C. N.S.C.

CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR

Str. Stavropoleos, nr.6, Sector 3, Bucureşti, România, CIF 20329980, CP 030084
Tel. +4 021 3104641 Fax. +4 021 3104642, + 4 021.8900745 www.cnsc.ro

În conformitate cu prevederile art. 266 alin. (2) din O.U.G. nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziţie publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice şi a contractelor de concesiune de servicii, aprobată prin Legea nr. 337/2006 Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr. 284/C2/209
Data: 26.02.2016

Prin contestaţia nr. 423/08.02.2016, înregistrată la CNSC sub nr. 3247/08.02.2016, formulată de S.C. STRACO GRUP S.R.L. – în insolvenţă, cu sediul în municipiul Bucureşti, str. Bârlea, nr. 5-13, sector 5, înmatriculată la O.R.C. sub nr. J40/751/2003, având CIF: 15143718, reprezentată legal prin Enescu Sorin - Administrator special şi convenţional prin Radu Marian - Avocat, în calitate de lider al Asocierii Azvi - Straco Grup, împotriva deciziei de anulare a procedurii de achiziţie publică, comunicată prin adresa nr. 11/73/28.01.2016, emisă de COMPANIA NAŢIONALĂ DE CĂI FERATE „CFR” - S.A., cu sediul în municipiul Bucureşti, Bd. Dinicu Golescu nr. 38, sector 1, cod poştal 010873, în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de atribuire, prin „licitaţie deschisă”, a contractului de achiziţie publică de lucrări, având ca obiect «„Lucrări de reabilitare poduri, podeţe şi tuneluri de cale ferată – SRCF Cluj Lotul 1 – Tuneluri”, „Lucrări de reabilitare poduri, podeţe şi tuneluri de cale ferată – SRCF Cluj Lotul 2 – Poduri şi podeţe”, „Lucrări de reabilitare poduri, podeţe şi tuneluri de cale ferată – SRCF Cluj Lotul 3 – Poduri şi podeţe”, „Lucrări de reabilitare poduri, podeţe şi tuneluri de cale ferată – SRCF Cluj” Lotul 4 – Poduri şi podeţe”» (Lot 2 contestat), cod CPV 45221112-0, 45221242-0, 79341000-6, finanţat prin Programul Operaţional Sectorial de Transport – POS Transport, s-a solicitat Consiliului admiterea contestaţiei, precum şi:

„1. Anularea Deciziei autorităţii contractante de anulare a procedurii de achiziţie publică;

2. Obligarea autorităţii contractante la reluarea procedurii de achiziţie publică de la momentul anterior deciziei de anulare;

3. Obligarea autorităţii contractante la încheierea contractului de lucrări”.

În baza documentelor depuse de părţi,
CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR

DECIDE:

Admite în parte contestaţia formulată de S.C. STRACO GRUP S.R.L., în contradictoriu cu COMPANIA NAŢIONALĂ DE CĂI FERATE „CFR" - S.A.

Pe cale de consecinţă, referitor la Lotul nr. 2, anulează *„Nota anulare procedură"* şi adresele de comunicare a deciziei de anulare a procedurii, ca acte subsecvente ale acesteia.

Obligă autoritatea contractantă ca, în termen de 10 zile de la primirea deciziei Consiliului, la reluarea procedurii de achiziţie publică de la momentul anterior deciziei de anulare şi la analizarea înscrisurilor depuse referitoare la starea de insolvenţă, cu respectarea dispoziţiilor legale şi a celor evocate în motivarea prezentei decizii.

Respinge ca prematur formulat capătul de cerere privind obligarea autorităţii la încheierea contractului.

Dispune continuarea procedurii de achizitie publică, cu respectarea celor decise anterior.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părţi, în conformitate cu dispoziţiile art. 280 alin. (1) şi (3) din O.U.G. nr. 34/2006, cu modificările şi completările ulterioare.

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

MOTIVARE

În luarea deciziei s-au avut în vedere următoarele:

Prin contestaţia formulată, S.C. STRACO GRUP S.R.L. – în insolvenţă, contestă decizia de anulare a procedurii de achiziţie publică, comunicată prin adresa nr. 11/73/28.01.2016, emisă de COMPANIA NAŢIONALĂ DE CĂI FERATE „CFR" - S.A., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de atribuire, prin „licitaţie deschisă", a contractului de achiziţie publică de lucrări, având ca obiect «„Lucrări de reabilitare poduri, podeţe şi tuneluri de cale ferată – SRCF Cluj Lotul 1 – Tuneluri", „Lucrări de reabilitare poduri, podeţe şi tuneluri de cale ferată – SRCF Cluj Lotul 2 – Poduri şi podeţe", „Lucrări de reabilitare poduri, podeţe şi tuneluri de cale ferată – SRCF Cluj Lotul 3 – Poduri şi podeţe", „Lucrări de reabilitare poduri, podeţe şi tuneluri de cale ferată – SRCF Cluj" Lotul 4 – Poduri şi podeţe"» (Lot 2 contestat), cod CPV 45221112-0, 45221242-0, 79341000-6, finanţat prin Programul Operaţional Sectorial de Transport – POS Transport, solicitând Consiliului admiterea contestaţiei, precum şi:

„1. Anularea Deciziei autorităţii contractante de anulare a procedurii de achiziţie publică;

2. Obligarea autorităţii contractante la reluarea procedurii de achiziţie publică de la momentul anterior deciziei de anulare;
3. Obligarea autorităţii contractante la încheierea contractului de lucrări”.

Contestatorul precizează că în data de 28.01.2016 a primit, prin fax, de la autoritatea contractantă, comunicarea privind anularea procedurii de atribuire a contractului de achiziţie publică în cauză, pentru următoarele argumente:

„(...) Având în vedere Notificarea deschiderii procedurii de insolvenţă împotriva S.C. STRACO GRUP S.R.L., primită şi înregistrată la autoritatea contractantă cu nr. 1.D/4250/02.11.2015,

- în baza Regulamentului nr. 966/2012 al Parlamentului European şi al Consiliului, articolul 107 alineatul (1), conform căruia „Nu se atribuie contracte candidaţilor sau ofertanţilor care, în timpul procedurii de achiziţie aferente contractului respectiv: [...] (c) se află într-una din situaţiile de excludere de la procedura de achiziţii menţionată la articolul 106 alineatul (1)” respectiv „se află în stare de faliment sau fac obiectul unei proceduri de lichidare sau de administrare judiciară (...)”

- a prevederilor Regulamentului delegat nr. 1268/2012 al Comisiei privind normele de aplicare a Regulamentului nr. 966/2012 şi

- a Art. 209 alin. (1) lit. c) din O.U.G. 34/2006, cu modificările şi completările ulterioare, Autoritatea Contractantă anulează aplicarea procedurii de achiziţie publică menţionată în referinţă.”

Contestatorul apreciază ca neîntemeiate motivele de anulare a procedurii de achiziţie publică pentru următoarele motive de fapt şi de drept:

În data de 12 mai 2015, autoritatea contractantă i-a comunicat, prin adresa nr. 18/1/822/12.05.2015, faptul că, în urma parcurgerii etapelor procedurii de atribuire, oferta Asocierii a fost declarată câştigătoare:

„(...) Compania Naţională de Căi Ferate „CFR” S.A., vă înştiinţează faptul că, oferta depusă de dumneavoastră pentru LOTUL 2 a fost admisibilă şi în baza criteriului de evaluare „preţul cel mai scăzut” a fost clasată LOCUL 1 şi declarată câştigătoare în conformitate cu art. 200 din O.U.G. nr. 34/2006 cu o valoare a ofertei de 29.647.474,39 lei exclusiv TVA, având perioada de execuţie de 19 luni şi 12 luni perioada de notificare a defecţiunilor.

În conformitate cu prevederile 205 alin. (1) lit. a) din O.U.G. 34/2006, după expirarea termenului legal de 11 zile începând cu ziua următoare luării la cunoştinţă a prezentei comunicări, dacă nu sunt contestaţii, sunteţi invitat la Compania Naţională de Căi Ferate CFR S.A., Direcţia Achiziţii Proiecte Europene, tel. 021/319.95.65 int. 122.331 şi fax nr. 021/315.85.49, pentru stabilirea clauzelor contractuale şi semnarea contractului.”

Ulterior, la data de 28 ianuarie 2016, autoritatea contractantă, prin adresa nr. 11/73/28.01.2016, i-a comunicat faptul că anulează procedura de achiziţie publică deoarece Straco se află în insolvenţă, în temeiul art. 107 alin. (1) din Regulamentul nr. 966/2012 al Parlamentului European şi

al Consiliului Uniunii Europene coroborat cu dispoziţiile Regulamentului delegat nr. 1268/2012 al Comisiei Europene şi art. 209 alin. (1) din O.U.G. nr. 34/2006 modificată şi completată.

Contestatorul consideră că temeiurile de drept invocate în susţinerea anulării procedurii de atribuire a prezentului contract de achiziţie publică nu sunt incidente în cauză, pentru următoarele argumente:

În conformitate cu dispoziţiile art. 106 şi art. 107 din Regulamentul nr. 966/2012:

„Art. 106: Criterii de excludere aplicabile participării la proceduri de achiziţii:

(1) Sunt excluşi de la participarea la procedurile de achiziţii candidaţii sau ofertanţii care:

a) se află în stare de faliment sau fac obiectul unei proceduri de lichidare sau de administrare judiciară, au încheiat concordate judiciare, şi-au suspendat activitatea economică sau fac obiectul unei proceduri în urma acestor situaţii sau se află în situaţii similare în urma unei proceduri similare prevăzute de legislaţia sau de reglementările naţionale;

b) aceştia sau persoanele care au putere de reprezentare, decizie sau control asupra lor au fost condamnaţi printr-o hotărâre cu valoare de res judicata a unei autorităţi competente a unui stat membru pentru un delict legat de conduita lor profesională;

c) au comis în conduita lor profesională greşeli grave, demonstrate prin orice mijloace pe care autoritatea contractantă le poate justifica, inclusiv prin hotărâri ale BEI şi ale organizaţiilor internaţionale;

d) nu şi-au respectat obligaţiile de plată a contribuţiilor de asigurări sociale sau de achitare a impozitelor în conformitate cu prevederile legale ale ţării în care sunt stabiliţi sau ale ţării autorităţii contractante sau ale ţării unde se execută contractul;

e) aceştia sau persoane cu putere de reprezentare, decizie sau control asupra lor au fost condamnaţi printr-o hotărâre cu valoare de res judicata pentru fraudă, corupţie, participare la o organizaţie criminală, spălare de bani sau participare la orice alte activităţi ilegale în detrimentul intereselor financiare ale Uniunii;

f) intră sub incidenţa unei sancţiuni administrative menţionate la articolul 109 alineatul (1). Literele (a)-(d) de la primul paragraf nu se aplică în cazul achiziţiei de bunuri în condiţii deosebit de avantajoase fie de la un furnizor care îşi lichidează activitatea definitiv, fie de la administratori judiciari sau lichidatori în cazul unui faliment, prin intermediul unui concordat judiciar sau printr-o procedură similară, prevăzută de legislaţia naţională. Literele (b) şi (e) de la primul paragraf nu se aplică în cazul în care candidaţii sau ofertanţii pot demonstra că au fost adoptate măsuri corespunzătoare împotriva persoanelor cu putere de reprezentare, decizie sau control care fac obiectul hotărârii menţionate la litera (b) sau (e) de la primul paragraf.

(2) În cazul unei proceduri negociate în care, din raţiuni tehnice sau artistice ori din raţiuni legate de protecţia drepturilor exclusive, contractul nu poate fi atribuit decât unui anumit agent economic, instituţia poate decide să nu excludă agentul economic în cauză invocând raţiunile menţionate la alineatul (1) primul paragraf literele (a), (c) şi (d) dacă acest lucru este indispensabil pentru a asigura continuitatea activităţii instituţiei. În acest caz, instituţia îşi justifică în mod corespunzător decizia.

(3) Candidaţii sau ofertanţii trebuie să certifice că nu se află într-una din situaţiile enumerate la alineatul (1). Cu toate acestea, autoritatea contractantă poate să nu solicite această certificare în cazul contractelor cu valoare foarte mică.

În scopul aplicării corecte a alineatului (1), la solicitarea autorităţii contractante, candidatul sau ofertantul trebuie să efectueze următoarele:

a) atunci când candidatul sau ofertantul este o persoană juridică, să furnizeze informaţii privind proprietatea sau gestionarea, controlul şi puterea de reprezentare a persoanei juridice şi să certifice că acesta nu se află într-una dintre situaţiile menţionate la alineatul (1);

b) atunci când se are în vedere o subcontractare, să certifice că subcontractantul nu se află într-una din situaţiile menţionate la alineatul (1).

(4) Comisia este împuternicită să adopte acte delegate în conformitate cu articolul 210 în ceea ce priveşte stabilirea de norme detaliate privind:

a) criteriile de excludere aplicabile participării la invitaţiile la licitaţii, inclusiv norme privind activităţile ilegale care pot conduce la excludere;

b) dovezile ce pot fi considerate satisfăcătoare pentru a dovedi că nu există o situaţie de excludere;

c) durata excluderii, în cazul unei excluderi. O astfel de excludere nu depăşeşte 10 ani.

Art. 107: Criterii de excludere aplicabile atribuirilor:

(1) Nu se atribuie contracte candidaţilor sau ofertanţilor care, în timpul procedurii de achiziţii aferente contractului respectiv:

a) se găsesc într-o situaţie de conflict de interese;

b) se fac vinovaţi de declaraţii false în informaţiile solicitate de autoritatea contractantă, ca o condiţie de participare la procedura de achiziţii sau nu au furnizat informaţii respective;

c) se află într-una din situaţiile de excludere de la procedura de achiziţii menţionată la articolul 106 alineatul (1).

(2) Comisia este împuternicită să adopte acte delegate în conformitate cu articolul 210 în ceea ce priveşte stabilirea normelor detaliate privind criteriile de excludere aplicabile procedurii de achiziţii şi privind stabilirea dovezilor ce pot fi considerate satisfăcătoare pentru a dovedi că nu există o situaţie de excludere. În plus, Comisia este împuternicită să adopte acte delegate în conformitate cu articolul 210 în ceea ce priveşte durata excluderii."

Contestatorul precizează că, în cadrul adresei privind anularea procedurii, autoritatea contractantă a menţionat şi dispoziţiile art. 209 alin. (1) din O.U.G. nr. 34/2006, respectiv:

„Art. 209. - (1) Autoritatea contractantă are obligaţia de a anula aplicarea procedurii pentru atribuirea contractului de achiziţie publică în următoarele cazuri:

c) dacă abateri grave de la prevederile legislative afectează procedura de atribuire sau dacă este imposibilă încheierea contractului.”

Contestatorul invocă dispoziţiile art. 45 alin. (2) - Situaţia personală a candidatului sau a ofertantului din cadrul Directivei 2004/18/CE, respectiv:

„(2) Poate fi exclus de la participarea la un contract orice operator economic:

a) care este în stare de faliment, de lichidare, de încetare a activităţii, de administrare judiciară sau de concordat preventiv sau în orice altă situaţie analoagă ce rezultă în urma unei proceduri similare în temeiul actelor cu putere de lege de drept intern;

b) care face obiectul unei proceduri de declarare a falimentului, de administrare judiciară, de lichidare, de concordat preventiv sau al oricărei alte proceduri similare în temeiul actelor cu putere de lege de drept intern;

c) care a făcut obiectul unei hotărâri cu autoritate de lucru judecat, în conformitate cu dispoziţiile legale ale ţării, privind o faptă care aduce atingere eticii profesionale;

d) care s-a făcut vinovat de o gravă abatere profesională, dovedită prin orice mijloace pe care autorităţile contractante le pot justifica;

e) care nu şi-a îndeplinit obligaţiile privind plata contribuţiilor la asigurările sociale, în conformitate cu dispoziţiile legale ale ţării în care este stabilit sau ale ţării autorităţii contractante;

f) care nu şi-a îndeplinit obligaţiile privind plata impozitelor şi taxelor, în conformitate cu dispoziţiile legale ale ţării în care este stabilit sau ale ţării autorităţii contractante;

g) care s-a făcut grav vinovat de declaraţii false prin furnizarea informaţiilor solicitate în temeiul prezentei secţiuni sau care nu a furnizat respectivele informaţii. Statele membre precizează, în temeiul dreptului intern şi prin respectarea dreptului comunitar, condiţiile de aplicare a prezentului alineat.”

Contestatorul invocă dispoziţiile art. 181 din O.U.G. nr. 34/2006 actualizată. Contestatorul menţionează că Directiva stabileşte că autoritatea contractantă poate, deci nu este obligată, să excludă din cadrul unei proceduri de achiziţie publică un ofertant aflat în stare de insolvenţă. Acelaşi act normativ comunitar arată, în cadrul tezei finale din alineatul (2), faptul că statele membre prin intermediul dreptului intern şi cu respectarea dreptului comunitar, vor stabili condiţiile de aplicare a dispoziţiilor de excludere prevăzute în acest alineat. Or, România a înţeles să instituie şi să menţină sancţiunea de excludere din procedurile de

achiziţie publică doar în ceea ce priveşte falimentul, fără a aplica aceeaşi „penalitate” şi pentru societăţile aflate în insolvenţă.

Contestatorul subliniază că este în insolvenţă, şi nu în faliment.

Obiectivele stabilite în tratatele Uniunii Europene (UE) sunt realizate prin intermediul mai multor tipuri de acte legislative emise de Parlamentul European şi Consiliul. Regulamentele adoptate de organele legislative ale UE reprezintă un acte legislative cu caracter obligatoriu pentru toate statele din UE. Regulamentul se aplică în integralitatea sa, în toate statele membre ale UE.

Regulamentul 966/2012 şi Regulamentul delegat 1268/2012 al Comisiei privind normele de aplicare a Regulamentului nr. 966/2012, nu sunt aplicabile în mod singular în prezenta procedură de atribuire, deoarece au un obiect de reglementare mai complex şi diferit de normele care compun Directiva 2004/18/CE. Pentru acest motiv, cele două regulamente sunt completate de către directivă, aceasta din urmă fiind dreptul prioritar, deoarece reglementează în mod direct achiziţiile publice pe teritoriul UE.

De altfel, în cele două regulamente se fac nenumărate trimiteri la Directiva 2004/18/CE, ceea ce îi conferă acesteia caracterul juridic de drept prioritar. De altfel, chiar denumirea sa şi obiectul de reglementare indică cu precizie acest lucru: „DIRECTIVA 2004/18/CE A PARLAMENTULUI EUROPEAN ŞI A CONSILIULUI din 31 martie 2004 privind coordonarea procedurilor de atribuire a contractelor de achiziţii publice de lucrări, de bunuri şi de servicii”.

Pe de alta parte, Regulamentul 966/2012 are un obiect de reglementare uşor diferit sau cel puţin mai complex: „REGULAMENTUL (UE, EURATOM) NR. 966/2012 din 25 octombrie 2012 privind normele financiare aplicabile bugetului general al Uniunii şi de abrogare a Regulamentului (CE, Euratom) Nr. 1605/2002 al Consiliului”, motiv pentru care cuprinde norme de drept financiar-fiscal al UE. Astfel, din cuprinsul actelor de drept comunitar menţionate anterior, se poate observa faptul că ele sunt în strânsă legătură, finanţarea fiind de esenţa achiziţiilor publice, dar cu toate acestea, în materia achiziţiilor publice se aplică cu prioritate Directiva.

Contestatorul consideră că, pe cale de consecinţă, nu poate fi primită anularea procedurii de achiziţie publică în temeiul art. 107 din Regulamentul nr. 966/2012 al UE (Regulamentul delegat nr. 1268/2012), fără a avea în vedere, în primul rând, dispoziţiile art. 45 alin. (2), teza finală din cadrul Directivei 2004/18/CE care arată faptul că, în ceea ce priveşte situaţia personală a candidatului sau a ofertantului prevăzută la alin. (2), se aplică în anumite condiţii stabilite de către statele membre:

„(...) Statele membre precizează, în temeiul dreptului intern şi prin respectarea dreptului comunitar, condiţiile de aplicare a prezentului alineat.”

România, în calitate de stat membru al UE, are atât obligaţii cât şi drepturi conferite de TUE şi TFUE, motiv pentru care în legislaţia internă a

aplicat măsurile dispuse prin Directivă doar în sensul de a elimina din procedura de achiziţie publică doar persoanele juridice care se află în stare de faliment printr-o hotărâre definitivă pronunţată de judecătorul-sindic; în acest sens, contestatorul invocă dispoziţiile art. 181 din Ordonanţă.

Din toate argumentele menţionate anterior se poate observa faptul că UE a lăsat la îndemâna statelor, în baza dreptului lor suveran, stabilirea în dreptul intern a criteriilor de excludere din procedurile de achiziţie publică în ceea ce priveşte situaţia personală a ofertanţilor/ candidaţilor.

Contestatorul consideră că, pentru acest motiv, autoritatea contractantă trebuia să se raporteze în primul rând la Directivă şi Ordonanţă, şi numai după acest moment să analizeze interdicţiile prin prisma Regulamentelor, iar, deoarece nu a procedat astfel, autoritatea contractantă a emis o decizie/act adimistrativ nelegal. Mai mult decât atât, la rândul lor, nici dispoziţiile art. 209 alin. (1) din Ordonanţă nu-şi găsesc aplicabilitatea în prezenta cauză, deoarece situaţia de fapt, respectiv insolvenţa Straco, nu îşi regăseşte corespondent în temeiurile de drept din Ordonanţă, care stabilesc cazurile de abateri grave de la prevederile legislative care afecteaza procedura de atribuire sau care fac imposibilă încheierea contractului aşa cum sunt ele detaliate la alin. (4) lit. a) - d) al aceluiaşi articol.

Analizand dispoziţiile legale menţionate, se observă faptul că acestea nu sunt incidente în cazul de faţă, insolvenţa Straco nu se încadrează în nici unul dintre cele patru motive care se constituie în abateri grave de la prevederile legislative care afectează procedura de atribuire sau care fac imposibilă încheierea contractului.

Având în vedere toate aspectele menţionate anterior, contestatorul solicită constatarea faptului că este netemeinică şi nelegală decizia autorităţii contractante de anularea a procedurii de achiziţie publică, atât timp cât aceasta îşi întemeiază decizia doar pe dispoziţiile Regulamentelor, fără a lua în considerare dispoziţiile Directivei şi pe cele ale Ordonanţei. În drept, contestatorul invocă dispoziţiile art. 255, art. 256, art. 256^2 alin. (1) lit. a) din O.U.G. nr. 34/2006 actualizată, precum şi actele normative menţionate în cuprinsul contestaţiei.

Prin adresa nr. 11/1/363/12.02.2016, înregistrată la Consiliu sub nr. 3761/12.02.2016, autoritatea contractantă a transmis punctul de vedere cu privire la contestaţie, în care precizează următoarele:

COMPANIA NAŢIONALĂ DE CĂI FERATE „CFR” S.A. a demarat procedura de atribuire în cauză prin publicarea în SEAP a anunţului de participare nr.150752 din 07.05.2014 şi în JOUE: 2014/S 090-157993 din 10.05.2014. Valoare estimată a contractelor pentru cele 4 loturi este 109.991.890,00 lei (fără TVA). Valoare estimată pentru lotul 2 este 42.780.520 lei. Sursa de finanţare este din Fondul European de Dezvoltare Regională FEDER şi bugetul de stat.

La această procedură au depus oferte următorii operatori economici:

1. Ofertantul Asocierea S.C. ARCADA COMPANY S.A. – S.C. DARIA CONST S.R.L. - Loturile 2, 3 si 4;

2. Ofertantul S.C. WIEBE ROMANIA S.R.L. - Loturile 2, 3 şi 4;

3. Ofertantul Asocierea S.C. CONFER GROUP S.R.L. – S.C. RAD ARIA S.R.L. - Loturile 2 şi 4;

4. Ofertantul S.C. PROIECT CONSULT S.R.L. - Loturile 1, 2, 3;

5. Ofertantul SOCIEDAD ANONIMA DE OBRAS Y SERVICIOS - COPASA - Loturile 2, 3;

6. Ofertantul Asocierea S.C. TECTE S.R.L. - Loturile 2, 3 şi 4;

7. Ofertantul Asocierea AZVI - STRACO GRUP S.R.L. - Lotul 2;

8. Ofertantul Asocierea BILFINGER Baugesellschaft - SOPMET S.A. - Loturile 1, 2, 3 şi 4.

Urmare a evaluării ofertelor depuse s-a încheiat Raportul procedurii nr. 18/1/815/12.05.2015. Raportul procedurii este semnat de observatorii MFP - UCVAP, vizat de către Directorul General MFP-UCVAP, cu menţiunea „fără observaţii" şi aprobat de către Directorul General al CN CFR S.A. În baza raportului procedurii aprobat, Asocierea AZVI - STRACO GRUP S.R.L. este declarată câştigătoare pentru lotul 2. În termenul de aşteptare nu au fost depuse contestaţii la procedură.

După primirea de la serviciul care a derulat licitaţia a documentelor necesare întocmirii contractului, Serviciul Contractare a demarat procedura de încheiere a contractului. Actele necesare încheierii contractului au fost primite de la AZVI, în calitate de lider al asocierii, în 26.06.2015, simultan demarându-se şi procedura de perfectare a memorandumului de clarificare.

Deşi între 17 iunie şi 25 august 2015 a avut loc o corespondenţă pe baza memorandumului de clarificare, după întalnirea organizată de CNCF CFR S.A. pentru a clarifica forma finală, după data de 25.08.2015, AZVI nu a mai răspuns solicitărilor de accept, observaţii sau refuz a memorandumului de clarificare, fapt care a împiedicat încheierea contractului.

Acceptul pe memorandumul de clarificare a fost dat de către AZVI abia în 18.01.2016, în lipsa acestuia nefiind posibilă încheierea contractului.

În data de 15.01.2016, Asocierea AZVI – S.C. STRACO GRUP S.R.L. a legalizat actul adiţional nr. 1 la Acordul de asociere prin care S.C. STRACO GRUP S.R.L. a devenit liderul asocierii. În data de 18.01.2016, S.C. STRACO GRUP S.R.L. a informat CFR că se află în procedura de insolvenţă, în perioada de observaţie. Astfel, autoritatea contractantă, luând în considerare modificările survenite, respectiv deschiderea procedurii de insolvenţă a societăţii S.C. STRACO GRUP S.R.L., a apreciat că sunt aplicabile prevederile Regulamentului nr. 966/2012 al Parlamentului European şi al Consiliului, articolul 107 alineatul (1), conform căruia: „Nu se atribuie contracte candidaţilor sau ofertanţilor care, în timpul procedurii de achiziţie aferente contractului respectiv: [...] (c) se află într-una din situaţiile de excludere de la procedura de achiziţii

menţionată la articolul 106 alineatul (1)", respectiv „se află în stare de faliment sau fac obiectul unei proceduri de lichidare sau de administrare judiciară [...]" şi a prevederilor Regulamentului delegat nr. 1268/2012 al Comisiei privind normele de aplicare a Regulamentului nr. 966/2012.

Având în vedere cele prezentate mai sus, CFR a anulat procedura de achiziţie publică pentru lotul 2 în conformitate cu art. 209 alin. (1) lit. c) din O.U.G. nr. 34/2006 cu modificările şi completările ulterioare, respectiv „imposibilitatea încheierii contactului".

În data de 08.02.2016, operatorul economic S.C. STRACO GRUP S.R.L. a informat autoritatea contractantă - CFR, prin intermediul poştei electronice, că a depus o contestaţie la CNSC, înregistrată la Consiliu sub nr. 3247 din 08.02.2016, prin care contestă Decizia autorităţii contractante de anulare a procedurii de achiziţie publică pentru „Lucrări de reabilitare poduri, podeţe şi tuneluri de cale ferată -SRCF Cluj" - Lotul 2, anulare ce i-a fost comunicată contestatarei prin adresa 11/73/28.01.2016 şi solicită obligarea autorităţii contractante la reluarea procedurii de achiziţie publică de la momentul anterior deciziei de anulare, precum şi obligarea acesteia la încheierea contractului de lucrări.

Autoritatea contractantă precizează că REGULAMENTUL (UE, EURATOM) NR. 966/2012 AL PARLAMENTULUI EUROPEAN ŞI AL CONSILIULUI din 25 octombrie 2012 se aplică tuturor statelor membre ale Uniunii Europene, una din motivaţiile iniţierii acestui regulament fiind şi cel de la punctul 35, care prevede:

„(35) Regulile de excludere, în special, de la participarea la procedurile de achiziţii publice ar trebui îmbunătătite în vederea consolidării protectiei intereselor financiare ale Uniunii.".

Astfel, încheierea contractului cu un operator economic aflat în stare de insolvenţă implică un risc major în privinţa realizării contractului. Dacă operatorul economic nu îşi rezolvă situaţia financiară şi intră în faliment, atunci proiectul nu va fi finalizat, iar întârzierile şi pierderile financiare vor fi şi mai mari ţinându-se cont de sursa de finanţare, valoarea şi importanţa proiectului.

Regulamentul 966/2012 este prezentat la bibliografie atât pe site-ul www.ampost.ro la legislaţie europeană, cât şi în Ghidul de bune practici în domeniul achiziţiilor publice aferente proiectelor finanţate din instrumente structurale emis de ANRMAP.

Afirmaţiile contestatoarei potrivit căreia „(...) AC a emis o decizie/act administrativ nelegal..." şi că „...nici disp. art.209 alin. (1) din Ordonanţă (legislaţia naţională - n.n.) nu-şi găsesc aplicabilitatea în prezenta cauză, deoarece situaţia de fapt, respectiv insolvenţă Straco, nu îşi regăseşte corespondent în temeiurile de drept din Ordonanţă care stabilesc abaterile grave de la prevederile legislative ..." sunt greşite întrucât CFR nu a anulat procedura pentru lotul 2 din motive de abateri grave, ci din imposibilitatea încheierii contractului.

Potrivit prevederilor art. 209 alin. (1) lit. c) din O.U.G. nr. 34/2006 cu modificările şi completările ulterioare:

„(1) Autoritatea contractantă are obligaţia de a anula aplicarea procedurii pentru atribuirea contractului de achiziţie publică în următoarele cazuri:

(...)

c) dacă abateri grave de la prevederile legislative afectează procedura de atribuire sau dacă este imposibilă încheierea contractului.”

Autoritatea contractantă a avut în vedere faptul că, deşi ofertantul Asocierea AZVI – S.C. STRACO GRUP S.R.L. a fost declarat câştigător pentru procedura organizată pentru lotul 2, situaţia de insolvenţă în care se află, interpretată prin prevederile Regulamentului 966/2012, nu poate semna contractul în cauză, pentru că ar încalca prevederile acestui regulament, iar prin aceasta ar pune în pericol finanţarea cu fonduri europene a proiectului în cauză.

Urmare celor antemenţionate, autoritatea contractantă consideră corectă şi legală decizia de anulare a procedurii pentru lotul 2 şi solicită respingerea ca nefondată a contestaţiei nr. 3247 din 08.02.2016 depusă de S.C. STRACO GRUP S.R.L. la procedura „Lucrări de reabilitare poduri, podeţe şi tuneluri de cale ferată - SRCF Cluj” - lot 2 cu anunţ de participare din SEAP nr. 150752/2014.

Prin adresa nr. 3993/209 – C2/16.02.2016, Consiliul i-a solicitat autorităţii contractante documentele în baza cărora a anulat procedura de atribuire.

Prin adresa nr. 11/1/395/16.02.2016, înregistrată la Consiliu sub nr. 4128/17.02.2016, autoritatea contractantă a transmis Nota de anulare a procedurii şi Comunicarea privind anularea procedurii către societatea contestatoare.

Ultimul document, aferent dosarului cauzei, este adresa nr. 11/1/483/25.02.2016, înregistrată la Consiliu sub nr. 5024/25.02.2016, transmisă de autoritatea contractantă, prin care aceasta completează dosarul achiziţiei publice.

Analizând susţinerile şi documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarele:

COMPANIA NAŢIONALĂ DE CĂI FERATE „CFR” - S.A., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura de atribuire, prin „licitaţie deschisă”, a contractului de achiziţie publică de lucrări, având ca obiect «„Lucrări de reabilitare poduri, podeţe şi tuneluri de cale ferată – SRCF Cluj Lotul 1 – Tuneluri”, „Lucrări de reabilitare poduri, podeţe şi tuneluri de cale ferată – SRCF Cluj Lotul 2 – Poduri şi podeţe”, „Lucrări de reabilitare poduri, podeţe şi tuneluri de cale ferată – SRCF Cluj Lotul 3 – Poduri şi podeţe”, „Lucrări de reabilitare poduri, podeţe şi tuneluri de cale ferată – SRCF Cluj” Lotul 4 – Poduri şi podeţe”» (Lot 2 contestat), cod CPV 45221112-0, 45221242-0, 79341000-6, finanţat prin Programul Operaţional Sectorial de Transport – POS Transport.

În acest sens, a elaborat documentaţia de atribuire aferentă şi a publicat în S.E.A.P. anunţul de participare nr. 150752/07.05.2014,

potrivit căruia valoarea estimată a contractelor pentru cele 4 loturi este 109.991.890,00 lei (fără TVA).

Valoare estimată pentru lotul 2 (contestat) este 42.780.520 lei, echivalentul a 9.645.680,01 EUR (1 EUR = 4,4352 RON/07.05.2014), criteriul de atribuire stabilit fiind *„preţul cel mai scăzut”.*

Potrivit Procesului-verbal nr. 18/1/2128/31.07.2014 al şedinţei de deschidere a ofertelor, până la termenul limită au depus ofertă 8 operatori economici pentru Lotul 2 (contestat). După evaluarea ofertelor, comisia de evaluare a declarat câştigătoare a procedurii de atribuire, pentru Lotul 2, oferta depusă de asocierea Azvi S.A.- S.C. STRACO GRUP S.R.L., aspect consemnat în Raportul procedurii nr. 18/1/815/12.05.2015.

Prin adresa nr. 18/1/822/12.05.2015, autoritatea contractantă i-a comunicat asocierii AZVI – S.C. STRACO GRUP S.R.L. faptul că oferta sa a fost declarată câştigătoare, respectiv:

„(...) Compania Naţională de Căi Ferate „CFR” SA, vă înştiinţează faptul că, oferta depusă de dumneavoastră pentru LOTUL 2 a fost admisibilă şi în baza criteriului de evaluare „preţul cel mai scăzut” a fost clasată LOCUL 1 şi declarată câştigătoare în conformitate cu art. 200 din O.U.G. nr. 34/2006 cu o valoare a ofertei de 29.647.474,39 lei exclusiv TVA, având perioada de execuţie de 19 luni şi 12 luni perioada de notificare a defecţiunilor.

În conformitate cu prevederile 205 alin. (1) lit. a) din O.U.G. 34/2006, după expirarea termenului legal de 11 zile începând cu ziua următoare luării la cunoştinţă a prezentei comunicări, dacă nu sunt contestaţii, sunteţi invitat la Compania Naţională de Căi Ferate CFR SA, Direcţia Achiziţii Proiecte Europene, tel. 021/319.95.65 int. 122.331 şi fax nr. 021/315.85.49, pentru stabilirea clauzelor contractuale şi semnarea contractului.”

Ulterior, după o perioada lungă în care s-au desfăşurat diferite acţiuni care au avut ca scop demararea şi finalizarea procedurii de pregătire/avizare a documentelor contractuale aferente procedurii de achiziţie publică menţionată mai sus, la data de **28 ianuarie 2016**, prin adresa nr. 11/73/28.01.2016, autoritatea contractantă a comunicat asocierii AZVI S.A.– S.C. STRACO GRUP S.R.L. faptul că procedura de achiziţie publică s-a anulat, motivat de următoarele aspecte:

„Având in vedere Notificarea deschiderii procedurii de insolventa împotriva SC STRACO GRUP SRL, primita si înregistrata la autoritatea contractanta cu nr. 1.D/4250/02.11.2015;

- *in baza Regulamentului nr. 966/2012 al Parlamentului European şi al Consiliului, articolul 107 alineatul (1), conform căruia »Nu se atribuie contracte candidaţilor sau ofertanţilor care, in timpul procedurii de achiziţie aferente contractului respectiv: [...] (c) se află într-una din situaţiile de excludere de la procedura de achiziţii menţionată la articolul 106 alineatul (1)» respectiv «se află în stare*

de faliment sau fac obiectul unei proceduri de lichidare sau de administrare judiciară [...]»;

- *a prevederilor Regulamentului delegat nr. 1268/2012 al Comisiei privind normele de aplicare a Regulamentului nr. 966/2012 şi*
- *a art.209, alin.(1), lit.c) din OUG 34/2006, cu modificările si completările ulterioare, Autoritatea Contractanta anuleaza aplicarea procedurii de achiziţie publica mentionata in referinţa.*

În conformitate cu art. 210 din O.U.G. nr. 34/2006, modificata si completata ulterior, va precizam ca inceteaza obligaţiile pc care vi Ic-ati creat prin depunerea ofertelor".

Prin contestaţia în analiză, contestatoarea S.C. STRACO GRUP S.R.L. critică noul rezultat al procedurii de atribuire comunicat prin adresa nr. 11/73/28.01.2016, respectiv decizia autorităţii contractante privind anularea procedurii de atribuire în cauză, solicitând Consiliului anularea deciziei COMPANIEI NAŢIONALE DE CĂI FERATE „CFR" - S.A. de anulare a procedurii de atribuire a contractului de achiziţie în cauză.

Analizând criticile formulate de S.C. STRACO GRUP S.R.L., Consiliul constată că acestea vizează aspecte legate de nelegalitatea nelegalitatea motivelor care au stat la baza deciziei de anulare a procedurii de atribuire în cauză.

Aşadar, problema ce se impune a fi dezlegată este aceea dacă autoritatea contractantă a aplicat în mod judicios dispoziţiile articolului 209 alin. (1) lit. c) teza a II-a din O.U.G. nr. 3472006, respectiv dacă s-a aflat în situaţia imposibilităţii încheierii contractului de achiziţie publică.

Trecând la analiza celor mai sus reclamate, Consiliul constată că datele speţei pe scurt sunt următoarele:

- obiectul contractului supus procedurii de atribuire în cauză îl constituie execuţia lucrărilor de reabilitare a podurilor, podeţelor şi tunelurilor de cale ferată pe raza SCREIR Cluj (loturile1,2,3 şi 4), astfel cum a fost specificat în cadrul fişei de date a achiziţiei, la pct. II.1.5) *„Descrierea succintă a contractului sau a achiziţiei";*

- din examinarea documentelor aflate în copie la dosarul cauzei, Consiliul constată că autoritatea contractantă a comunicat asocierii AZVI S.A. – S.C. STRACO GRUP S.R.L. cu actul nr. 18/1/822/12.05.2015 faptul că oferta depusă a fost declarată câştigătoare;

- ulterior, între autoritatea contractantă şi asocierea AZVI S.A.– S.C. STRACO GRUP S.R.L., în perioada 17.06.2015 – 18.01.2016 s-a derulat o întreagă corespondenţă, în vederea demarării procedurii de pregătire/avizare a documentelor contractuale aferente procedurii de achiziţie publică în speţă.

Astfel:

- în data de 16.06.2015, cu actul nr. 18/2/526/16.06.2015, autoritatea contractantă solicită asocierii AZVI S.A.– S.C. STRACO GRUP S.R.L. o serie de documente în vederea demarării procedurii de pregătire/avizare a documentelor contractuale;

- în data de 17.06.2015, cu actul nr. 18/2/526/17.06.2015, autoritatea contractantă transmite asocierii AZVI S.A.– S.C. STRACO GRUP S.R.L. Memorandul de Clarificare în vederea analizei/acceptării acestuia;
- în data de 26.06.2015, asocierea AZVI S.A.– S.C. STRACO GRUP S.R.L. transmite cu actul nr. 18/2/575/26.06.2015 documentele solicitate;
- în data de 26.06.2015, asocierea AZVI S.A.– S.C. STRACO GRUP S.R.L. transmite cu actul nr. 18/2/576/26.06.2015 observaţii cu privire la Memorandul de Clarificăre;
- în data de 08.07.20115, autoritatea contractantă retransmite asocierii varianta actualizată a Memorandului de Clarificare;
- în data de 23.07.2015, asocierea AZVI S.A.– S.C. STRACO GRUP S.R.L., cu actul nr. 18/2/694/24.07.2015 solicită autorităţii contractante stabilirea unei întâlniri, în vederea clarificării tuturor aspectelor menţionate şi semnalate cu privire la Memorandumul de Clarificare;
- în data de 19.08.2015, autoritatea contractantă, cu actul nr. 14/1/53/19.08.2015 invită asocierea asocierea AZVI S.A.– S.C. STRACO GRUP S.R.L. pentru discutarea aspectelor semnalate;
- la data de 31.08.2015, autoritatea contractantă, urmare a discuţiilor purtate în cadrul întâlnirii cu reprezentanţii asocierii AZVI S.A.– S.C. STRACO GRUP S.R.L., transmiste cu actul nr. 14/1/93/31.08.2015 un punct de vedere şi solicită asocierii punctul de vederea asupra aspectelor transmise;
- la data de 28.09.2015, autoritatea contractantă cu actul nr. 14/1/283/28.09.2015 revine şi solicită asocierii, transmiterea punctului de vedere/acceptului privind varianta actualizată a propunerii CFR pentru Memorandumul de Clarificare;
- la data de 09.10.2015, autoritatea contractantă cu actul nr. 14/1/358/09.10.2015 revine şi solicită asocierii, transmiterea punctului de vedere/acceptului privind varianta actualizată a propunerii CFR pentru Memorandumul de Clarificare;
- la data de 19.10.2015, autoritatea contractantă cu actul nr. 14/1/372/19.10.2015 revine şi solicită asocierii transmiterea punctului de vedere/acceptului privind varianta actualizată a propunerii CFR pentru Memorandumul de Clarificare;
- la data de 24.11.2015, autoritatea contractantă cu actul nr. 14/1/520/24.11.2015 solicită asocierii acordul privind prelungirea valabilităţii ofertei şi a garanţiei de participare şi de asemenea invită reprezentanţii asocierii până la data de 27.11.2015 la sediul său în vederea semnării Memorandumului de Clarificare;
- la data de 27.11.2015, asocierea, prin liderul desemnat, respectiv AZVI S.A. cu actul nr. 561/27.11.2015 comunică autorităţii contractante faptul că este de acord cu prelungirea valabilităţii ofertei şi a a garanţiei de participare. Comunică faptul că nu consideră necesară

semnarea unui Memorandum de Clarificare, considerând că sunt suficiente prevederile contractului de lucrări. Totodată informează autoritatea contractantă despre o modificare intervenită în cadrul Acordului de asociere, respectiv desemnarea societăţii S.C. STRACO GRUP S.R.L. lider al asocierii. Solicită autorităţii contractante un punct de vedere şi stabilirea unei întâlniri cu departamentul juridic şi achiziţii publice în vederea discutării aspectelor menţionate;

- în data de 15.12.2015, autoritatea contractantă dă curs solicitării adresate de asociere şi cu actul nr. 14/17609/15.12.2015 invită la data de 17.12.2015 reprezentanţii asocierii în vederea discutării aspectelor invederate;
- în data de 15.12.2015, asocierea confirmă prezenţa la întâlnirea solicitată şi transmite cu actul nr. 14/1/638/16.12.2015 reprezentanţii participanţi la întâlnire;
- în data de 18.01.2016, S.C. STRACO GRUP S.R.L. transmite autorităţii contractante cu actul nr. 66/18.01.2016 următoarele: Act adiţional la Acordul de asociere, prin care părţile sunt de acord ca S.C. STRACO GRUP S.R.L. să devină lider de asociere, extras cont trezorerie, certificat de înregistare în scopuri de TVA, Autorizaţie AFER, referat insolvenţă, Încheierea din data de 24.08.2015 pronunţată de tribunalul Bucureţti, Hotărârea Adunării Generale a Asociaţilor din data de 26.08.2015;
- tot în data de 18.01.2016, S.C. STRACO GRUP S.R.L. transmite autorităţii contractante cu actul nr. 66/18.01.2016 acordul cu privire la menţiunile cuprinse în Memorandumul de Clarificare.

Raţionamentul conturat de autoritatea contractantă în favoarea argumentelor, potrivit cărora încheierea contractului cu un operator economic aflat în stare de insolvenţă implică un risc major în privinţa realizării contractului nu este judicios în cauză şi nu va fi reţinut de Consiliu în soluţionare din următoarele considerente:

Argumentul decisiv adus de autoritatea contractantă care a stat la baza deciziei de anulare a atribuirii contractului de achiziţie publică este faptul că deşi ofertantul asocierea AZVI S.A.– S.C. STRACO GRUP S.R.L. a fost declarat câştigător pentru procedura organizată pentru Lotul 2, starea de insolvenţă în care se află, interpretată prin prisma prevederilor Regulamentului 966/2012, nu poate semna contractul în cauză, pentru că ar încalca prevederile acestui regulament, iar prin aceasta ar pune în pericol finanţarea cu fonduri europene a proiectului în cauză.

Astfel, încheierea contractului cu un operator economic aflat în stare de insolvenţă implică un risc major în privinţa realizării contractului. Dacă operatorul economic nu îşi rezolvă situaţia financiară şi intră în faliment, atunci proiectul nu va fi finalizat, iar întârzierile şi pierderile financiare vor fi şi mai mari ţinându-se cont de sursa de finanţare, valoarea şi importanţa proiectului.

Vizavi de criticile legate de starea de insolvenţă a S.C. STRACO GRUP S.R.L., o primă remarcă a Consiliului este că, în documentaţia de

atribuire, autoritatea contractantă nu a stabilit vreo restricţie de participare la achiziţie, în calitate de ofertant, pentru operatorii economici aflaţi în insolvenţă, context în care se va face recurs în exclusivitate la reglementările normative relevante.

Nici Legea nr. 85/2006 privind procedura insolvenţei nu instituie vreo asemenea restricţie. Legea nr. 85/2014 privind procedurile de prevenire a insolvenţei şi de insolvenţă, care a înlocuit din 28 iunie 2014 Legea nr. 85/2006, prevede la art. 77 alin. (6) că debitorul aflat în procedura insolvenţei nu poate fi împiedicat să participe la licitaţii publice pentru motivul deschiderii procedurii. Totodată, la art. 341 stabileşte că orice decăderi, limitări, interdicţii ori altele asemenea instituite prin norme legale sau prevederi contractuale pentru cazul deschiderii procedurii de insolvenţă vor fi aplicabile doar (adverb restrictiv) de la data deschiderii falimentului, iar dispoziţiile contrare se abrogă. Art. 154 ind. 2 din Legea nr. 85/2006 stabilea în acelaşi sens.

Aşadar, în lumina legilor nr. 85/2006 şi nr. 85/2014, S.C. STRACO GRUP S.R.L., chiar dacă se află în procedura insolvenţei, are dreptul de a participa la achiziţie. Legislaţia dedicată domeniului achiziţiilor publice urmează aceeaşi orientare, în sensul neîngrădirii accesului operatorilor economici la procedurile de atribuire pe considerentul existenţei stării de insolvenţă a lor la momentul depunerii ofertei sau ivită ulterior. Că este astfel reiese din art. 181 lit. a) din Ordonanţa de urgenţă a Guvernului nr. 34/2006, în forma în vigoare, care prevede că autoritatea contractantă are dreptul de a exclude dintr-o procedură pentru atribuirea contractului de achiziţie publică orice ofertant *care a intrat în faliment ca urmare a hotărârii pronunţate de judecătorul-sindic*, prevedere care nu este incidentă în speţa de faţă, întrucât S.C. STRACO GRUP S.R.L., din datele furnizate de părţile litigante, nu se află în stare de faliment, ci dimpotrivă, face demersuri de a se redresa şi ieşi din insolvenţă.

Este veridic faptul că, la origine, art. 181 lit. a) şi b) din Ordonanţa de urgenţă a Guvernului nr. 34/2006 prevedeau că autoritatea are dreptul de a exclude din procedura de atribuire ofertantul care se află în oricare dintre următoarele situaţii:

a) este în stare de faliment ori lichidare, afacerile îi sunt administrate de un judecător-sindic sau activităţile sale comerciale sunt suspendate ori fac obiectul unui aranjament cu creditorii sau este într-o situaţie similară cu cele anterioare, reglementată prin lege;

b) face obiectul unei proceduri legale pentru declararea sa în una dintre situaţiile prevăzute la lit. a), însă lit. b) a fost abrogată, iar lit. a) a fost modificată prin ordonanţa de urgenţă nr. 76/2010, începând cu 02.07.2010, la modul arătat mai sus.

Aşadar, legiuitorul a reconsiderat cazurile de respingere a ofertanţilor, în prezent starea de insolvenţă a ofertantului nemaiconstituind un astfel de caz. Astfel, că în speţa de faţă, Consiliul constată că sunt incidente următoarele dispoziţii legale: art. 181 din O.U.G. nr. 34/2006, respectiv:

„Autoritatea contractantă are dreptul de a exclude dintr-o procedură pentru atribuirea contractului de achiziţie publică orice ofertant/candidat care se află în oricare dintre următoarele situaţii:

a) a intrat în faliment ca urmare a hotărârii pronunţate de judecătorul-sindic;

(...)

c1) în ultimii 2 ani nu şi-a îndeplinit sau şi-a îndeplinit în mod defectuos obligaţiile contractuale, din motive imputabile ofertantului în cauză, fapt care a produs sau este de natură să producă grave prejudicii beneficiarilor acestuia;"

- aşadar, pe de o parte, legiuitorul a lăsat la latitudinea autorităţii contractante decizia de a respinge o ofertă aflată în ipotezele susenunţate, şi nu a instituit o obligaţie în acest sens, aşa cum este, spre pildă, cazul art. 180 din ordonanţa de urgenţă;

- demne de reţinut sunt dispoziţiile art. 77 alin. (6) din Legea nr. 85/2014 privind procedurile de prevenire a insolvenţei şi de insolvenţă, care dispun *„Debitorul aflat în procedura insolvenţei nu poate fi împiedicat să participe la licitaţii publice pentru motivul deschiderii procedurii";*

- în condiţiile în care legiuitorul nu a stabilit obligaţia autorităţii contractante de a-l respinge pe ofertant şi în situaţia deschiderii procedurii generale a insolvenţei, nimic nu conduce la concluzia că acest lucru ar fi posibil sub imperiul dispoziţiei legale, care stabileşte un asemenea drept doar în situaţia falimentului. De altfel, o asemenea interpretare este logică, perioada de reorganizare fiind prevăzută tocmai pentru a da posibilitatea debitorului de a-şi stabiliza situaţia financiară, or o interpretare în sensul eliminării de la orice procedură ar lăsa fără şanse orice societate în insolvenţă, în dauna creditorilor;

- nu în ultimul rând, este de remarcat şi faptul că dispoziţiile art. 181 stabilesc un drept al autorităţii contractante de a respinge chiar şi un ofertant aflat în faliment. Deci, dacă şi în situaţia falimentului ofertantului, posibilitatea eliminării acestuia este lăsată de legiuitor la latitudinea autorităţii contractante, cu atât mai mult nu există nicio raţiune a considera că acceptarea şi desemnarea drept câştigătoare a unui ofertant aflat în procedura generală a insolvenţei, ar fi o măsură nelegală;

- dimpotrivă, autoritatea contractantă ar fi acţionat abuziv în situaţia în care ar fi respins ofertantul în cauză, încălcând dreptul acestuia de a participa la procedură, fără a avea un temei legal expres pentru o astfel de decizie;

- prin urmare, chiar dacă autoritatea contractantă ar fi înţeles să uzeze de dreptul conferit de art. 181 din O.U.G. nr.34/2006 cu modificările ulterioare, oferta asocierii AZVI S.A.– S.C. STRACO GRUP S.R.L. nu putea fi respinsă în temeiul lit.a) din articol. Dacă s-ar fi procedat astfel, ar fi intervenit o extindere a aplicării articolului în discuţie, la un caz de respingere a ofertei care nu a fost prevăzut, ceea ce

nu este permis, cazurile de respingere a ofertelor fiind expres şi limitativ prevăzute de lege.

Mai mult, din Ordinul preşedintelui Autorităţii Naţionale pentru Reglementarea şi Monitorizarea Achiziţiilor Publice nr. 509/2011 privind formularea criteriilor de calificare şi selecţie, anexa nr. 1, care include la categoria "*Formulări restrictive. Documentaţia de atribuire/anunţul de participare/invitaţia de participare nu se acceptă/validează*" cerinţa prezentării unei "*declaraţii potrivit căreia operatorul economic se află în procedura de insolvenţă*", transpare voinţa autorităţii reglementatoare de a excepta de la evaluarea ofertei eventuala stare de insolvenţă în care s-ar afla ofertanţii. Altfel spus, interzicând autorităţilor contractante să ceară ofertanţilor informaţii legate de insolvenţă, sub sancţiunea neacceptării/nevalidării documentaţiei/anunţului/invitaţiei de participare, fosta Autoritate Naţională pentru Reglementarea şi Monitorizarea Achiziţiilor Publice a interzis, implicit, şi dreptul de a evalua ofertele prin prisma eventualei insolvenţe a licitatorilor şi a altor participanţi.

Deschiderea procedurii de insolvenţă asupra S.C. STRACO GRUP S.R.L. nu echivalează cu falimentul acestei societăţi.

După cum s-a arătat, prin actualul art. 181 lit. a) din Ordonanţa de urgenţă a Guvernului nr. 34/2006, legiuitorul român a stabilit pentru autoritatea contractantă un drept (nu obligaţie) de a exclude dintr-o procedură pentru atribuirea contractului doar pe ofertantul care a intrat în faliment, nu şi pe cel împotriva căruia a început o procedură generală de insolvenţă. Norma în cauză este expresă şi limitativă, nefiind permis autorităţii contractante să îşi exercite dreptul de a respinge oferta ca urmare a deschiderii procedurii insolvenţei.

Că intrarea în insolvenţă a ofertantului nu dă dreptul autorităţii să îl excludă din procedura de atribuire o demonstrează şi Decizia civilă nr. 2766 din 7 aprilie 2014 a Curţii de Apel Bucureşti, Secţia a VIII-a contencios administrativ şi fiscal, în care instanţa a statuat:

Petenta a susţinut că oferta declarată câştigătoare este inadmisibilă, întrucât împotriva liderului asocierii a fost deschisă procedura insolvenţei, aşa cum atestă încheierea din 26.11.2013 a Tribunalului Ilfov, Secţia civilă, din dosarul nr. [...]/93/2013 [...].

Prin decizia sa din 19.02.2014, Consiliul Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor a respins contestaţia petentei, reţinând, în esenţă, că motivul grefat pe dispoziţiile art. 181 lit. a) din ordonanţă este nefondat, întrucât textul legal citat recunoaşte autorităţii contractante dreptul de a exclude din procedură ofertantul care a intrat în faliment ca urmare a hotărârii pronunţate de judecătorul-sindic. Or, în primul rând, prin încheierea din 26.11.2013, pronunţată de Tribunalul Ilfov, Secţia civilă, în dosarul nr. [...]/93/2013, a fost deschisă procedura insolvenţei împotriva liderului asocierii declarate câştigătoare, situaţie ce nu echivalează cu falimentul, iar, în al doilea rând, procedura insolvenţei a fost iniţiată ulterior datei-limită de depunere a ofertelor.

Curtea constată că în mod temeinic a procedat Consiliul respingând contestaţia petentei sub aspectul motivului prevăzut de art. 181 lit. a) din ordonanţă, fiind de observat că, prin dispoziţiile anterior citate, legiuitorul recunoaşte autorităţii contractante dreptul de a exclude din procedură ofertantul care a intrat în faliment ca urmare a hotărârii pronunţate de judecătorul-sindic.

Trecând peste caracterul lipsit de echivoc al dispoziţiilor art. 181 lit. a), este de subliniat că forma actuală a acestuia este rezultatul adoptării Ordonanţei de urgenţă a Guvernului nr. 76/2010, anterior acesteia fiind recunoscut dreptul autorităţii contractante de a exclude dintr-o procedură pentru atribuirea contractului de achiziţie publică orice ofertant care se află în

următoarele situaţii: este în stare de faliment ori lichidare, afacerile îi sunt conduse de un administrator judiciar sau activităţile sale sunt suspendate ori fac obiectul unui aranjament cu creditorii sau este într-o situaţie similară cu cele anterioare, reglementată prin lege.

Ca atare, dat fiind caracterul său restrictiv, art. 181 lit. a) din ordonanţă poate reprezenta un temei pentru respingerea ofertei exclusiv în situaţia în care ofertantul a intrat în faliment, ipoteză evident neîndeplinită în cauza de faţă.

Curtea nu contestă justeţea argumentelor petentei, prin care subliniază neconcordanţa dintre cerinţele de calificare cu privire la situaţia ofertantului şi specificaţiile referitoare la contractul de achiziţie proiectat, conform cărora autoritatea contractantă şi-a rezervat dreptul de a rezilia contractul dacă antreprenorul devine falit sau insolvabil, intră în proces de lichidare, primeşte un ordin de punere sub sechestru împotriva sa, ajunge la un acord cu creditorii săi, desfăşoară în continuare o afacere sub coordonarea unui administrator judiciar, curator sau manager în beneficiul acestor creditori sau dacă se întâmpla orice alt eveniment care (conform legilor în vigoare) are un efect similar cu cel al oricărei astfel de situaţii sau evenimente, însă aceste argumente nu pot conduce nicidecum la reconsiderarea admisibilităţii ofertei intervenientului, cât timp cerinţa minimă de calificare este formulată întocmai cu observarea dispoziţiilor art. 181 lit. a) din ordonanţă.

Similar, în Decizia civilă nr. 4963 din 13 iunie 2014, aceeaşi instanţă a arătat:

Potrivit art. 181 lit. a) din ordonanţă, autoritatea contractantă are dreptul de a exclude din procedură un ofertant care a intrat în faliment ca urmare a hotărârii pronunţate de judecătorul-sindic.

Chiar dacă unul dintre asociaţii ofertanţi a intrat în insolvenţă voluntară începând cu 08.10.2013, conform afirmaţiilor contestatoarei, având desemnat un administrator de insolvenţă, această situaţie nu intră sub incidenţa art. 181, situaţiile prevăzute de lege referindu-se exclusiv şi explicit la faliment, îndeplinirea defectuoasă a obligaţiilor contractuale, neîndeplinirea obligaţiilor de plată, prezentarea de informaţii false sau condamnarea ca urmare a comiterii unei fapte ce aduce atingerii eticii profesionale.

Faptul că insolvenţa operatorului economic nu constituie un impediment în participarea la procedura de atribuire şi câştigarea contractului l-a reţinut şi Curtea de Apel Galaţi, Secţia contencios administrativ şi fiscal, în Decizia nr. 4024 din 16 septembrie 2013, din care citǎm:

Situaţia că un operator economic se află în procedura insolvenţei nu este un impediment în a participa şi chiar a deveni semnatar de contract, având în vedere chiar dispoziţiile art. 181 invocate de petentă, care la lit. a) prevăd posibilitatea autorităţii de a exclude dintr-o procedură ofertantul care a intrat în faliment ca urmare a hotărârii pronunţate de judecătorul-sindic. **Potrivit doctrinei şi legislaţiei în domeniu, insolvenţa este acea stare a patrimoniului unei societăţi care se caracterizează prin insuficienţa fondurilor băneşti disponibile pentru plata datoriilor scadente. O societate ajunsă în stare de insolvenţă are posibilitatea, dacă întruneşte anumite condiţii expres prevăzute de lege, să intre într-o fază de reorganizare a activităţii, pe baza unui plan aprobat de creditori şi confirmat de judecătorul-sindic. Dacă activitatea astfel reorganizată este profitabilă şi permite plata tuturor creanţelor, conform termenilor şi condiţiilor stabiliţi în plan, atunci respectiva societate iese din starea de insolvenţă, îşi menţine personalitatea juridică, urmând să îşi desfăşoare activitatea în continuare fără intervenţia administratorului judiciar sau a judecătorului-sindic. Însă, dacă activitatea de reorganizare nu respectă planul, atunci respectiva societate iese din faza de reorganizare şi intră în faza de faliment.**

Prin urmare, în raport de aceste consecinţe care decurg din cele două situaţii în care se poate afla o societate (insolvenţă sau faliment), legiuitorul a modificat, prin pct. 33 din Ordonanţa de urgenţă a Guvernului nr. 76/2010, dispoziţiile art. 181 lit. a) din Ordonanţa de urgenţă a Guvernului nr. 34/2006, permiţând autorităţii înlăturarea de la procedură doar a ofertantului care a intrat în faliment, nu şi a celui care se află în insolvenţă. Astfel, este protejată societatea care se află intr-o situaţie dificilă din punct de vedere economic şi ajutată să se redreseze.

Prin Decizia nr. 2732/R-CONT din 7 decembrie 2012, Curtea de Apel Piteşti, Secţia a II-a civilă, de contencios administrativ şi fiscal, a mers şi mai departe:

Curtea constată că prevederile citate ale art. 181 lit. a) din ordonanţă conferă autorităţii posibilitatea, iar nu obligaţia de a exclude din procedură o persoană aflată în situaţia prevăzută de acest text. Ordonanţa se referă, aşadar, la intrarea în faliment, iar nu la intrarea în insolvenţă, care este o etapă premergătoare falimentului, ce nu conduce în mod necesar la acesta; pe de altă parte, este o chestiune lăsată de legiuitor la aprecierea autorităţii contractante, care are latitudinea de a proceda fie la excluderea, fie la menţinerea candidatului sau ofertantului respectiv. Or, câtă vreme i se recunoaşte prin lege această putere de apreciere a relevanţei în cazul dat a unei astfel de situaţii, ea nu poate fi cenzurată nici de către Consiliu şi nici de către instanţa de judecată, motiv pentru care Curtea constată că nu i se poate imputa autorităţii contractante că nu a analizat acest aspect.

Exemplele de hotărâri pot continua şi conturează o practică statornică a instanţelor de judecată în interpretarea şi aplicarea art. 181 lit. a) din ordonanţă.

Motivele autorităţii contractante pentru anularea procedurii de atribuire întemeiate pe argumente potrivit cărora, deşi ofertantul asocierea AZVI S.A. – S.C. STRACO GRUP S.R.L. a fost declarat câştigător pentru procedura organizată pentru Lotul 2, starea de insolvenţă în care se află, interpretată prin prevederile Regulamentului 966/2012, nu poate semna contractul în cauză, pentru că ar încalca prevederile acestui regulament, iar prin aceasta ar pune în pericol finanţarea cu fonduri europene a proiectului în cauză, sunt lipsite de suport, având caracter de speculaţii. Mai mult, aceste bănuieli ar da dreptul autorităţii să solicite clarificări, iar nu să anuleze procedura de atribuire în cauză.

Nici prin argumentarea probatorie din punctul de vedere şi nici prin mijloacele de probă anexate ei, contrar art. 10 alin. (1), art. 14 alin. (2) şi art. 249 C. proc. civ., care impun părţilor să susţină cu mijloace de probă cele ce afirmă în faţa Consiliului, autoritatea contractantă nu reuşeşte să probeze că asocierea AZVI – S.C. STRACO GRUP S.R.L. nu are capacitatea de a executa contractul licitat.

Simplele presupuneri ale autorităţii contractante că S.C. STRACO GRUP S.R.L., potrivit cărora *„încheierea contractului cu un operator economic aflat în stare de insolvenşă implică un risc major în privinţa semnării contarctului. Dacă operatorul economic nu îşi rezolvă situaţia finnaciară şi intră în faliment, atunci proiectul nu va fi analizat, iar întârzierile şi pierderile finnaciare vor fi şi mai mari ţinându-se cont de sursa de finanţare, valoarea şi importanţa proiectului”* rămân la stadiul de presupuneri, care nu au forţa necesară, prin ele însele, să atragă eliminarea din competiţie a operatorului economic declarat câştigător.

Riscul de neexecutare este aferent oricărui contract, după cum orice agent economic este supus riscului de faliment.

Aşa cum a fost mai sus reţinut, S.C. STRACO GRUP S.R.L. a transmis autorităţii contractante cu actul nr. 66/18.01.2016 următoarele: înscrisuri vizavi de starea de insolvenţă:

- Adresă emisă de S.C. STRACO GRUP S.R.L. în data de 18.01.2016 în care aceasta menţionează următoarele aspecte:

*„Prin încheierea din data de **24.08.2015** pronuntata in Dosarul nr. 29881/3/2015, **Tribunalul Bucureşti a deschis procedura generala de insolventa la cererea STRACO GRUP SRL.***

Prin încheierea mentionata tribunalul a decis urmatoarele:

(...) Admite cererea debitorului, in temeiul art. 71 alin. 1 din Legea nr. 85/2014 privind procedunle de prevenire a insolvenţei şi de insolvenţă, deschide procedura generală împotriva debitorului SC STRACO GRUP SRL. (..)

Desemnează administrator judiciar provizoriu pe CITR Filiala Bucureşti SPRL."

Menţionam faptul ca încheierea a ramas definitiva prin neapelare.

In cadrul procedurii de insolventa, organele de conducere al STRACO GRUP SRL sunt:

Administrator Special - dl. Enescu Sorin Cristian, cetatean roman, născut la data de 27.09.1968, la Piteşti, jud. Argeş, cu domiciliul in Piteşti, str. Independetei, nr. 7, bl. P4, ap. 18, Jud. Argeş, identificat cu CI seria AS nr. 784060 emis de SCPLEP - Piteşti la data de 22.09.2011, CNP 1680927034972.

Administratorul Judiciar - CITR FILIALA BUCUREŞTI SPRL cu sediul in Bucureşti, str Turturelelor, nr 11 A, et 4, sector 3, înmatriculata la Registrul Societăţilor Profesionale al UNPIR cu nr. RFO 401/2009, CUI R026171764, IBAN R053BTRL01301202S88106XX, deschis la Banca Transilvania, fax 021/326.60.13, e-mail bucuresti@citr.ro, reprezentata prin dl. Aurel Podariu - asociat partener.

Astfel, la data prezentei, STRACO GRUP SRL se afla in perioada de observaţie, motiv pentru care activitatea sa se desfasoara in mod normal, fara nici o restrictie economica sau juridica, sub conducerea Administratorului Special si sub supravegherea Administratorului Judiciar.

Dupa expirarea perioadei de observaţie, STRACO GRUP SRL, urmeaza sa propună un plan de reorganizare in urma caruia urmeaza sa-si redreseze activitatea din punct de vedere economic."

- prin Încheierea din data de 24.08.2015, pronunţată de către Tribunalul Bucureşti – Secţia a VII-a Civilă, în dosarul nr. 298881/3/2915 având ca obiect examinarea cererii întemeiate pe dispoziţiile Legii nr. 85/2014 privind procedura insolvenţei, formulată de debitoarea S.C. STRACO GRUP S.R.L., s-au dispus următoarele:

„(...)

Prin cererea înregistrata la Tribunalul Bucureşti - Secţia a VII- Civila sub nr. 29881/3/2015 debitorul SC STRACO GRUP SRL a solicitat in temeiul art. 71 si art 66 din Legea 85/2014 deschiderea procedurii de insolvenţă si desemnarea unui administrator judiciar .

In motivarea cererii debitoarea a aratat ca societatea se afla in încetare de plaţi, nu mai poate face fata datoriilor existente cu fondurile disponibile , întâmpină greutăţi cu recuperarea creanţelor, existând posibilităţi de reorganizare .

In susţinerea cererii debitoarea a depus la dosarul cauzei urmatoarele înscrisuri: certificat constatator, declaraţia de intrare in procedura de faliment, ultimul bilanţ contabil cu balanţa de verificare , lista bunurilor societăţii , lista conturilor bancare , lista creditorilor societăţii, declaraţie pe proprie răspundere din care rezulta ca societatea nu a mai fost supusa procedurii prevăzută de legea 85/2006 intr-un interval de 5 ani anterior formulării cererii introductive.

In drept, au fost invocate prevederile art 71 din Legea 85/2014 privind procedura insolvenţei.

Cererea a fost legal timbrata cu taxa de timbru in suma de 200 lei. Analizând actele şi lucrările dosarului instanţa constata urmatoarele: Potrivit dispoziţiilor art.66 din Legea 85/2014 debitorul aflat in stare de insolventa este obligat sa adreseze tribunalului o cerere pentru a fi supus dispoziţiilor prezentei legi in termen de maximum 30 de zile de la apariţia stării de insolventa.

Din actele depuse la dosarul cauzei de către debitoare, respectiv copii de pe registrele contabile si documentele contabile si extracontabile, din care rezulta ca societatea inregistreaza datorii care trebuie plătite într- o perioada de până la un an de 180.203.940 lei, valoarea datoriilor care trebuie plătite într-o perioada mai mare de un an fiind de 27.057.717 lei ,cu lichidităţi de 25.469.233 lei , judecătorul sindic apreciaza ca debitoarea este in stare de insolventa datorita insuficientei fondurilor băneşti disponibile pentru plata datoriilor exigibile.

Pentru considerentele expuse, raportat la dispoziţiile art.71 si 66 din Legea 85/2014 instanta va dispune deschiderea procedurii generale de insolvenţă împotriva societatii debitoare SC STRACO GRUP SRL. în temeiul art. 53 din lege administratorul judiciar va convoca Adunarea generală a asociaţilor în termen de maxim 10 de zile de la deschiderea procedurii pentru desemnarea administratorului special.

Având în vedere cererile creditorilor SC ANTREPRIZA CONSTRUCŢII MONTAJ NR 4 BUCUREŞTI , SC SOREL PROD CORN 2000 SRL , SC STEFIMAR EUROCONS SRL , SC UNICREDIT LEASING CORPORATION IFN SA si SC AMFORA PLUS TRANS SRL de deschidere a procedurii , va califica aceste cereri drept declaraţii de creanţă .

În baza art 45 din legea 85/2014 , constatând că atât debitorul cât si creditorii au solicitat desemnarea câte unui administrator judiciar , vor avea prevalentă cererile creditorilor , astfel că instanta va desemna în calitate de administrator judiciar a societatii debitoare , societatea profesională CITR Filiala Bucureşti SPRL, propusă de creditorul SC Unicredit Leasing Corporation IFN SA - motivat de experienţa generală a practicienilor în insolvenţă din cadrul societătii, competenta profesională si logistica - cu atribuţiile prevăzute de art. 58 din Legea nr. 85/2014 şi cu o remuneraţie provizorie de 2500 lei.

În baza art.99 din Legea nr. 85/2014 va pune în vedere administratorului judiciar să notifice deschiderea procedurii prevăzute la art. 61 din lege, către toţi creditorii din lista depusă de debitoare şi Oficiul Registrului de Comerţ de pe lângă Tribunalul Bucureşti.

In baza art 87 din legea 85/2014, avand in vedere ca societatea debitoare si-a declarat fntentia de reorganizare, instanta urmeaza sa nu dispună ridicarea dreptului de administrare al societatii debitoare odata cu deschiderea procedurii.

În baza art. 100 din lege va stabili termenele-limită de depunere a declaraţiilor de creanţă, termenul de verificare a creanţelor, de întocmire, afişare şi comunicare a tabelului preliminar al creanţelor şi de definitivare a tabelului şi va fixa termen pentru convocarea primei şedinţe a adunării creditorilor la data de 03.11.2015.

În baza art.59 al 1 din lege va stabili termenul de depunere de către administratorul judiciar a raportului de activitate.

PENTRU ACESTE MOTIVE ÎN NUMELE LEGII DISPUNE

(...)

În temeiul art. 71 alin. 1 din Legea nr. 85/2014 privind procedurile de prevenire a insolvenţei şi de insolvenţă, deschide procedura generală împotriva debitorului SC STRACO GRUP SRL cu sediul în Bucureşti, str. Barleanr. 5-13, sector 5, CUI Ro 15143*718.*

În baza art. 66 alin. 6 teza a 2-a din Legea 85/2014 califică cererile creditorilor SC ANTREPRIZA CONSTRUCŢII MONTAJ NR 4 BUCUREŞTI , SC SOREL PROD CORN 2000 SRL , SC STEFIMAR EUROCONS SRL , SC UNICREDIT LEASING CORPORATION IFN SA si SC AMFORA PLUS TRANS SRL de deschidere a procedurii insolvenţei, drept declaraţii de creanţă.

Fixează următoarele termene limită: a) termenul limită de depunere, de către creditori, a opoziţiilor la încheierea de deschidere a procedurii - 15 zile de la notificare, precum şi termenul de soluţionare a opoziţiilor, care nu va depăşi 10 zile de la data expirării termenului de depunere a acestora; b) termenul limită pentru înregistrarea cererii de admitere a creanţelor asupra averii debitorului - 09.10.2015; c) termenul de verificare a creanţelor, de întocmire şi publicare în Buletinul Procedurilor de Insolvenţă a tabelului preliminar de creanţe - 29.10.2015; d) termenul de definitivare a tabelului creanţelor - 23.11.2015; e) data primei şedinţe a adunării generale a creditorilor - 03.11.2015.

Desemnează administrator judiciar provizoriu pe CITR Filiala Bucureşti SPRL care va îndeplini atribuţiile prevăzute de art. 58 raportat la art. 87 alin. 1 lit. a din Legea nr. 85/2014, cu o remuneraţie de 2500 lei din averea debitorului, exclusiv TVA.

În temeiul art. 71 alin. 2 din Legea nr. 85/2014, dispune ca administratorul judiciar să trimită o notificare, în condiţiile art. 99 alin. 3 din lege, privind deschiderea procedurii generale împotriva debitorului, turor creditorilor menţionaţi în lista depusă de debitor în conformitate cu art. 67 alin. 1 lit. c), debitorului şi oficiului registrului comerţului sau, după caz, registrului societăţilor agricole ori registrului asociaţiilor şi fundaţiilor , În care debitorul este înmatriculat, pentru efectuarea menţiunii, instanţelor judecătoreşti în a căror jurisdicţie se află sediul declarat la registrul comerţului, şi tuturor băncilor unde debitorul are deschise conturi, în vederea aplicării prevederilor art. 75 din Legea nr. 85/2014.

Pune în vedere administratorului judiciar să efectueze în 60 de zile de la data pronunţării prezentei hotărâri inventarierea bunurilor debitorului, să întocmească şi să depună la dosar, în termen de 20 de zile de la desemnare, raportul prevăzut la art. 92 alin. 1 din Legea nr. 85/2014, şi, în termen de 40 de zile de la desemnare, raportul prevăzut la art. 97 din aceiaşi lege.

În temeiul art. 39 din Legea nr. 85/2014 privind procedurile de prevenire a insolvenţei şi de insolvenţă, dispune deschiderea de către debitor a unui cont la o unitate bancară din care vor fi suportate cheltuielile aferente procedurii, în termen de 2 zile de la notificarea deschiderii procedurii; în caz de neîndeplinire a atribuţiei, contul va fi

deschis de către administratorul judiciar. Eventualele disponibilităţi băneşti vor fi păstrate într-un cont special de depozit bancar.

Pune în vedere administratorului judiciar prevederile art. 252 din Legea nr. 31/1990, republicată şi dispune îndeplinirea formalităţilor privind menţionarea la registrul comerţului a reprezentanţilor permanenţi ai săi.

Pune în vedere administratorului judiciar să depună lunar la dosar, raportul prevăzut de art. 59 alin. 1 din Legea nr. 85/2014.

Fixează termen pentru analiza stadiului continuării procedurii la 30.10.2015"

Analizând documentele prezentate, Consiliul reţine că, în executarea deciziei susmenţionate, administratorul judiciar Casa de Insolvenţă Transilvania- Filiala Bucureşti SPRL a convocat adunarea generală a asociaţilor S.C. STRACO GRUP S.R.L., care a desemnat ca administrator special pe domnul Enescu Sorin Cristian, persoană ce urmează să îndeplinească atribuţiile prevăzute la art. 56 din Legea nr. 85/2006. Aceste aspecte se regăsesc consemnate în Hotărârea Adunării Generale a Asociaţilor S.C. STRACO GRUP S.R.L., înregistrată la Casa de Insolvenţă Transilvania sub nr. 7871/26.08.2015.

În cadrul hotărârii antemenţionate, aflată în copie la dosarul cauzei, au fost stabilite următoarele atribuţii care urmează a fi desfăşurate de administratorul special, respectiv:

a) participă, în calitate de reprezentant al debitorului, la judecarea acţiunilor prevăzute la art. 117-122 ori a celor rezultând din nerespectarea art. 84;

b) formulează contestaţii în cadrul procedurii reglementate de lege

c) propune un plan de reorganizare;

d) administrează activitatea debitorului, sub supravegherea administratorului judiciar, după confirmarea planului doar în situaţia în care nu i s-a ridicat debitoului dreptul de administrare;

e) după intrarea în faliment, participă la inventar, semnând actul, primeşte raportul final şi bilanţul de închidere şi participă la şedinţa convocată pentru soluţionarea obiecţiunilor şi aprobarea raportului;

f) primeşte notificarea închiderii procedurii".

În cazul de faţă, nu numai că S.C. STRACO GRUP S.R.L. nu se găseşte în stare de faliment, ci *„In baza art 87 din legea 85/2014, avand in vedere ca societatea debitoare si-a declarat intentia de reorganizare, instanta urmeaza sa nu dispună ridicarea dreptului de administrare al societatii debitoare odata cu deschiderea procedurii*" astfel cum este menţionat în cadrul Încheierii din data de 24.08.2106, pronunţată de către Tribunalul Bucureşti – Secţia a VII-a Civilă.

În acord cu dispoziţiile Legii nr. 85/2014 sunt menţiunile S.C. STRACO GRUP S.R.L., conform cărora *„Astfel, la data prezentei, STRACO GRUP SRL* ***se afla in perioada de observaţie****, motiv pentru care activitatea sa se desfasoara in mod normal, fara nici o restrictie economica sau juridica, sub conducerea Administratorului Special si sub supravegherea Administratorului Judiciar.*

Dupa expirarea perioadei de observaţie, STRACO GRUP SRL, urmeaza sa propună un plan de reorganizare in urma caruia urmeaza sa-si redreseze activitatea din punct de vedere economic."

Potrivit dispoziţiilor art. 5 din Secţiunea 2 *„Definiţii"*, pct. 42 din Legea nr. 85/2014, perioada de observaţie este perioada cuprinsă între data deschiderii procedurii insolvenţei şi data confirmării planului de reorganizare sau, după caz, a intrării în faliment.

Deficienţa constată de Consiliu, în privinţa documentelor prezentate de S.C. STRACO GRUP S.R.L., este legată de faptul că autoritatea contractantă nu a inteprins nicio acţiune vizavi de înscrisurile depuse.

Se impune ca autoritatea să manifeste un minim şi rezonabil rol activ în analizarea înscrisurilor depuse de S.C. STRACO GRUP S.R.L., cu privire la starea de insolvenţă şi să evalueze stadiul în care se află această societate, prin prisma dispoziţiilor legale incidente, respectiv Legea nr. 85/2014.

Prin urmare, în temeiul art. 76 alin. (2) din H.G. nr. 925/2006, autoritatea contractantă trebuie să analizeze şi evalueze documentele depuse de S.C. STRACO GRUP S.R.L., în caz de nelămuriri, să facă aplicarea dispoziţiilor art. 78 alin. (1) teza I din Hotărârea Guvernului nr. 925/2006. Autoritatea poate recurge şi la normele art. 11 alin. (3) din Hotărârea Guvernului nr. 925/2006, potrivit cărora: "*În cazul în care există incertitudini sau neclarităţi în ceea ce priveşte anumite documente prezentate, autoritatea contractantă are dreptul de a solicita detalii, precizări sau confirmări suplimentare atât de la ofertantul/candidatul în cauză, cât şi de la autorităţile competente care pot furniza informaţii în acest sens".*

Este de subliniat aici că autoritatea, prin exercitarea dreptului de a solicita aceste clarificări, nu aduce atingere principiului tratamentului egal în procedura achiziţiilor publice [art. 2 alin. (2) din Ordonanţa de urgenţă a Guvernului nr. 34/2006], respectiv nu o avantajează în vreun fel pe asocierea AZVI S.A. – S.C. STRACO GRUP S.R.L.

Consiliul reţine că, autoritatea contractantă în loc să analizeze înscrisurile depuse de S.C. STRACO GRUP S.R.L. vizavi de starea de insolvenţă alege să anuleze procedura, argumentele aduse de aceasta, în adresa de anulare a procedurii, nejustificând luarea acestei măsuri.

Astfel, autoritatea contractantă nu poate utiliza ca argument în decizia de anulare a procedurii de atribuire faptul că încheierea contractului cu un operator economic aflat în stare de insolvenţă implică un risc major în privinţa realizării contractului

În ceea ce priveşte temerile autorităţii contractante vizavi de faptul ca *„dacă operatorul economic nu işi rezolvă situaţia financiară şi intră în faliment, atunci proiectul nu va fi finalizat (...)"* sunt nejustificate, în condiţiile în care, dată fiind situaţia juridică a societăţii S.C. STRACO GRUP S.R.L., respectiv insolvenţa, desfăşurarea activităţilor curente, efectuarea plăţilor către creditorii cunoscuţi, trebuie să urmeze procedura prevăzută de Legea nr. 85/2014, situaţie care permite supravegherea

acestora de către administratorul judiciar, care trebuie să îi apere interesele. Astfel, autoritatea contractantă nu este în măsură, iar Consiliul nu poate fi chemat să verifice modul de aplicare de aplicare de către S.C. STRACO GRUP S.R.L. a Legii nr. 85/2006, întrucât, potrivit actului normativ antemenţionat, administratorul judiciar are la dispoziţie o multitudine de mijloace juridice prin care să verifice punerea în aplicare a legii.

De altfel, perioada de reorganizare este prevăzută tocmai pentru a da posibilitatea debitorului de a-şi stabiliza situaţia financiară.

Riscul de neexecutare este aferent oricărui contract, după cum orice agent economic este supus riscului de faliment

Deşi autoritatea contractantă a invocat prevederile art. 209 alin. (1) lit. c) din O.U.G. nr. 34/2006, autoritatea contractantă nu a făcut dovada imposibilităţii încheierii contractului care ar putea justifica în mod limitativ luarea deciziei de anulare.

Mai mult, dispoziţiile art. 209 din O.U.G. nr. 34/2006 prevăd, în mod expres, care sunt cazurile în care autoritatea contractantă are obligaţia de a anula procedura de atribuire, însă nu a ţinut cont de dispoziţiile legale menţionate şi a emis o notă de anulare procedură ce nu este motivată în concordanţă cu dispoziţiile legale, fapt pentru care Consiliul apreciază decizia ca fiind una abuzivă.

Contestatorul, în mod corect, apreciază că anularea procedurii este nejustificată având în vedere că autoritatea contractantă, în mod eronat, a anulat în temeiul dispoziţiilor art. 107 din regulamentul nr. 955/2012 al UE, motivat de dispoziţiile art. 45 alin. (2), teza finală din cadrul Directivei 2004/18/CE care arată că în ceea ce priveşte situaţia personală a candidatului sau a ofertantului prevăzută la alin. (2) se aplică în anumite condiţii stabilite de către statele membre, respectiv *„(...) Statele membre precizează, în temeiul dreptului intern şi prin respectarea dreptului comunitar, condiţiile de aplicare a prezentului alineat”* şi în loc să finalizeze procedura, a dispus anularea procedurii.

Sunt demne de reţinut în soluţionare şi susţinerile societăţii contestatoare, potrivit cărora autoritatea contractantă în mod netemenic şi-a întemeiat decizia de anulare doar pe dispoziţiile regulamentelor, fără a lua în considerare dispoziţiile Directivei şi pe cele ale Ordonanţei.

De asemenea sunt judicioase în soluţionare şi susţinerile S.C. STRACO GRUP S.R.L., potrivit cărora autoritatea contractantă trebuia să se raporteze în primul rând la Directivă şi Ordonanţă, şi numai după acest moment să analizeze interdicţiile prin prisma Regulamentelor, astfel: *„România, în calitate de stat membru al UE, are atât obligaţii cât şi drepturi conferite de TUE şi TFUE, motiv pentru care în legislaţia internă a aplicat măsurile dispuse prin Directivă doar în sensul de a elimina din procedura de achiziţie publică doar persoanele juridice care se află în stare de faliment printr-o hotărâre definitivă pronunţată de judecătorul-sindic; în acest sens, contestatorul invocă dispoziţiile art. 181 din Ordonanţă.*

Din toate argumentele menţionate anterior se poate observa faptul că UE a lăsat la îndemâna statelor, în baza dreptului lor suveran, stabilirea în dreptul intern a criteriilor de excludere din procedurile de achiziţie publică în ceea ce priveşte situaţia personală a ofertanţilor/ candidaţilor"

Anularea prezentei proceduri, pentru autoritatea contractantă, ar fi defavorabilă, în sensul că aceasta trebuie să întocmească o noua documentaţie de atribuire, să reia procesul de depunere a ofertelor, procesul de evaluare a ofertelor şi cu eventualele contestaţii, privind documentaţia de atribuire, cât şi privind rezultatele evaluărilor, ce se pot întinde pe o perioadă de timp similară prezentei proceduri, lucru ce ar dăuna în mod evident autorităţii contractante. S-ar crea prejudicii asocierii contestatoare, care a participat în prezenta procedură şi care a înregistrat costuri cu întocmirea ofertei, cât şi cu întocmirea viitoarei oferte.

În concluzie, Consiliul consideră că din cuprinsul comunicării deciziei de anulare a procedurii, nu rezultă un motiv întemeiat pentru anularea procedurii, cele invocate de către autoritatea contractantă nefiind temeinice şi legale. Totodată, Consiliul va lua ca măsură de remediere, desfiinţarea deciziei de anulare a procedurii. Astfel, autoritatea contractantă ar fi scutită de a iniţia o nouă procedură, de a mai evalua ofertele şi, totodată, de eventualele contestaţii ce pot fi depuse, respectându-se principiul utilizării eficiente a fondurilor, prevăzut de art. 2 lit. f) din O.U.G. nr. 34/2006.

Consiliul reţine că, potrivit art. 209 alin. (1) din Ordonanţă, autoritatea contractantă are dreptul să anuleze aplicarea procedurii, de regulă, înainte de transmiterea comunicărilor privind rezultatul acesteia pentru motivele expres şi limitativ prevăzute de lege, printre care şi acela că *„abateri grave de la prevederile legislative afectează procedura de atribuire sau este imposibilă încheierea contractului"*. Din modul de redactare a textului şi din întreaga economie a ordonanţei, inclusiv din observarea principiilor care stau la baza atribuirii contractului de achiziţie, se apreciază că interpretarea care se impune este aceea că legiuitorul a avut în vedere, cu ocazia elaborării textului, o imposibilitate obiectivă, independentă de poziţia vreunuia dintre participanţii la procedură şi, în special, a autorităţii contractante.

În subsidiar, nu trebuie ignorat faptul că, în cauză, hotărârea de a anulare a procedurii de atribuire a intervenit, după aproape cca 8 luni de zile de la data definitivării rezultatului procedurii, timp în care între asociere şi autoritatea contractantă s-a derulat o corespondenţă pe baza memorandumului de clarificare, toate acestea antrenând costuri şi resurse semnificative din partea părţilor implicate.

Această maniera în care a procedat autoritatea contractantă apare ca nelegală în raport de dispoziţiile art. 209 din O.U.G. nr. 34/2006 dar şi de natură să încalce drepturile recunoscute de acelaşi act normativ în

beneficiul ofertantului participant. Nefiind localizată o culpă în sarcina sa, ofertantul nu poate fi prejudiciat printr-o hotărâre arbitrară a autorităţii contractante.

Consiliul reţine că autoritatea contractantă nu-şi poate invoca propria culpă, potrivit principiului de drept *„nemo auditur propriam turpitudinem allegans*", izvorâtă din defectuoasa pregătire a procedurii de atribuire, impusă participanţilor la licitaţie după o perioadă lungă de timp înăuntrul căreia s-au consumat în bună măsură etape importante ale procedurii (elaborarea ofertei, deschiderea ofertei, evaluarea ofertelor, stabilirea ofertei câştigătoare).

Această viziune este impărtăşită şi de instanţele de judecată, după cum arată şi Curtea de Apel Cluj, Secţia comercială, de contencios administrativ şi fiscal în decizia nr. 2532/06.11.2008, *autoritatea contractantă nu îşi poate invoca propria culpă, izvorâtă din documentaţia de atribuire, pentru a fi apoi opusă cu succes participanţilor la licitaţie după o perioadă lungă de timp înăuntrul căreia s-au consumat în bună măsură etape importante ale procedurii*.

Consiliul reţine faptul că în speţă, autoritatea contractantă nu a făcut dovada că s-a aflat în situaţia imposibilităţii continuării procedurii, ceea ce conduce la ipoteza că anularea procedurii s-a făcut fără a avea la bază un motiv concret, ferm, real, obiectiv, ci este datorată doar culpei autorităţii contractante care a apreciat, că se impune anularea procedurii. Numai existenţa unor împrejurări total independente de voinţa autorităţii contractante pot justifica anularea procedurii de atribuire, potrivit art. 209 din OUG nr. 34/2006, deoarece legiuitorul vorbeşte despre o imposibilitate. Desigur că această imposibilitate nu a fost demonstrată.

Consiliul reţine faptul că în speţă, autoritatea contractantă nu a făcut dovada existenţei unor *„abateri grave de la prevederile legislative*" care *„afectează procedura de atribuire sau este imposibilă încheierea contractului".*

În concluzie, Consiliul reţine că activitatea comisiei de evaluare a înregistrat abateri de la cadrul legal care reglementează achiziţiile publice, motiv pentru care va admite critica formulată de S.C. STRACO GRUP S.R.L., referitoare la nelegalitatea deciziei autorităţii contractante de anulare a procedurii de atribuire, aceasta fiind întemeiată.

Cât priveşte capătul de cerere privind obligarea autorităţii contractante la încheierea contractului de lucrări, Consiliul constată că cererea este prematur formulată, autoritatea contractantă fiind obligată prin decizia în cauză să analizeze înscrisurile depuse de S.C. STRACO GRUP S.R.L., referitoare la starea de insolvenţă.

Pentru considerentele anterior expuse, în temeiul dispoziţiilor art. 278 alin. (2) din O.U.G. nr. 34/2006, cu modificările şi completările ulterioare, Consiliul va admite în parte contestaţia formulată de S.C. STRACO GRUP S.R.L., în contradictoriu cu COMPANIA NAŢIONALĂ DE CĂI FERATE „CFR" - S.A.

Pe cale de consecinţă, referitor la Lotul nr. 2, va anula *„Nota anulare procedură”* şi adresele de comunicare a deciziei de anulare a procedurii, ca acte subsecvente ale acesteia.

În baza art. 278 alin. (4) din acelaşi act normativ va obliga autoritatea contractanta ca, în termen de 10 zile de la primirea deciziei Consiliului, la reluarea procedurii de achiziţie publică de la momentul anterior deciziei de anulare şi la analizarea înscrisurilor depuse referitoare la starea de insolvenţă, cu respectarea dispoziţiilor legale şi a celor evocate în motivarea prezentei decizii.

În baza art. 278 alin. (5) din ordonanţa de urgenţă respinge ca prematur formulat capătul de cerere privind obligarea autorităţii la încheierea contractului.

În baza art. 278 alin. (6) din ordonanţa evocată, va dispune continuarea procedurii de achizitie publică, cu respectarea celor decise anterior.

PREŞEDINTE COMPLET
Silviu - Cristian POPA

MEMBRU COMPLET
Isabela GAVRILĂ

MEMBRU COMPLET
Tache ZORILĂ

Redactată în 4 (patru) exemplare originale, conţine 29 (douăzecişinouă) pagini