CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C.N.S.C.

Str. Stavropoleus 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. 14 alin. (2) 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 cu modificările și completările ulterioare, Consiliul adoptă următoarea:

DECIZIE

Nr. ...../...../.....
Data: .....

Prin contestația nr. ...../....., înregistrată la CNSC sub nr. ...../....., formulată de SC ..... SRL, cu sediul social în ....., sector ....., ..., având cod unic de înregistrare ....., înmatriculată la Registrul Comerțului sub nr. ....., reprezentată prin administrator special și împotriva comunicării rezultatului evaluării criteriilor de calificare și selecție postat în SICAP în data de 12.09..... emisă de către ....., cu sediul în ....., ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii licitație deschisă, în vederea atribuirii unui contract de achiziție publică, având ca obiect: .....", cod CPV ....., s-a solicitat anularea comunicării din data de 12.09....., a documentelor în baza cărora s-a emis această comunicare, obligarea autorității contractante la reluarea evaluării ofertei depuse în sensul de a constata îndeplinirea condițiilor prevăzute de art. 167 alin. ..... din Legea nr. 98/2016.

În luarea deciziei, **CONSILIUL**, legal investit, a avut în vedere următoarele:

Contestatorul precizează că la data de ....., autoritatea contractantă, ..., a publicat anunțul de participare ..... privind achiziția de „Servicii de migrare și integrare structuri de date existente".

La data de 10.08....., a depus oferta tehnică și financiară aferentă procedurii în cauză, anexând la DUAE următoarele înscrisuri:

- prezentare privind starea de insolvență a societății;
- certificat de grefa eliberat de Tribunalul ....., dosar nr. ..... privind deschiderea procedurii de insolvență/

desemnarea administratorului judiciar/neridicarea dreptului de administrare al societății;

- declarația directorului general al societății depusă în cadrul procedurii de insolvență privind intenția de reorganizare;
- declarația directorului general depusă în cadrul procedurii de insolvență privind descrierea activităților pe care societatea le are în vedere pentru reorganizarea activității;
- raportul administratorului judiciar privind propunerea de continuare a perioadei de observație în procedura generală;
- extras BPI în care s-a publicat raportul administratorului judiciar privind propunerea de continuare a perioadei de observație;
- extrase BPI privind raport activitate ianuarie ..... și martie .....

Contestatorul precizează că la data de 23.08....., autoritatea contractantă i-a transmis solicitarea de clarificări nr. ....., prin care, în conformitate cu prevederile art. 134 din HG nr. 395/2016 coroborat cu art. 167 alin. (.....) din Legea nr. 98/2016, i-a solicitat clarificări suplimentare privind starea de insolvență a societății.

Prin adresa datată 27.08....., a răspuns solicitării autorității contractante, anexând adresa nr. 2669/27.08..... emisă de administratorul judiciar desemnat al societății, SC Euro Insol SPRL, prin care se atestă faptul că SC ..... SRL se află în faza de observație, nefiind ridicat dreptul de administrare și că, de la data deschiderii procedurii insolvenței și până în prezent, societatea nu a înregistrat datorii față de bugetul de stat și a adoptat măsuri pentru a putea fi întocmit un plan de reorganizare fezabil. Anexat adresei administratorului judiciar, a fost prezentat ultimul raport de activitate publicat în buletinul procedurilor de insolvență, aferent lunii mai .....

Autoritatea contractantă, analizând răspunsul oferit de contestator a publicat în SEAP comunicarea prin care se aduce i se aduce la cunoștință decizia de a excludere din procedură, bazată pe *„lipsa unor documente care să dovedească faptul că am adoptat măsurile necesare pentru a întocmi un plan de reorganizare fezabil ce permite, pe de o parte, continuarea de o manieră sustenabilă a activității curente, iar, pe de altă parte, posibilitatea că vom avea capacitatea necesară și vom fi în măsură să prestăm contractul ce urmează a se încheia”.*

Contestatorul a transmis către autoritatea contractantă prin intermediul SEAP, la data de 17.09....., o adresă prin care a solicitat revizuirea poziției exprimate prin comunicare, în sensul de a o anula și de a aplica prevederile art. 167 alin. (.....) din Legea nr. 98/2016.

În continuare contestatorul prezintă cadrul legal ce permite societăților aflate în procedura de insolvență să participe la proceduri de achiziție publică, invocând art. 167 alin. (.....) din Legea nr. 98/2016, art. 77 alin. (6) din Legea nr. 85/2014 și Directiva 2014/24/UE a

Parlamentului European și a Consiliului din 26 februarie 2014 privind achizițiile publice și de abrogare a Directivei 2004/18/CE.

Prin urmare, raportat la prezenta situație, contestatorul precizează că în fapt, așa cum a prezentat prin documentele de calificare depuse, prin încheierea pronunțată la dată de 22.08.2017 de către Tribunalul ....., Secția a VII-a Civilă în dosarul nr. ....., s-a deschis procedura generală de insolvență privind pe SC ..... SA, ca urmare a formulării unei cereri proprii în acest sens. Prin declarația directorului general al societății din cadrul cererii de deschidere a procedurii de insolvență, societatea și-a arătat intenția de reorganizare, fiind descrise activitățile pe care SC ..... SA le are în vedere pentru reorganizarea activității (document prezentat autorității contractante în documentele de calificare - documente de insolvență) printre care: restructurarea societății prin implementarea unor măsuri de reducere a costurilor, identificarea unor surse de finanțare pentru asigurarea capitalului de lucru necesar funcționării în regim constant a activității, renegocierea contractelor comerciale, reducerea cheltuielilor de funcționare, valorificarea activelor care nu concură la realizarea activităților curente.

Conform certificatului de grefă, prezentat autorității contractante, eliberat de Tribunalul ....., Secția a Vll-a Civilă - Dosar nr. ....., societatea și-a menținut dreptul de administrare, aceasta putând continua desfășurarea activităților curente în perioada de observație, sub supravegherea administratorului judiciar și nu sub conducerea acestuia „(...) desemnează administrator judiciar (...) care va îndeplini atribuțiile prevăzute de art. 58 raportat la art. 87 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 85/2014".

De asemenea, din raportul administratorului judiciar asupra cauzelor și împrejurărilor care au dus la apariția insolvenței - publicat în BPI din 14.11.2017, rezultă că societatea *„poate fi supusă unui plan de reorganizare cu șanse de reușită, prin măsuri rapide și eficiente de restructurare a activității, măsuri aplicabile atât în perioada de observație, cât și pe parcursul implementării planului de reorganizare a activității societății".*

De asemenea, prin raportul privind propunerea de continuare a perioadei de observație întocmit de administratorul judiciar în temeiul art. 92 din Legea nr. 85/2014 și publicat în BPI din 05.09.2017, document prezentat autorității contractante ca anexă la DUAE, se face o prezentare generală societății, în sensul că aceasta *„este astăzi un jucător import IT și telecomunicațiilor",* fiind organizată în cinci linii de business:

- securitate și siguranța publică:
  - supravegherea frontierei;
  - managementul urgențelor și al crizelor;
  - protecția infrastructurilor critice;
  - protecția/ siguranța orașelor;

- sisteme IT;
- managementul traficului aerian/ maritim;
- telecom.

În acest sens, propunerea de continuare a perioadei de observație, în temeiul art. 92 din Legea nr. 85/2014 este întemeiată de administratorul judiciar pe o serie de considerente, printre care:

- societatea deține bunuri în patrimoniu,
- societatea are reprezentant legal,
- societatea nu este dizolvată,
- societatea și-a declarat intenția de reorganizare.

Contestatorul subliniază că a atașat răspunsului la solicitarea de clarificare și extras de pe ultimul Buletin al Procedurilor de Insolvență publicat la acea dată, respectiv BPI nr. 14815/31.07....., conținând raportul administratorului judiciar privind activitatea debitoarei în luna mai ....., din care rezultă că activitatea societății se desfășoară în continuare sub supravegherea administratorului judiciar, se finalizează activitatea de evaluare a bunurilor societății, iar pe rolul instanțelor de judecată se află în curs de soluționare contestațiile creditorilor împotriva Tabelului preliminar al creanțelor, urmând ca ulterior, să fie întocmit tabelul definitiv.

Totodată, contestatorul precizează că aceleași proceduri de urmat se regăsesc și în Buletinul procedurilor de insolvență nr. 16333/ 04.09....., în care s-a publicat raportul administratorului judiciar privind activitatea SC ..... SA în lunile iunie-iulie .....

În continuare precizează că procedura de insolvență se derulează după anumite reguli prevăzute de Legea nr. 85/2014, iar etapa în care societatea se află în prezent este perioada de observație și nu de reorganizare, fiind în curs de soluționare de către judecătorul sindic contestațiile la tabelul preliminar al creanțelor, urmând ca ulterior să fie întocmit tabelul definitiv al creanțelor.

Invocând art. 5 pct. 42 din Legea nr, 85/2014, *„perioada de observație este perioada cuprinsă între data deschiderii procedurii insolvenței și data confirmării planului de reorganizare (...)”* și art. 5 pct. 53 din Legea nr. 85/2014, *„programul de plată a creanțelor este graficul de achitare a acestora menționat în planul de reorganizare*”, contestatorul consideră că înainte de înscrierea creanțelor în Tabelul definitiv nu există cadrul procedural și legal pentru întocmirea unui plan de reorganizare fezabil.

De asemenea, în adresa administratorului judiciar nr. 2669/ 27.08..... anexată răspunsului la solicitarea de clarificare nr. BD/109/ 23.08....., acesta confirmă că societatea nu are datorii curente la bugetul de stat și că a adoptat măsuri pentru a putea fi întocmit un plan de reorganizare fezabil dovadă fiind toate activitățile desfășurate de SC ..... SA de la momentul deschiderii procedurii de insolvență și până în prezent, activități detaliate în rapoartele lunare întocmite de administratorul judiciar și publicate în buletinele procedurilor de

insolvență aferente (documente cu caracter public). Aceste activități se încadrează în linia activităților descrise de societate în vederea reorganizării (conform declarațiilor depuse o dată cu cererea de deschidere a procedurii).

În susținerea poziției sale, contestatorul susține că a arătat autorității contractante faptul că societatea a încheiat și executat în primul semestru al anului ..... contracte în valoare de peste 8.000.000,00 lei (livrare și instalare echipamente cu raze X la diferite instituții, implementare sisteme informatice, activități de mentenanță sisteme informatice, mentenanță echipamente optoelectronice, activități de mentenanță echipamente cu raze X), activitatea financiară încheindu-se cu profit.

Contestatorul mai precizează că a participat, până în prezent, la o serie de proceduri de achiziție publicate în SEAP, cel puțin 3 dintre acestea fiind în faza finală de evaluare, cu potențial de încheiere contracte foarte ridicat.

Prin urmare, contestatorul consideră că a demonstrat autorității contractante că societatea dispune de capacitatea financiară necesară pentru realizarea obligațiilor asumate prin contractele încheiate, fiind în măsură să presteze și contractul ce face obiectul procedurii privind *„Servicii de migrare și integrare structuri de date existente”.*

Totodată contestatorul susține că, din punct de vedere tehnic, a arătat autorității contractante faptul că societatea dispune de capacitatea de a executa contractul chiar prin cele prezentate în propunerea tehnică, unde a nominalizat experții solicitați prin caietul de sarcini.

Având în vedere cele prezentate anterior, contestatorul consideră că a arătat că se încadrează în excepția prevăzută de legiuitor în art. 167 alin. (.....) din Legea nr. 98/2016, motiv pentru care solicită anularea comunicării privind decizia autorității contractante de excludere din procedură, a documentelor în baza cărora s-a emis această comunicare și obligarea autorității contractante la reluarea evaluării ofertei depuse în sensul de a constata îndeplinirea condițiilor prevăzute de art. 167 alin. (.....) din Legea nr. 98/2016.

În urma adresei CNSC nr. 39407/.....-...../27.09....., prin adresa înregistrată la Consiliu sub nr. 39929/01.10..... contestatorul depune în original recipisa de consemnare a cauțiunii nr. ....., tranzacția nr. ....., din data de 28.09....., emisă de CEC Bank, Sucursala Victoriei, în valoare de ....., pe seama și la dispoziția CNSC.

Prin adresa nr. 13309/05.10....., înregistrată la Consiliu sub nr. 40953/05.10....., autoritatea contractantă trimite dosarul achiziției și punctul de vedere cu privire la prezenta contestație.

Autoritatea contractantă precizează că în conformitate cu prevederile art. 167 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 98/20162 privind achizițiile publice, a solicitat operatorilor economici să precizeze în DUAE, partea III: motive de excludere, C: motive legate de insolvență, conflicte

de interese sau abateri profesionale dacă sunt în situație de insolvență sau de lichidare.

În data de 10.08....., comisia de evaluare a procedat la deschiderea ofertelor, iar la data de 22.08....., comisia de evaluare s-a întrunit în vederea analizării cerințelor de calificare și selecție.

În conformitate cu prevederile art. 132, alin. (1) din HG nr. 395/2016, analizând DUAE și documentele suplimentare legate de starea de insolvență transmise autorității contractante de către contestator, s-a constatat faptul că aceasta confirmă faptul că se află în stare de insolvență, respectiv „Prin încheierea pronunțată la data de 22.08.2017 de către Tribunalul ....., Secția a VII- a Civila in dosarul nr. ....., ca urmare a formulării unei cereri proprii în acest sens, s-a deschis procedura generală de insolvență privind pe SC ..... SA, în temeiul dispozițiilor art. 71 alin. (1) teza I din Legea nr. 85/2014 privind procedurile de prevenire a insolvenței și de insolvență, cu modificările și completările ulterioare (denumită în continuare Legea nr. 85/2014). Conform încheierii judecătorului-sindic, a fost desemnat un administrator judiciar provizoriu, care își va îndeplini atribuțiile legale prin raportare la prevederile art. 87 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 85/2014. Astfel, având în vedere că societății SC ..... SA nu i s-a ridicat dreptul de administrare, se va continua desfășurarea activităților curente în perioada de observație, sub supravegherea administratorului judiciar și nu sub conducerea acestuia. Atașam prezentei certificatul de grefa emis de către Tribunalul ..... cât și Raportul Administratorului Judiciar publicat în Buletinul Procedurilor de Insolvență. Având în vedere dispozițiile art. 167 alin. (.....) din Legea nr. 98/2016, respectiv: Prin excepție de la dispozițiile alin. (1) lit. b), entitatea contractantă nu exclude din procedura de atribuire un operator economic împotriva căruia s-a deschis procedura generală de insolvență și care se află în perioada de observație atunci când, pe baza informațiilor și/sau documentelor prezentate de operatorul economic sau în orice alt mod, stabilește că operatorul economic în cauză are capacitatea de a executa contractul sectorial/acordul-cadru, ținând cont de măsurile adoptate de respectivul operator privind continuarea activității. Aceasta presupune că respectivul operator economic se află fie în faza de observație și a adoptat măsurile necesare pentru a întocmi un plan de reorganizare fezabil, ce permite continuarea, de o manieră sustenabilă, a activității curente, fie este în cadrul procesului de reorganizare judiciară și respectă integral graficul de implementare a planului de reorganizare aprobat de instanță. (...), precum și prevederile art. 341 din Legea nr. 85/2014, respectiv orice decăderi, limitări, interdicții ori altele asemenea instituite prin norme legale sau prevederi contractuale pentru cazul deschiderii procedurii de insolvență vor fi aplicabile doar de la data deschiderii falimentului, vă învederăm următoarele aspecte: Prin încheierea pronunțată la data de 22.08.2017 de către Tribunalul ....., Secția a Vll-a Civilă în dosarul nr. ....., ca urmare a formulării unei

cereri proprii în acest sens, s-a deschis procedura generală de insolvență privind pe SC ..... SA, în temeiul dispozițiilor art. 71 alin. (1) teza I din Legea nr. 85/2014. Conform încheierii judecătorului-sindic, a fost desemnat un administrator judiciar provizoriu, care își va îndeplini atribuțiile legale prin raportare la prevederile art. 87 alin. 1 lit. a) din Legea nr. 85/2014. Astfel, având în vedere că societății SC ..... SA nu i s-a ridicat dreptul de administrare, se va continua desfășurarea activităților curente în perioada de observație, sub supravegherea administratorului judiciar și nu sub conducerea acestuia".

Prin urmare, în conformitate cu prevederile art. 134 din HG nr. 395/2016 coroborate cu prevederile art. 167 alin. (.....) din Legea 98/2016, autoritatea contractantă a solicitat clarificări suplimentare contestatorului privind adoptarea măsurilor necesare pentru a întocmi un plan de reorganizare fezabil, ce permite continuarea, de o manieră sustenabilă, a activității curente și demonstrează că operatorul economic este în măsură să execute în mod integral contractul ce urmează a se încheia.

Contestatorul a răspuns în data de 27.08....., transmițând în acest sens o serie de documente ce ar fi trebuit să demonstreze faptul că aceasta a adoptat măsurile necesare pentru a întocmi un plan de reorganizare fezabil.

În conformitate cu prevederile art. 132 alin. (1) din HG nr. 395/2016 coroborate cu prevederile art. 167 alin. (.....) din Legea nr. 98/2016, analizând răspunsul la solicitarea de clarificări, cât și documentele transmise odată cu depunerea ofertei, a constatat că ofertantul s-a limitat doar la prezentarea de detalii cu caracter general, fără a prezenta elemente concrete referitoare la adoptarea măsurilor necesare pentru a întocmi un plan de reorganizare fezabil, ce ar permite, pe de o parte, continuarea de o manieră sustenabilă a activității curente, iar pe de altă parte, ar demonstra că ofertantul are capacitatea necesară și este în măsură să execute în integralitate contractul ce urmează a se încheia.

Autoritatea contractantă subliniază faptul că singurul document depus de contestator în scopul de a proba faptul că a adoptat măsuri în vederea întocmirii unui plan de reorganizare este o declarație depusă în fața instanței de judecată, declarație care însă nu are o valoare juridică și nu produce niciun efect în cadrul procedurii, ci doar reprezintă o manifestare a intenției contestatorului privind elaborarea unui plan de reorganizare, desigur după parcurgerea etapelor procedurale prevăzute de lege în materia insolvenței (prima etapă fiind aceea a finalizării tabelului de creanțe).

Prin urmare, autoritatea contractantă a reținut că era obligația contestatorului de a depune toate eforturile pentru a evita excluderea din procedură, în conformitate cu prevederile art. 167 alin. (1) lit. b) din Legea 98/2016, și să prezinte în acest sens documente din care să rezulte faptul că se află în situația de excepție prevăzută la art. 167 alin.

(.....) din Legea nr. 98/2016, decizia excluderii fiind practic rezultatul unei analize pertinente și pragmatice a stării de fapt a societății.

Față de toate aceste aspecte, în conformitate cu prevederile art. 167 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 98/2016 coroborate cu prevederile art. 137 alin. (.....) lit. b) din HG nr. 395/2016, comisia a exclus oferta contestatorului din cadrul procedurii de atribuire.

Astfel, în data de 12.09....., autoritatea contractantă a comunicat contestatorului rezultatul evaluării criteriilor de calificare și selecție, aducându-i-se în acest mod la cunoștință faptul că a fost exclusă din procedura în cauză.

Cu privire la criticile aduse de către contestator față de decizia autorității contractante de o exclude din procedură, respectiv la faptul că societatea contestatoare a susținut că documentele precizate mai sus sunt relevante și suficiente pentru a demonstra faptul că a adoptat măsurile necesare pentru a întocmi un plan de reorganizare fezabil, ce ar permite continuarea, de o manieră sustenabilă, a activității curente și ar demonstra că va fi în măsură să execute în mod integral contractul ce urmează a se încheia, precum și la faptul că contestatorul a considerat că, prin declarația directorului general depusă în fata instanței de judecată, și-a arătat intenția de reorganizare a societății și că un astfel de document constituie o probă suficientă pentru a demonstra măsurile luate în sensul adoptării unui plan de reorganizare fezabil, autoritatea contractantă precizează că, autoritatea contractantă susține că toate aceste bune intenții sunt momentan doar la nivel declarativ.

Dat fiind faptul că operatorul contestator nu a prezentat dovezi clare care să demonstreze că au fost cel puțin demarate acțiuni și măsuri privind restructurarea societății, prin implementarea unor măsuri de reducere a costurilor sau, măcar, identificarea unor surse de finanțare pentru asigurarea capitalului de lucru necesar funcționării curente a societății nu au putut fi luată în considerare doar o simpla declarație.

Autoritatea contractantă susține că societatea contestatoare nu a prezentat nici măcar o structură sau o variantă incipientă a propunerii de plan de reorganizare, astfel încât comisia de evaluare să aprecieze asupra probabilității de a fi aprobat și implementat.

De asemenea, subliniază că informațiile cu caracter general prezentate de contestator privind demararea renegocierilor contractelor comerciale, reducerea cheltuielilor de funcționare sau valorificarea activelor care nu concură la realizarea activităților curente nu pot să se constituie într-o dovadă clară/concretă a îndeplinirii cerințelor legale privind adoptarea unui plan de reorganizare fezabil în cauză.

Contestatorul insistă și susține că din raportul administratorului judiciar rezultă că societatea *„poate fi supusă unui plan de reorganizare cu șanse de reușită, prin măsuri rapide și eficiente de restructurare a activității, măsuri aplicabile atât în perioada de observație, cât și pe parcursul implementării planului de reorganizare a activității”.*

Autoritatea contractantă consideră că o astfel de susținere este una cu caracter preliminar/prealabil în cuprinsul procedurii de insolvență și nu are la bază o analiză exhaustivă a activității contestatorului, în contextul în care raportul a fost redactat într-o fază incipientă a procedurii, administratorul judiciar fiind lipsit de anumite elemente care pot fi definitivate numai în etapele ulterioare ale procedurii. Spre exemplu, numărul de creditori și valoarea finală a creanțelor asupra contestatorului vor putea fi cunoscute abia la data la care este finalizat tabelul definitiv al creanțelor, aceste elemente putând influența în mod considerabil șansele de reușită ale unui eventual plan de reorganizare și situația patrimonială a contestatorului.

Autoritatea contractantă invocând art. 167 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 98/2016 consideră că decizia luată este corectă iar, pentru a evita excluderea, contestatorul avea obligația de a prezenta documente, dar și elemente concrete, din care să rezulte faptul că se află în situația de excepție mai sus menționată (aspecte care de altfel i-au și fost comunicate de către autoritatea contractantă).

În cauză, contestatorul s-a limitat doar la prezentarea unor informații cu caracter general și a unor declarații de intenție, elemente insuficiente pentru autoritatea contractantă pentru a aprecia cu privire la aplicabilitatea prevederilor art. 167 alin. (.....) din Legea nr. 98/2016, în contextul în care procedura de insolvență a contestatorului se află într-o fază incipientă, în care există incertitudini privind situația valorii creanțelor și a numărului creditorilor contestatoarei, iar contestatorul nu a adus suficiente elemente probatorii care să permită o analiză prima facie a posibilității acesteia de a executa în mod integral contractul ce se va încheia.

Autoritatea contractantă susține că solicitarea de clarificări formulată în cadrul procedurii de achiziție publică, dovedește intenția sa de a nu exclude *de plano* contestatorul din cadrul procedurii, ci de a-i da posibilitatea de furniza toate informațiile necesare în vederea încadrării în excepția reglementată de prevederile legale susmenționate.

Susținerile contestatorului că a adoptat măsuri pentru a putea fi întocmit un plan de reorganizare fezabil, invocând ca dovezi în acest sens toate activitățile desfășurate de aceasta de la momentul deschiderii procedurii de insolvență și până în prezent (activități detaliate în rapoartele lunare întocmite de administratorul judiciar și publicate în buletinele procedurilor de insolvență aferente) nu sunt susținute în niciun fel prin documentele prezentate autorității contractante ori Consiliului prin contestația formulată.

Dimpotrivă, aceste documente relevă că până în prezent nu s-a finalizat activitatea de evaluare a bunurilor societății, deși procedura de insolvență a fost declanșată în urmă cu aproximativ 14 luni. Mai mult, pe rolul instanțelor se află în curs de judecată contestațiile creditorilor împotriva tabelului preliminar al creanțelor, situație care relevă o

evidentă incertitudine în ceea ce privește durata estimată a procedurii de insolvență a contestatorului.

Lipsa tabelului definitiv al creanțelor și configurația încă volatilă a creditorilor care vor vota planul de reorganizare conduc la menținerea stării de incertitudine cu privire la aprobarea planului de reorganizare.

Autoritatea contractantă precizează că toate aspectele mai sus indicate constituie un argument în plus în a demonstra că situația contestatorului, atât din punct de vedere patrimonial, cât și din punct de vedere al procedurii insolvenței, nu este nici pe departe una previzibilă și predictibilă, pentru a putea estima în mod real șansele de reușită ale unui eventual plan de reorganizare.

Referitor la argumentul prezentat de contestator, cu privire la faptul că a încheiat și executat în primul semestru al anului ..... contracte în valoare de peste 8.000.000 lei (livrare și instalare echipamente cu raze X la diferite instituții, implementare sisteme informatice, activități de mentenanță sisteme informatice, mentenanță echipamente optoelectronice, activități de mentenanță echipamente cu raze X), autoritatea contractantă susține că activitatea contestatorului privind comercializarea, instalarea și mentenanța echipamentelor cu raze X pare a fi desfășurată exclusiv în baza unor contracte atribuite prin achiziții directe, modalitate de achiziție care nu presupune obligația îndeplinirii unor criterii de calificare și selecție formulate în baza criteriilor prevăzute la cap. IV secțiunea a 6-a paragraful 1 din Legea nr. 98/2016.

În plus, autoritatea contractantă subliniază că acest tip de servicii și de produse diferă în mod substanțial față de cele ce fac obiectul achiziției publice desfășurate *pendinte cause* (respectiv servicii de migrare și integrare structuri de date), iar contestatorul nu a făcut dovada capacității de a executa astfel de contracte în perioada de după deschiderea procedurii de insolvență.

Cu privire la susținerile contestatorului referitor la faptul că a participat, până în prezent, la o serie de proceduri de achiziție publicate în SEAP, cel puțin 3 dintre acestea fiind în fază avansată finală de evaluare, cu potențial de încheiere de contracte, foarte ridicat, autoritatea contractantă precizează că contestatorul invocă argumente cu caracter incert, nesustenabile sau care să poată fi ușor verificate de către autoritatea contractantă sau de către Consiliu (în contextul în care nu a depus documente relevante privind participarea la astfel de proceduri și nici nu a menționat dacă este vorba de proceduri de achiziție directă sau de alte tipuri de proceduri), dar și evenimente viitoare care nu pot fi prevăzute sau interpretate de către autoritatea contractantă sau de către Consiliu.

În susținerea celor afirmate anterior autoritatea contractantă invocă art. 167 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 98/2016, a prevederilor art. 54 paragraf (4) teza a II-a din Directiva 2014/24/UE a Parlamentului European și a Consiliului, din 26 februarie 2014 privind achizițiile publice.

Autoritatea contractantă subliniază faptul că achiziția de *„Servicii de migrare și integrare structuri de date existente”* este parte a Proiectului POC *„Optimizarea interacțiunii cu mediul de afaceri și implementarea unor mecanisme avansate de analiză și schimb de date prin implementarea unui sistem informatic de e-guvernare și analiză de tip Big Data în cadrul Consiliului Concurenței”* - cod SMIS 109641, iar în situația în care pe parcursul derulării contractului, operatorul economic nu mai are capacitatea de a-și executa obligațiile contractuale, autoritatea contractantă poate fi pusă în situația de a nu se îndeplini indicatorii asumați prin cererea de finanțare, fapt ce ar atrage după sine rambursarea integrală a fondurilor alocate (fiind în mod implicit afectat bugetul de stat). Livrabilul din această procedură de atribuire va trebui să fie integrat cu livrabile din alte proceduri pe care ..... le-a parcurs sau le va lansa în perioada următoare. Eșuarea acestui contract va genera în sistem de *domino* eșecul celorlalte proceduri, lipsa integrării tuturor acestor livrabile conducând la încălcarea contractului de finanțare.

Prin urmare, autoritatea contractantă consideră că respingerea ofertei contestatorului, ca inacceptabilă, a fost luată cu respectarea prevederile legale în vigoare în materia achizițiilor publice, nefiind încălcate principiile ce stau la baza atribuirii contractelor de achiziție publică.

Față de cele susținute și arătate mai sus, în conformitate cu prevederile art. 26 alin. (6) din Legea 101/....., solicită Consiliului respingerea contestației formulată de către SC ..... SA ca nefondată.

Prin adresa nr. 4771/08.10....., înregistrată la Consiliu sub nr. 41245/09.10....., contestatorul depune concluzii scrise cu privire la punctul de vedere al autorității contractante.

Contestatorul precizează că autoritatea contractantă susține în mod neîntemeiat faptul că nu a prezentat dovezi clare care să demonstreze că au fost cel puțin demarate acțiuni și măsuri privind restructurarea societății și că nu a prezentat nici măcar o structură sau o variantă incipientă a propunerii de plan de reorganizare.

Invocând prevederile art. 132 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 85/2014: în cazul său, intenția de reorganizare a fost formulată sub forma unei declarații pe proprie răspundere din partea directorului general, o dată cu cererea de deschidere a procedurii insolvenței (document anexat DUAE).

Totodată, conform prevederilor art. 5 pct. 42 și 54 din Legea nr. 85/2014, după publicarea tabelului definitiv al creanțelor, se ajunge la etapa propunerii unui plan de reorganizare a societății, care trebuie aprobat de adunarea creditorilor și confirmat de judecătorul sindic.

În fapt, două contestații la tabelul preliminar de creanțe nu au fost încă soluționate în fond de instanță de judecată, având termen de pronunțare amânat pentru data de 16.10..... (conform dovezilor

atașate constând în extras portalul instanțelor de judecată care poate fi accesat public).

Prin urmare contestatorul precizează că s-a aflat în imposibilitate obiectivă de a prezenta autorității contractante *„o structură sau o variantă incipientă a propunerii de plan de reorganizare*", așa cum a pretins aceasta, nefiind încă incidentă etapa procedurală aferentă propunerii, aprobării, confirmării unui plan de reorganizare.

În această etapă, legiuitorul vorbește despre formularea intenției de reorganizare din partea societății, ceea ce în speță s-a realizat.

Contestatorul consideră că acea „declarație de intenție" pe care autoritatea contractantă o consideră insuficientă pentru a proba cerințele prevăzute de art. 167 alin. (.....) din Legea nr. 98/2016 reprezintă în realitate o condiție sine qua non pentru propunerea planului de reorganizare de către debitor. Cu atât mai mult, legea specială în materie de insolvență prevede în mod expres la art. 77 alin. (6) că debitorul aflat în procedura insolvenței nu poate fi împiedicat să participe la licitații publice pentru motivul deschiderii procedurii.

Contestatorul consideră că autoritatea contractantă se află într-o stare de confuzie a etapelor ce se succed în materie de insolvență, *„lipsa tabelului definitiv de creanțe"* sau *„configurația încă volatilă a creditorilor care vor vota planul de reorganizare"* nu pot confirma o stare de incertitudine cu privire la aprobarea planului de reorganizare - idee pe care autoritatea contractantă încearcă să o susțină în mod greșit.

Acesta reiterează că tabloul preliminar al creanțelor a fost publicat în BPI nr. 20051/26.10.2017, acesta urmând a fi definitivat după soluționarea contestațiilor existente pe rolul instanței de judecată.

Totodată precizează că autoritatea contractantă susține în mod fals că nu ar fi avut elemente suficiente pe baza cărora să poată analiza posibilitatea societății sale de a executa contractul ce se va încheia.

Prin documentele anexate DUAE, dar și răspunsului la solicitarea de clarificare transmisă de autoritatea contractantă, contestatorul susține că a probat activitatea desfășurată de la data deschiderii procedurii de insolvență.

Rapoartele de activitate publicate de administratorul judiciar (anexate atât declarației date de acesta ca urmare a solicitării de clarificare, dar și celelalte ulterior publicate în buletinele procedurilor de insolvență și anexate contestației) conțin elemente suficiente pentru a arăta activitatea societății în perioada de observație.

Invocând art. 5 pct. 28 din Legea nr. 85/2014, extras al raportului de activitate reprezintă un rezumat al măsurilor luate de administratorul judiciar/lichidatorul judiciar, rapoarte ce au caracter public, fiind publicate în BPI și reprezintă oglinda activităților desfășurate de societate în perioada de observație, contestatorul dă cu titlu de exemplu câteva activități:

- contract subsecvent la acordul cadru nr. 9533/11.12.2015 încheiat cu Agenția Națională pentru Pescuit și Acvacultura (transmisii de

date, mentenanță și modernizare sistem de înregistrare și raportare electronică (ERS)) - încheiat în luna decembrie 2017 - mențiune BPI nr. 1367/22.01.....;

- contract furnizare aparate raze X pentru controlul coletelor și bagajelor încheiat cu UM 0461 în luna decembrie 2017 (în valoare de peste 3,7 mii. lei fără TVA) - mențiune în BPI nr. 1367/22.01.....;

- contractele subsecvente de servicii nr. 3 și nr. 4 la Acordul cadru nr. 199/2017 încheiat cu IGPF (mentenanță corectivă echipamente optoelectronice) - încheiate în luna februarie ..... - mențiune în BPI nr. 5510/14.03.....;

- contract furnizare echipament raze X încheiat cu Penitenciarul Arad în luna februarie ..... - mențiune în BPI nr. 5510/14.03.....;

- contract furnizare echipament raze X încheiat cu Aeroportul International Maramureș în luna aprilie ..... - mențiune BPI nr. 11722/11.06.....;

- contract servicii mentenanță sistem informatic integrat încheiat în luna iunie ..... cu Consiliul Județean Olt - mențiune în BPI nr. 16333/ 04.09..... (anexat contestației);

- contract furnizare echipament raze X - Loturi 1, ... și 3 atribuit în luna septembrie ..... de RA Aeroportul Ștefan cel Mare Suceava (comunicări ..... procedură atașate).

Totodată contestatorul precizează că aceste achiziții reprezintă achiziții directe, așa cum menționează autoritatea contractantă, ci reprezintă contracte atribuite în urma unor proceduri de licitație deschisă sau cerere de oferte.

Contestatorul susține faptul că autoritatea contractantă putea verifica situația contractelor atribuite către el, și întreaga activitate derulată de la data deschiderii procedurii, consultând actele prezentate în procedură și publicările în buletinele procedurilor de: insolvență - ce reprezintă publicația editată de Oficiul National al Registrului Comerțului, care are drept scop publicarea citațiilor, convocărilor, notificărilor și comunicărilor actelor de procedură efectuate de instanțele judecătorești, administratorul judiciar sau lichidatorul judiciar după deschiderea procedurii de insolvență prevăzute de Legea nr. 85/2014, precum și a altor acte care, potrivit legii, trebuie publicate (în speță raportul de activitate întocmit de administratorul judiciar).

Referitor la susținerea din contestație privind demonstrarea capacității societății de a executa contracte de achiziție publică, contestatorul subliniază faptul că a participat, până în prezent, la o serie de proceduri de achiziție publicate în SEAP, cel puțin 3 dintre acestea fiind în faza finală de evaluare, cu potențial de încheiere contracte foarte ridicat și indică ca exemplu:

- procedură de licitație deschisă organizată de Autoritatea Navală Română pentru achiziție sistem integrat pentru inspecția navelor - aflată în prezent în fază finală de evaluare financiară;

- procedură de cerere de oferte organizată de RA Aeroportul Stefan cel Mare Suceava pentru achiziție echipamente de securitate - de la data depunerii contestației s-au primit comunicările privind declararea ofertei ca fiind câștigătoare pentru toate cele trei loturi.

În concluzie, raportat la cele mai sus explicitate, precum și la motivele contestației în integralitate, contestatorul susține că a arătat că se încadrează în excepția prevăzută de legiuitor în art. 167 alin. (.....) din Legea nr. 98/2016, motiv pentru care solicită admiterea contestației așa cum a fost formulată.

Analizând susținerile și documentele depuse la dosarul cauzei, **CONSILIUL constată următoarele:**

....., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura licitație deschisă, în vederea atribuirii unui contract de achiziție publică având ca obiect: „.....”, cod CPV ....., elaborând, în acest sens, documentația de atribuire aferentă și publicând, în SICAP, anunțul de participare nr. CN ....., conform căruia valoarea estimată a procedurii este ..... lei. Conform cap. II.1.5) din anunț, criteriul de atribuire al contractului este „cel mai bun raport calitate - preț”.

Contestatorul este nemulțumit de faptul că autoritatea contractantă i-a respins oferta ca inacceptabilă în temeiul art. 137 alin. (.....) lit. b) din HG nr. 395/2016, deoarece, prin documentele transmise odată cu depunerea ofertei și prin răspunsul acestuia la solicitarea de clarificări nr. ....., contestatorul aflat în insolvență, în etapa de observație, nu ar fi transmis documente care să dovedească faptul că a adoptat „măsurile necesare pentru a întocmi un plan de reorganizare fezabil ce permite, pe de o parte, continuarea de o manieră sustenabilă a activității curente iar, pe de altă parte, posibilitatea ca dvs veți avea capacitatea necesară și veți fi în măsură să prestați contractul ce urmează a se încheia”.

Procedând la analiza criticilor SC ..... SRL, Consiliul va reține că, la secțiunea „III.1.1. Capacitatea de exercitare a activității profesionale, inclusiv cerințele privind înscrierea în registrele profesionale sau comerciale” din anunțul de participare, autoritatea contractantă a solicitat „Ofertanții, membrii asocierii, terții susținători și subcontractanții nu trebuie să se regăsească în situațiile prevăzute la art. 164, art. 165, art. 167 din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice. Modalitatea de îndeplinire: în perioada de ofertare se va completa DUAE de către operatorii economici participanți la procedură, cu informațiile aferente situației lor. Documentele justificative care probează îndeplinirea celor asumate prin completarea DUAE urmează a fi prezentate la solicitarea autorității contractante, doar de către ofertantul clasat pe locul I în clasamentul intermediar întocmit la finalizarea evaluării ofertelor. Aceste documente pot fi: (...) b. după caz, documente prin care se demonstrează faptul că operatorul economic poate beneficia de

derogările prevăzute la art. 166 alin. (.....), art. 167 alin. (.....), art. 171 din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice (...)".

Față de cele de mai sus, Consiliul va reține incidența următoarelor norme juridice:

- art. 167 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 98/2016: *„Autoritatea contractantă **exclude din procedura de atribuire** a contractului de achiziție publică/acordului-cadru orice operator economic care se află în oricare dintre următoarele situații: (...) b) **se află în procedura insolvenței** sau în lichidare, în supraveghere judiciară sau în încetarea activității*";

- art. 167 alin. (.....) din Legea nr. 98/2016: „Prin excepție de la dispozițiile alin. (1) lit. b), autoritatea contractantă nu exclude din procedura de atribuire un operator economic împotriva căruia s-a deschis procedura generală de insolvență atunci când, pe baza informațiilor și/sau documentelor prezentate de operatorul economic în cauză, stabilește că acesta are capacitatea de a executa contractul de achiziție publică/acordul-cadru. Aceasta presupune că respectivul operator economic se află fie în faza de observație și a adoptat măsurile necesare pentru a întocmi un plan de reorganizare fezabil, ce permite continuarea, de o manieră sustenabilă, a activității curente, fie este în cadrul fazei de reorganizare judiciară și respectă integral graficul de implementare a planului de reorganizare aprobat de instanță";

- art. 169 din Legea nr. 98/2016: *„Autoritatea contractantă exclude un operator economic în orice moment al procedurii de atribuire în care ia la cunoștință că operatorul economic se află, având în vedere acțiunile sau inacțiunile săvârșite înainte sau în cursul procedurii, în una dintre situațiile prevăzute la art. 164, 165 și 167, de natură să atragă excluderea din procedura de atribuire";*

- art. 171 alin. (1) și (3) din Legea nr. 98/2016: *„(1) Orice operator economic aflat în oricare dintre situațiile prevăzute la art. 164 și 167 care atrag excluderea din procedura de atribuire poate furniza dovezi care să arate că măsurile luate de acesta sunt suficiente pentru a-și demonstra în concret credibilitatea prin raportare la motivele de excludere*" și *„(3) Dovezile pe care operatorul economic aflat în oricare dintre situațiile prevăzute la art. 164 și 167 le poate furniza autorității contractante, în sensul prevederilor alin. (1), se referă la efectuarea de către operatorul economic a plății sau la asumarea de către operatorul economic a obligației de plată a despăgubirilor în ceea ce privește eventualele prejudicii cauzate printr-o infracțiune sau printr-o altă faptă ilicită, clarificarea de către operatorul economic în mod complet a faptelor și împrejurărilor în care a fost comisă infracțiunea sau altă faptă ilicită, prin cooperarea activă cu autoritățile care efectuează investigația, și la **adoptarea de către operatorul economic a unor măsuri concrete și adecvate** la nivel tehnic, organizațional și în materie de personal, cum ar fi eliminarea legăturilor cu persoanele și organizațiile implicate în comportamentul necorespunzător, măsuri de reorganizare a personalului, implementarea unor sisteme de control și raportare, crearea unei structuri de audit intern pentru verificarea respectării dispozițiilor legale și a altor norme sau adoptarea unor reguli interne privind răspunderea și plata despăgubirilor, pentru a preveni săvârșirea unor noi infracțiuni sau alte fapte ilicite*".

Față de cele de mai sus, Consiliul va reține că, pentru a beneficia de excepția prevăzută la art. 167 alin. (.....) din Legea nr. 98/2016, respectiv pentru a nu fi exclus din procedură, operatorul economic care se află în procedura insolvenței în faza de observație trebuie să demonstreze că a adoptat concret măsurile adecvate necesare pentru a întocmi un plan de reorganizare fezabil, ce ar permite continuarea, de o manieră sustenabilă, a activității curente și că are capacitatea de a executa acest contract ce face obiectul prezentei proceduri de atribuire.

Din verificarea dosarului cauzei, Consiliul va reține că liderul de asociere SC ..... SA a completat, la secțiunea III „Motive de excludere" partea C „Motive legate de insolvență, conflicte de interese sau abateri profesionale", răspunsul la întrebarea „Operatorul economic este în situație de insolvență sau de lichidare?" astfel:

„Da. Prin încheierea pronunțată la data de 22.08.2017 de către Tribunalul ....., Secția a Vll-a Civila in dosarul nr. ....., ca urmare a formulării unei cereri proprii in acest sens, s-a deschis procedura generala de insolvență privind pe SC ..... SA, în temeiul dispozițiilor art. 71 alin. (1) teza I din Legea nr. 85/2014 privind procedurile de prevenire a insolventei si de insolvență, cu modificările si completările ulterioare (denumita in continuare Legea nr. 85/2014). Conform încheierii judecătorului-sindic, a fost desemnat un administrator judiciar provizoriu, care își va îndeplini atribuțiile legale prin raportare la prevederile art. 87 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 85/2014. Astfel, având în vedere că societății SC ..... SA nu i s-a ridicat dreptul de administrare, se va continua desfășurarea activităților curente în perioada de observație, sub supravegherea administratorului judiciar și nu sub conducerea acestuia. Atașăm prezentei certificatul de grefa emis de către Tribunalul ..... cât și Raportul Administratorului Judiciar publicat în Buletinul Procedurilor de Insolvență".

Tot în cuprinsul DUAE, operatorul economic SC ..... SA a răspuns la întrebarea „Precizați motivele pentru care veți putea fi, 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 contractul", astfel:

„Având în vedere dispozițiile art. 167 alin. (.....) din Legea nr. 98/2016, respectiv: Prin excepție de la dispozițiile alin. (1) lit. b), entitatea contractantă nu exclude din procedura de atribuire un operator economic împotriva căruia s-a deschis procedura generală de insolvență și care se află în perioada de observație atunci când, pe baza informațiilor și/sau documentelor prezentate de operatorul economic sau în orice alt mod, stabilește că operatorul economic în cauză are capacitatea de a executa contractul sectorial/acordul-cadru, ținând cont de măsurile adoptate de respectivul operator privind continuarea activității. Aceasta presupune că respectivul operator economic se află

fie în faza de observație și a adoptat măsurile necesare pentru a întocmi un plan de reorganizare fezabil, ce permite continuarea, de o manieră sustenabilă, a activității curente, fie este în cadrul procesului de reorganizare judiciară și respectă integral graficul de implementare a planului de reorganizare aprobat de instanță.(...), precum și prevederile art. 341 din Legea nr. 85/2014, respectiv Orice decăderi, limitări, interdicții ori altele asemenea instituite prin norme legale sau prevederi contractuale pentru cazul deschiderii procedurii de insolvență vor fi aplicabile doar de la data deschiderii falimentului, vă învederăm următoarele aspecte: Prin încheierea pronunțată la data de 22.08.2017 de către Tribunalul ....., Secția a VII-a Civilă în dosarul nr. ....., ca urmare a formulării unei cereri proprii în acest sens, s-a deschis procedura generală de insolvență privind pe SC ..... SA, în temeiul dispozițiilor art. 71 alin. (1) teza I din Legea nr. 85/2014. Conform încheierii judecătorului-sindic, a fost desemnat un administrator judiciar provizoriu, care își va îndeplini atribuțiile legale prin raportare la prevederile art. 87 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 85/2014. Astfel, având în vedere că societății SC ..... SA nu i s-a ridicat dreptul de administrare, se va continua desfășurarea activităților curente în perioada de observație, sub supravegherea administratorului judiciar și nu sub conducerea acestuia".

Împreună cu declarația DUAE, asocierea SC ..... SA – ..... a depus până la data limită de depunere a ofertelor următoarele înscrisuri:

- o adresă de înaintare;
- certificatul de grefă din 24.08.2017 emis de Tribunalul ..... în dosarul nr. ..... privind deschiderea procedurii de insolvență;
- declarația directorului general al SC ..... SA, privind intenția de reorganizare, depusă în cadrul procedurii de insolvență;
- declarația directorului general depusă în cadrul procedurii de insolvență privind „descrierea sumară a modalităților pe care SC ..... SA le are în vedere pentru reorganizarea activității";
- raportul administratorului judiciar Euro Insol SPRL privind propunerea de continuare a perioadei de observație în procedura generală a debitoarei SC ..... SA, depus la dosarul nr. nr. ..... aflat pe rolul Tribunalului .....;
- extras din Buletinul Procedurilor de Insolvență nr. 16229/ 05.09.2017, în care a fost publicat raportul administratorului judiciar Euro Insol SPRL privind propunerea de continuare a perioadei de observație în procedura generală a debitoarei SC ..... SA, mai sus indicat;
- extras din Buletinul Procedurilor de Insolvență nr. 3524/ 19.02..... și nr. 8221/23.04....., în care au fost publicate rapoartele administratorului judiciar privind activitatea debitoarei SC ..... SA în lunile ianuarie și martie .....

Pe parcursul evaluării ofertelor, prin adresa nr. ....., autoritatea contractantă a solicitat asocierii SC ..... SA – SC ..... SRL următoarele clarificări: „Comisia de evaluare, în conformitate cu prevederile art. 132 alin. (1) din HG nr. 395/2016, analizând DUAE, a constatat faptul că vă aflați în procedură de insolvență, iar din declarațiile dvs reiese faptul că la acest moment vă aflați în perioada de observație. Astfel, în conformitate cu prevederile art. 134 din HG nr. 395/2016 coroborat cu art. 176 alin. (.....) din Legea nr. 98/2016, comisia de evaluare vă solicită clarificări suplimentare privind adoptarea măsurilor necesare pentru a întocmi un plan de reorganizare fezabil, ce permite, pe de o parte, continuarea de o manieră sustenabilă a activității curente, iar, pe de altă parte, posibilitatea va dvs. să aveți capacitatea necesară și veți fi în măsură să prestați contractul ce urmează a se încheia (...)".

Prin adresa fără număr de înregistrare la emitent, din 27.08.2019, asocierea SC ..... SA – SC ..... SRL transmite autorității contractante adresa nr. 1669/27.08....., emisă de Eurosol Insol SPRL în calitate de administrator judiciar al SC ..... SA, la care a anexat copie după Buletinul Procedurilor de Insolvență nr. 14815/31.07..... în care a fost publicat raportul administratorului judiciar Eurosol Insol SPRL privind activitatea debitoarei SC ..... SA în luna mai .....

Din cuprinsul punctului de vedere al administratorului judiciar nr. 14815/31.07....., Consiliul va reține că acesta s-a limitat să susțină faptul că „Societatea ..... SA se află în faza de observație așa cum este definită de dispozițiile art. 5 pct. 42 din Legea nr. 85/2014 și nu i s-a ridicat dreptul de administrare. De la data deschiderii procedurii insolvenței și până în prezent societatea nu a înregistrat datorii față de bugetul de stat și a adoptat măsuri pentru a putea fi întocmit un plan de reorganizare fezabilă", fără să nominalizeze/indice/identifice concret nicio măsură care să fi fost adoptată de către SC ..... SA pentru a putea fi întocmit un plan de reorganizare fezabilă astfel cum avea obligația potrivit art. 171 alin. (1) și (3) din Legea nr. 98/2016, pentru a beneficia de excepția prevăzută la art. 167 alin. (.....) din Legea nr. 98/2016.

Față de cele de mai sus, Consiliul apreciază că autoritatea contractantă a respins, în mod legal, oferta asocierii SC ..... SA – SC ..... SRL deoarece, din răspunsul său transmis la 27.08.2019 la solicitarea de clarificări a autorității contractante și din documentele anexate ofertei depusă inițial, nu rezultă că s-au adoptat măsurile necesare pentru a întocmi un plan de reorganizare fezabil ce permite continuarea, de o manieră sustenabilă, a activității curente, neputându-se vorbi, la acest moment, de un eventual caracter fezabil al planului de reorganizare, la care face referire atât art. 167 alin. (.....) din Legea nr. 98/2016 cât și solicitarea de clarificări transmisă de autoritatea contractantă.

În soluționare, Consiliul nu va lua în considerare susținerile contestatorului potrivit cărora „societatea și-a menținut dreptul de administrare, aceasta putând continua desfășurarea activităților curente în perioada de observație”, „societatea a încheiat și executat în primul semestru al anului ..... contracte în valoare de peste 8.000.000 lei (...) activitatea financiară încheindu-se cu profit” și „societatea a participat, până în prezent, la o serie de proceduri de achiziție publicate în SEAP, cel puțin 3 dintre acestea fiind în faza finală de evaluare, cu potențial de încheiere contracte foarte ridicat” deoarece existența unui număr mare de contracte în desfășurare nu conduce în mod automat la capacitatea societății de a executa prezentul contract de achiziție publică iar continuarea activității societății ulterior intrării în starea de insolvență nu reprezintă o dovadă a capacității acesteia de a executa prezentul contract de achiziție publică; în lipsa dovezilor că s-au adoptat măsurile necesare pentru a întocmi un plan de reorganizare fezabil, aceste susțineri nefiind mai mult decât simple prezumții.

Regula stabilită de legiuitor potrivit art. 167 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 98/2016 este că *„autoritatea contractantă **exclude din procedura de atribuire** a contractului de achiziție publică/acordului-cadru orice operator economic care se află în oricare dintre următoarele situații: (...) b) **se află în procedura insolvenței** sau în lichidare, în supraveghere judiciară sau în încetarea activității*”.

De la această regulă, prevederile art. 167 alin. (.....) din Legea nr. 98/2016 instituie excepția potrivit căreia „autoritatea contractantă nu exclude din procedura de atribuire un operator economic împotriva căruia s-a deschis procedura generală de insolvență atunci când, pe baza informațiilor și/sau documentelor prezentate de operatorul economic în cauză, stabilește că acesta are capacitatea de a executa contractul de achiziție publică/acordul-cadru. Aceasta presupune că respectivul operator economic se află fie în faza de observație și a adoptat măsurile necesare pentru a întocmi un plan de reorganizare fezabil, ce permite continuarea, de o manieră sustenabilă, a activității curente, fie este în cadrul fazei de reorganizare judiciară și respectă integral graficul de implementare a planului de reorganizare aprobat de instanță”.

Din interpretarea normelor juridice anterior citate coroborate cu cele ale art. 171 alin. (3) din Legea nr. 98/2016 rezultă că autoritatea contractantă ar fi putut să nu respingă oferta contestatorului aflat în procedura de insolvență în faza de observație doar dacă acesta ar fi prezentat informații și/sau documente prin care să demonstreze că:

- a adoptat măsurile necesare pentru a întocmi un plan de reorganizare fezabil,
- că aceste măsuri sunt concrete și adecvate la nivel tehnic, organizațional și în materie de personal

și că

- aceste măsuri dovedesc faptul că respectivul ofertant are capacitatea de a executa contractul de achiziție publică care face obiectul prezentei.

Analizând, la rândul său, înscrisurile transmise de asocierea SC ..... SA – SC ..... SRL autorității contractante în cadrul ofertei depusă inițial în SEAP și pe cele transmise ca răspuns la solicitările de clarificări solicitate de autoritatea contractantă, Consiliul reține că acest ofertant nu a indicat comisiei de evaluare nicio măsură concretă pe care ar fi adoptat-o pentru a întocmi un plan de reorganizare fezabil astfel încât să fi dovedit că ar avea capacitatea de a executa contractul de achiziție publică, ci doar s-a limitat la susțineri generice cum ar fi cea exprimată de administratorul judiciar în adresa nr. 2669/07.08..... prin sintagma „de la data deschiderii procedurii insolvenței și până în prezent societatea nu a înregistrat datorii față de bugetul de stat și a adoptat măsuri pentru a putea fi întocmit un plan de reorganizare fezabil".

Consiliul reține că autoritatea contractantă a procedat corect neluând în considerare susținerile contestatorului potrivit cărora „de la data deschiderii procedurii insolvenței și până în prezent societatea nu a înregistrat datorii față de bugetul de stat" având în vedere faptul că solicitarea de clarificări nr. ..... formulată de către comisia de evaluare nu s-a referit la eventuala încălcare a obligațiile privind plata impozitelor, taxelor sau a contribuțiilor la bugetul general consolidat prevăzută la art. 165 din Legea nr. 98/2016 ci s-a referit în mod expres la măsurile adoptate de către SC ..... SA operator economic aflat în insolvență în perioada de observație) pentru a întocmi „un plan de reorganizare fezabil, ce permite, pe de o parte, continuarea de o manieră sustenabilă a activității curente, iar pe de altă parte, posibilitatea ca dvs. să aveți capacitatea necesară și veți fi în măsură să prestați contractul ce urmează a se încheia" fiind indicate atât temeiul legal, respectiv art. 167 alin. (.....) din Legea nr. 98/2016 cât și modalitatea concretă de formulare a răspunsului.

În speță prevederile art. 134 alin. (1) din HG nr. 395/2016 au fost aplicabile, comisia de evaluare având neclarități în evaluarea ofertei depusă de asocierea SC ..... SA – SC ..... SRL iar prin răspunsul formulat acest ofertant nu a indicat comisiei de evaluare nicio măsură concretă și adecvată pe care ar fi adoptat-o pentru a dovedi comisiei de evaluare că are capacitatea de a executa contractul de achiziție publică „Servicii de migrare și integrare structuri de date existente" care urmează să fie atribuit de autoritatea contractantă ....., aspect care a condus la respingerea ofertei acestuia în baza art. 167 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 98/2016.

Consiliul nu va reține susținerile contestatorului, din cuprinsul concluziilor scrise nr. 4771/08.10..... înregistrate la CNSC sub nr. 41245/09.10....., potrivit cărora „intenția de reorganizare a fost formulată sub forma unei declarații pe propria răspundere din partea

directorului general, o dată cu cererea de deschidere a procedurii insolvenței (...) acea „declarație de intenție” (...) reprezintă în realitate o condiție sine qua non pentru propunerea planului de reorganizare de către debitor”, deoarece respectivul înscris este doar unul dintre elementele obligatorii prevăzute la art. 76 din Legea nr. 85/2014 pentru a fi depuse în anexa cererii introduse la tribunal de către debitor pentru a fi supus dispozițiilor respectivei legi, și nu conține nicio măsură concretă adoptată efectiv pentru a întocmi un plan de reorganizare fezabil din care să rezulte că are capacitatea de a executa prezentul contract.

În ceea ce privește susținerile contestatorului potrivit cărora „legea specială în materie de insolvență prevede în mod expres la art. 77 alin. (6) că debitorul aflat în procedura insolvenței nu poate fi împiedicat să participe la licitații publice pentru motivul deschiderii procedurii”, Consiliul reține că motivul respingerii ofertei asocierii SC ..... SA – SC ..... SRL nu îl constituie faptul că aceasta ar fi în procedura de insolvență, ci faptul că nu a dovedit adoptarea măsurilor necesare pentru a întocmi un plan de reorganizare fezabil astfel încât să poată presta contractul ce urmează a fi încheiat, astfel cum avea obligația potrivit art. 167 alin. (.....) din Legea nr. 98/2016.

Mai mult, prin adresa fără număr de înregistrare la emitent, transmisă autorității contractante ca urmare a comunicării rezultatului procedurii de atribuire (pag. 112 - 113 din dosarul cauzei), SC ..... SRL susține că „societatea se află în prezent în perioada de observație (...) urmând ca ulterior să fie întocmit tabelul definitiv al creanțelor (...) înainte de înscrierea creanțelor în tabelul definitiv nu există cadrul procedural și legal pentru întocmirea unui plan de reorganizare fezabil”, recunoscând, astfel, prin manifestarea propriei voințe, că nu a adoptat niciun fel de măsuri necesare pentru a întocmi un plan de reorganizare fezabil.

Raportat la cele evocate și ținând seama că printre atribuțiile comisiei de evaluare sunt și cele de verificare a îndeplinirii criteriilor de calificare de către ofertanți, așa cum este prevăzut la art. 127 alin. (1) lit. b) din HG nr. 395/2016, Consiliul constată că această verificare s-a făcut cu rigurozitatea impusă de legislația în domeniu și pe cale de consecință critica contestatorului privind nelegalitatea evaluării ofertei sale este nefondată, urmând să fie respinsă.

Pentru considerentele anterior expuse, în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul va respinge ca nefondată contestația formulată de SC ..... SRL în contradictoriu cu autoritatea contractantă .....

Pentru aceste motive
în baza documentelor depuse de părți,
CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

DECIDE:

Respinge ca nefondată contestația formulată de SC ..... SRL în contradictoriu cu autoritatea contractantă .....

Obligatorie.

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

Complet de soluționare a contestațiilor în domeniul achizițiilor publice:

Consilier de soluționare	PREȘEDINTE	Consilier de soluționare
.....	.....	.....

Redactată în 4 (patru) exemplare originale, conține 22 (douăzecișidouă) pagini.