CPV 45232150-8 (Rev. 2), prin publicarea în SEAP a anunțului de participare simplificat nr. .../27.09.2017, stabilind data limită de depunere a ofertelor la 19.10.2017 ora 15^{00}, criteriul de atribuire „prețul cel mai scăzut" și valoarea estimată, fără TVA, de 1.443.855 lei.

SC ... SRL a depus la dosarul cauzei dovada respectării dispozițiilor art. 6 din Legea nr. 101/2016, respectiv atât notificarea prealabilă 1175/08.11.2017, înaintată autorității contractante, cât și răspunsul la notificarea prealabilă, înregistrat sub nr. 43066/10.11.2017, prin care entitatea contractantă își menține decizia comunicată în actul atacat.

SC ... SRL a trimis la Consiliu, prin poștă, la data de 27.11.2017, cu adresa nr. 7470/24.11.2017, înregistrată la CNSC sub nr. 50895/28.11.2017, cerere de intervenție prin care solicită respingerea, ca nefondată, a contestației formulată de SC ... SRL, care face obiectul dosarului nr. 4186/2017.

În raport de dispoziţiile art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016 care stipulează că *„Până la soluţionarea contestaţiei de către Consiliu, operatorii economici interesaţi să participe la procedura de atribuire, respectiv, după caz, operatorii economici participanţi la procedura de atribuire, pot formula, cu înştiinţarea părţilor cauzei, cerere de intervenţie voluntară în litigiu, potrivit prevederilor Legii nr. 134/2010 privind Codul de procedură civilă, republicată, cu modificările ulterioare, în termen de 10 zile de la data publicării în SEAP a faptului că s-a*

formulat contestaţie. În cazul prevăzut la art. 6 alin. (7), termenul de 10 zile se calculează de la data comunicării faptului că s-a formulat contestaţie" şi având în vedere faptul că la data de 16.11.2017 autoritatea contractantă a publicat în SEAP contestaţia formulată de SC ... SRL, Consiliul constată că cererea de intervenţie este formulată în cadrul termenului legal la data de 27.11.2017.

Având în vedere dispoziţiile art. 17 alin. (3) şi art. 68 din Legea nr. 101/2016, coroborate cu prevederile art. 61 alin. (3), art. 63, 65 şi 67 din Cod proc.civ. dar şi faptul că în cadrul procedurii de atribuire în cauză SC ... SRL are calitatea de ofertant declarat câștigător, iar cererea sa priveşte menţinerea deciziei autorităţii contractante ca oferta sa să rămână câștigătoare, solicitând respingerea ca nefondată a contestației, cererea de intervenție are natura unei cereri de intervenție accesorie, motiv pentru care Consiliul admite în principiu cererea de intervenţie formulată de SC ... SRL.

Pe fondul contestației, SC ... SRL este nemulțumit de modalitatea în care a fost respinsă oferta sa.

Potrivit procesului verbal al ședinței de vizualizare a ofertelor – înregistrat la entitatea contractantă sub nr. 39514/17.10.2017, în cadrul prezentei proceduri de atribuire au fost depuse 2 oferte, respectiv SC ... SRL și asocierea SC ... SRL – Diamar Instalații SRL.

Prin adresa nr. 42134/03.11.2017 oferta depusă de către SC ... SRL a fost respinsă ca inacceptabilă, conform art. 140 alin. (4) din HG nr. 394/2016, motivat de faptul că:

- în documentele transmise comisiei de evaluare aceasta nu a identificat planul de concordat preventiv și planul de redresare solicitat prin clarificarea nr. 41436/31.10.2017;
- balanța de verificare prezentată este doar pentru luna octombrie 2017, este incompletă, lipsind grupa 6 – cheltuieli și 7 – venituri;
- analizând conturile din balanța prezentată se constată că situația financiară a operatorului economic nu este concludentă din perspectiva angajării ofertantului cu noi contracte de lucrări;
- nu s-au identificat în documentele transmise – proiecția evoluției financiar contabile pe următoarele 24 de luni și nici documente doveditoare (balanță, bilanț) privind *„suma de încasat de 1.334.322 lei din lucrări deja executate în perioada 2016-august 2017*".

Procedând la verificarea motivelor care au stat la baza deciziei de respingere, Consiliul reține următoarele:

În cadrul DUAE depus de către SC ... SRL, la Partea a III-a Motive de excludere cap. C – Motive legate de insolvență, conflicte de interese sau abateri profesionale, acesta a ales să bifeze răspunsul „NU" la toate rubricile, inclusiv la rubrica Concordat preventiv.

Procedând la verificarea DUAE, comisia de evaluare în cadrul Procesului verbal 01 privind procesul de evaluare a ofertelor, înregistrat la entitatea contractantă sub nr. 40347/24.10.2017, a considerat necesar ca societatea contestatoare să clarifice următoarele:

„Referitor situația juridică, se vor solicita clarificări privind neconcordanța dintre cele declarate în documentul DUAE Punctul - C Motive legate de insolvențe, conflicte de interese sau abateri

profesionale, la lucrarea de „Reabilitare rețea distribuție apă potabilă Dn 100 mm-Dn 200mm Cartier Mazepa, Municipiul Galați" și cele declarate în documentul DUAE Punctul C Motive legate de insolvențe, conflicte de interese sau abateri profesionale la lucrarea „Reabilitare rețea distribuție apă potabilă Dn 100 mm-Dn 200mm Cartier Nae Leonard", sens în care transmite contestatorului adresa nr. 40478/24.10.2017.

La această solicitare, împotriva căreia nu a fost formulată nicio notificare prealabilă, conform dispozițiilor art. 6 din Legea nr. 101/2016, SC ... SRL a răspuns în termenul stabilit de către entitatea contractantă prin adresa nr. 1125/25.10.2017, primită de ... la data de 26.10.2017, în care precizează:

«Răspunzând adresei dumneavoastră nr. 40478 din data de 24.10.2017, referitor la neconcordanța dintre cele declarate în documentul DUAE aferent procedurii de achiziție pentru atribuirea contractului „Reabilitare rețea distribuție apă potabilă Dn 100mm - Dn 200mm cartier Nae Leonard" și declarațiile din documentul DUAE aferent „Reabilitare rețea distribuție apă potabilă Dn 100 mm-Dn 200mm Cartier Mazepa 2, Municipiul Galați", cu privire la Punctul C - Motive legate de insolvență, conflicte de interese sau abateri profesionale, vă transmitem următoarele:

În DUAE aferent procedurii de achiziție pentru atribuirea contractului „Reabilitare rețea distribuție apă potabilă Dn 100mm - Dn 200mm cartier Nae Leonard" nu s-a răspuns cu „Da" la întrebarea dacă „Operatorul economic este în concordat preventiv" deoarece am considerat că Tribunalul Galați, la termenul din data de 19.10.2017, va da răspuns afirmativ cererii noastre de renunțare la procedura de concordat preventiv, cerere transmisă în data de 12.10.2017(atașată).

La termenul din 19.10.2017 instanța a amânat cauza, fixând un nou termen pentru data de 09.11.2017, termen la care administratorul concordatar CII Dascălu Maria trebuie să îndeplinească anumite obligații ce urmează a-i fi comunicate.

Prin urmare societatea este în continuare în concordat preventiv, până la următorul termen din instanță, fapt pentru care vă transmitem DUAE revizuit.»

La acest răspuns SC ... SRL a atașat Cererea de renunțare la procedura de concordat preventiv și DUAE revizuit.

În cadrul DUAE revizuit, depus de către SC ... SRL, la Partea a III-a Motive de excludere cap. C – Motive legate de insolvență, conflicte de interese sau abateri profesionale, acesta a ales să bifeze răspunsul „NU" la rubricile aferente Falimentului și Insolvenței și „Da" la rubrica „Concordat preventiv", iar în cadrul rubricii „Vă rugăm să le descrieți" a menționat următoarele: «*... SRL se află în stare de concordat preventiv și își continuă în mod normal activitatea economică în conformitate cu prevederile art. 33 alin. (1) din Legea nr. 85/2014 „În cursul procedurii, debitorul își desfășoară activitatea în limitele afacerii sale obișnuite, în condițiile concordatului preventiv, sub supravegherea administratorului concordatar"*» în cadrul rubricii „*Precizați motivele pentru care veți putea totuși, în măsură să executați contractul. Nu este necesar să se furnizeze aceste informații în cazul în care excluderea operatorilor*

economici în acest caz a devenit obligatorie în temeiul legislației naționale aplicabile, fără nicio posibilitate de derogare atunci când operatorul economic este, totuși, în măsură să execute contractului" a răspuns *„... SRL își continuă în mod normal activitatea economică, astfel: - societatea are în derulare la aceasta dată un număr de 10 contracte de achiziție publică, toate menținute după data deschiderii procedurii de concordat preventiv; - societatea și-a menținut tot personalul și în prezent deține și personal detașat de la alte societăți comerciale partenere, personal ce a fost preluat în scopul executării într-un ritm alert de lucrări specifice; - societatea nu are niciun fel de datorii la bugetul de stat, bugetul asigurărilor sociale de stat ori bugetul local; - societatea și-a menținut toată baza materială și a procedat la rentabilizarea acesteia prin folosirea activelor necesare proiectelor în derulare și respectiv prin închirierea celor excedentare; - societatea deține resursele financiare necesare pentru executarea contractului de achiziție publică în discuție, având la acest moment de încasat suma de 1.332.721 lei din lucrările deja executate în perioada 2016 – septembrie 2017 și previzionând ca până la finalul anului 2017 să aibă de încasat încă 4.119.958 lei. Continuarea lucrărilor este sursa generatoare de venituri pentru achitarea datoriilor curente, născute după data intrării în procedura concordat preventiv, atât către organul fiscal cât și către alți furnizori de materiale și echipamente cât și achitarea datoriilor anterioare către furnizori. Susținerea derulării activității în continuare a societății noastre, în bune condiții, implică participarea la noi licitații în vederea atribuirii de noi contracte*";

Procedând la verificarea DUAE revizuit, comisia de evaluare, în cadrul procesului verbal 41435/31.10.2017 privind procesul de evaluare a ofertelor, a considerat necesar ca societatea contestatoare să prezinte:

- *„planul de concordat și planul de redresare*
- *Dovada omologării concordatului preventiv*
- *Situația analitică a activului și pasivului*
- *Proiecția evoluției financiar-contabile pe următoarele 24 de luni. Dovada că aveți de încasat «suma de 1.334.322 lei din lucrările deja executate în perioada 2016 – august 2017»*
- *Actele doveditoare în susținerea faptului că societatea dvs. are în derulare la această dată un număr de 9 contracte de achiziție publică, toate menținute după data deschiderii procedurii de concordat;*
- *Dovada faptului că societatea dvs. nu are niciun fel de datorii la bugetul de stat, bugetul asigurărilor sociale de stat ori bugetul local",* sens în care a transmis contestatorului adresa nr. 41436/31.10.2017.

La această solicitare împotriva căreia nu a fost formulată nicio notificare prealabilă, SC ... SRL a răspuns în termenul stabilit de către entitatea contractantă prin adresa nr. 1149/02.11.2017, înregistrată la ... sub nr. 42037/03.11.2017.

În soluționare Consiliul reține că, în cazul în care solicitarea de clarificări nu era justificată sau dacă considera că au fost incluse cerințe

contradictorii/eronate/ambiguu formulate/nelegale, contestatorul o putea contesta în termenul legal potrivit Legii nr. 101/2016.

Riscul întocmirii răspunsului la solicitările de clarificări la fel ca și cel al întocmirii ofertelor cade în sarcina operatorului economic, el neputând să își invoce propria culpă ca motiv al modificări DUAE potrivit principiului „*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*" iar, pe de altă parte, entitatea contractantă a menționat în mod expres, în cadrul solicitării de clarificări, documentele pe care ofertanta contestatoare trebuia să le prezinte.

Analizând răspunsul trimis de contestator prin adresa nr. 1149/02.11.2017 înregistrată la autoritatea contractantă sub nr. 42037/03.11.2017, comparativ cu adresa de solicitare de clarificări, Consiliul reține următoarele:

- În cadrul adresei, contestatorul alege să analizeze efectele concordatului preventiv comparativ cu cele ale insolvenței, iar în final să concluzioneze că „*starea de concordat preventiv este una care nu interferează cu capacitatea unei societăți comerciale de a executa contracte de achiziție publică ori alte tipuri de contracte de lucrări*";
- Citează prevederile art. 33 alin. (1) din Legea nr. 85/2014;
- Menționează că are în derulare un număr de 11 contracte de achiziție publică, susținând că a accelerat ritmul de execuție a acestora - Anexa 1;
- Precizează că a menținut tot personalul și deține personal detașat – Anexa 2;
- Precizează că nu are datorii la stat – Anexa 3;
- Precizează că și-a menținut toată baza materială și a închiriat active necesare derulării proiectelor – Anexa 4;
- În dovedirea faptului că reține resurse financiare și că are de încasat suma de 1.334.322 lei din lucrări deja executate, anexează centralizatorul situațiilor de lucrări și centralizatorul încasărilor aferente anului 2017 – Anexa 5 și balanța de verificare pe luna septembrie – anexa 6;
- Referitor la procedura de concordat, menționează că a depus la Tribunalul Galați o cerere de închidere a procedurii urmare a renunțării sale la concordat. Din acest motiv nu a mai procedat la elaborarea ofertei de concordat preventiv și drept urmare nici la omologarea sa (termenul pentru omologarea concordatului preventiv stabilit de Tribunalul Galați în cadrul dosarului 2508/121/2017 fiind 19.10.2017, amânat pentru data de 09.11.2017). Anexează cererea de renunțare la procedura de concordat – Anexa 7.

Analizând înscrisurile anexate, Consiliul reține:

- în cadrul anexei 1 – Situația contractelor în derulare în anul 2017, care reprezintă un tabel în cadrul căruia sunt menționate 14 contracte și este indicat procentul realizat la data curentă, fără însă a depune vreo dovadă/vreun înscris care să confirme acest aspect; la această situație, contestatorul anexează aceste contracte menționate;

- Anexa 2 - reprezintă un contract de prestări servicii manoperă prin care i se pune la dispoziție un număr de persoane calificate;
- Anexa 3 - reprezintă certificatul de atestare fiscală nr. 15744 emis de ANAF și certificatul de atestare fiscală nr. 736954 emis de Primăria mun. Galați;
- Anexa 4 - reprezintă un contract de închiriere utilaje;
- Anexa 5 - reprezintă un centralizator al situațiilor de lucrări și încasări aferente anului 2017 elaborat pe luni;
- Anexa 6 - reprezintă un extras din balanța de verificare a lunii octombrie 2017. Analizând această balanță, Consiliul constată că la contul 512 valoarea soldului acestui cont cuprinde și sume semnificative ale garanțiilor aferente unor lucrări la 3 beneficiari (aprox. 963.000 lei), garanții ce vor fi deblocate la expirarea perioadei de garanție a lucrărilor executate, pe baza procesului-verbal de recepție finală [(art. 48 alin. (4) lit. b) din HG nr. 394/2016], ceea ce face ca disponibilul din bancă pentru plățile curente să fie foarte scăzut, deci contestatorul nu poate angaja alte contracte;
- Anexa 7 – reprezintă note scrise prin care reprezentantul contestatorului renunță la procedura de concordat preventiv, depuse la Tribunalul Galați la data de 12.10.2017.

Această din urmă anexă este depusă în scopul justificării de către contestator a nedepunerii înscrisurilor solicitate în mod expres de către entitatea contractantă, respectiv:

- planul de concordat și planul de redresare - înscrisuri reglementate de art. 19 lit. b) din Legea nr. 85/2014; Potrivit art. 23 alin. (3) din lege în termen de 30 de zile de la numirea sa, administratorul concordatar elaborează oferta de concordat preventiv, planul de redresare fiind inclus în proiectul de concordat conform art. 24 alin. (2) din lege, prevedere care reglementează și conținutul minim al acestuia. Conținutul proiectului de concordat care este inclus în oferta de concordat preventiv [(potrivit art. 23 alin. (6) din lege] este reglementat de art. 24 alin. (1) și care trebuie să prezinte, în mod detaliat situația analitică a activului și a pasivului debitorului, certificată de un expert contabil sau, după caz, auditată de un auditor autorizat potrivit legii; cauzele stării de dificultate financiară și, dacă este cazul, măsurile luate de debitor pentru depășirea acesteia până la depunerea ofertei de concordat preventiv și proiecția evoluției financiar-contabile pe următoarele 24 de luni, înscrisuri solicitate în mod expres de către entitatea contractantă în cadrul solicitării de clarificări necontestate de către contestator.

Prin Hotărârea intermediară nr. 217/2017 din 27.07.2017, Tribunalul Galați *„admite cererea debitoarei SC ... SRL (...) pentru deschiderea procedurii de concordat preventiv. Numește administrator concordatar provizoriu pe CII Dascălu Maria (...) Pune în vedere concordatarului provizoriu următoarele obligații:*

- *în termen de 30 de zile de la numire să elaboreze împreună cu debitorul, lista creditorilor și oferta de concordat preventiv, ofertă ce va cuprinde și proiectul de concordat preventiv, întocmit conform art. 24 din legea nr. 85/2014;*
- *să notifice creditorilor oferta de concordat preventiv*

- să înregistreze oferta de concordat preventiv în registrul special deschis la grefa Tribunalului Galați;
Dispune efectuarea de mențiuni la ORC Galați privind depunerea și notificarea ofertei de concordat preventiv.
Fixează termen pentru omologarea concordatului preventiv la 19.10.2017".

Consiliul mai reține că pe rolul Tribunalului Galați se află dosarul nr. 3377/121/2017 (data înregistrării: 29.08.2017), cu termen 06.12.2017, amânat pentru 16.01.2018, prin care este solicitată intrarea în insolvență a contestatoarei.

Față de aceste aspecte, comisia de evaluare întocmește procesul verbal privind evaluarea ofertelor nr. 42132/03.11.2017 în cadrul căruia decide, în mod legal, să respingă oferta depusă de către contestator ca fiind inacceptabilă, răspunsurile la solicitările de clarificări necontestate de către acesta în termenul legal, fiind neconcludente.

Așa cum se poate observa, înscrisurile solicitate de către autoritatea contractantă trebuiau elaborate conform prevederilor legale ante-menționate și, potrivit celor dispuse de instanță, de către administrator concordatar provizoriu numit, într-un termen de 30 de zile de la data numirii, în speță, 27.07.2017.

Cu toate acestea, contestatorul alege să nu depună aceste înscrisuri susținând în cadrul contestației că *„planul de concordat preventiv și planul de redresare (...) nu au fost întocmite urmare a faptului că societatea și-a revenit din starea de dificultate financiară în care se afla, a renunțat la cererea de judecare a cauzei nr. 2508/121/2017*", susțineri care nu pot fi luate în considerare de către Consiliul având în vedere următoarele considerente:

- înscrisurile în discuție trebuiau elaborate în termen de 30 de zile începând cu data de 27.07.2017, așa cum s-a reținut anterior;
- cererea de renunțare la procedura de concordat preventiv a fost depusă la Tribunalul Galați la data de 12.10.2017, după cca. 77 zile de la numirea administratorului concordatar provizoriu;
- închiderea procedurii de concordat s-a pronunțat la data de 09.11.2017 prin Hotărârea nr. 533/2017, ulterior comunicării rezultatului procedurii.

Referitor la susținerile contestatorului cu privire la faptul că *„oferta noastră nu putea fi calificată drept inacceptabilă pe niciun considerent derivat din procedura de concordat preventiv, urmare a faptului că în procedura de atribuire în discuție nu sunt aplicabile prevederile Directivei 24/2014*", Consiliul urmează să le respingă ca nefondate, având în vedere că, în cadrul comunicării rezultatului, oferta contestatorului a fost respinsă deoarece nu a răspuns în mod concludent la solicitările de clarificări ale autorității contractante și nu deoarece se afla în procedura de concordat preventiv.

Împotriva celor două solicitări de clarificări contestatorul nu a formulat nicio notificare în temeiul prevederilor art. 6 din Legea nr. 101/2016, acțiune/manifestare de voință care ar fi putut determina autoritatea contractantă, dacă considera necesar, să ia măsuri de

remediere în situația în care SC ... SRL ar fi adus la cunoștința entității contractante încălcarea anumitor prevederi legale.

Mai mult, contestatorul a ales, prin propria manifestare de voință să răspundă în termen la aceste solicitări de clarificări, ceea ce implică o acceptare a lor și oferind astfel posibilitatea entității contractante de a verifica concludența răspunsurilor.

Pasivitatea contestatorului în așteptarea rezultatului procedurii, care în fapt echivalează cu atitudinea culpabilă a acestuia, nu poate justifica inițierea la acest moment a unui demers judiciar pentru eliminarea/ modificarea aspectelor reclamate. Nu este permis ca ofertantul să rămână în expectativă pe durata intervalului cuprins între data solicitării clarificării și data comunicării rezultatului procedurii, sperând că va fi declarat câștigător și ulterior va încheia contractul de achiziție publică, iar după aflarea rezultatului să reclame solicitările autorității contractante considerate necesare pentru evaluarea ofertei.

În soluționarea prezentei Consiliul nu va reține susținerile contestatorului cu privire la faptul că „*în conformitate cu prevederile din fișa de date a achiziției documentele justificative trebuiau prezentate doar de către ofertantul clasat pe locul I în clasamentul intermediar întocmit la finalizarea evaluării ofertelor*", având în vedere prevederile art. 205 alin. (1) din Legea nr. 99/2016, care reglementează în mod expres **dreptul** entității contractante de a „***solicita*** *candidaților/****ofertanților să depună*** *toate sau* ***o parte dintre documentele justificative ca dovadă a informațiilor cuprinse în DUAE, ÎN ORICE MOMENT PE DURATA DESFĂȘURĂRII unei proceduri de atribuire, dacă acest lucru este necesar pentru a asigura desfășurarea corespunzătoare a procedurii***".

În speță, având în vedere cele menționate în cadrul DUAE de către contestator, entitatea contractantă a ales să uzeze de aceste prevederi legale, solicitând clarificări SC ... SRL, solicitări acceptate și însușite de către contestator prin răspunsurile formulate în termenele stabilite de către entitatea contractantă și împotriva cărora nu a formulat notificare prealabilă și ulterior contestație.

Referitor la susținerile contestatorului cu privire la faptul că entitatea contractantă a solicitat doar situația activelor și pasivelor iar acesta a prezentat o balanță a activelor și pasivelor, Consiliul constată că răspunsul este neconcludent, având în vedere faptul că, în cadrul adresei de solicitare de clarificări, autoritatea contractantă a menționat în mod expres faptul că cere prezentarea anumitor înscrisuri printre care și situația analitică a activului și pasivului, în **concordanță cu legea 85/2014**. Acest act normativ prevede la art. 24 alin. (1) lit. a) că situația analitică a activului și pasivului debitorului, face parte din cadrul proiectul de concordat preventiv și trebuie certificată de un expert contabil sau, după caz, auditată de un auditor autorizat potrivit legii și trebuie elaborat în termen de 30 de zile de la numirea administratorului concordatar.

În speță, contestatorul își însușește solicitările entității contractante și alege să depună în termenul stabilit un simplu extras dintr-o balanță de verificare și nu înscrisul cerut de către entitatea contractantă.

Referitor la solicitarea entității contractante adresată contestatoarei de a depune proiecția evoluției financiar-contabile pe următoarele 24 de luni și a face dovada că are de încasat *„suma de 1.334.322 lei din lucrările deja executate în perioada 2016 – august 2017*", contestatorul alege să depună un simplu tabel, un centralizator, fără însă a depune înscrisul solicitat și vreun mijloc de probă din care să rezulte realitatea valorilor înscrise în acest centralizator.

Mai mult, în cadrul punctului de vedere, entitatea contractantă, pe lângă aceste aspecte, menționează și faptul că *„a solicitat documentele suplimentare pentru a se edifica asupra capacității economice și financiare a contestatoarei*", deoarece pe rolul Tribunalului Galați se află dosarul 3377/121/2017 cu termen 06.12.2017 și prin care se solicită intrarea în insolvență a contestatorului.

Procedând la verificarea portalului instanțelor, Consiliul constată că într-adevăr pe rolul Tribunalului Galați se află dosarul nr. 3377/121/2017 având ca obiect *„procedura insolvenței – societății cu răspundere limitată*", acțiunea fiind înregistrată la data de 29.08.2017, situație despre care contestatorului nu face nicio referire în conținutul DUAE întocmit la data de 16.10.2017, în cadrul rubricii aferente „Insolvenței" acesta bifând răspunsul „NU", cu atât mai mult cu cât în cadrul dosarului nr. 3377/121/2017/a1 Tribunalul Galați a pronunțat la data de 30.08.2017 Hotărârea 384/2017 prin care a *„admis cererea formulată de SC ARCON AG SA Galați prin administrator judiciar EUROBUSINESS LRJ SPRL Iași , în contradictoriu cu debitoarea SC ... SRL Galați. A dispus suspendarea măsurilor de eliberare sau distribuire de sume din valorificarea bunurilor debitoarei ... SRL, în cadrul executării silite ce face obiectul dosarului nr. 521/2017 al BEJ Postelnicu Ștefan, până la soluționarea cererii de deschidere a procedurii generale de insolvență a debitoarei, ce face obiectul dosarului nr. 3377/121/2017 al Tribunalului Galați*".

Raportat la cele evocate și ținând seama că printre atribuțiile comisiei de evaluare sunt și cele de verificare a răspunsurilor la solicitările de clarificări și de a stabili ofertele inacceptabile, așa cum este prevăzut la art. 133 alin. (1) lit. j) coroborat cu art. 140 alin. (4) din HG nr. 394/2016, Consiliul constată că această verificare s-a făcut cu rigurozitatea impusă de legislația în domeniu.

Pentru considerentele anterior expuse, în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge, ca nefondată, contestația formulată de către SC ... SRL, în contradictoriu cu ... GALAȚI și, pe cale de consecință, va admite cererea de intervenție formulată de SC ... SRL.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

Pentru aceste motive,
în baza legii și a mijloacelor de probă aflate la dosar,

CONSILIUL DECIDE:

Respinge, ca nefondată, contestația formulată de SC ... SRL, în contradictoriu cu ..., în calitate de entitate contractantă și pe cale de consecință admite cererea de intervenție formulată de SC ... SRL.

Împotriva prezentei decizii se poate formula plângere în termen de 10 zile de la comunicare.

PREȘEDINTE COMPLET

...

MEMBRU COMPLET **MEMBRU COMPLET**

...

Redactat în 5 exemplare originale, conține 16 pagini.