CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C.N.S.C.

Str. Stavropoleos nr.6, Sectorul 3, București, România, CP 030084, CIF 20329980
Tel. +4 021 3104641 Fax. +4 021 3104642 Fax. +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 asocierea SC .....SRL – SC ..... SRL, prin lider de asociere SC ..... cu sediul în ....., ..., ..., înregistrată la Registrul Comerțului sub nr. ....., având CUI ....., împotriva adresei de comunicare a rezultatului procedurii nr. 16595/19.03....., emisă de către ....., cu sediul ....., ..., județul ....., în calitate de entitate contractantă, în cadrul procedurii simplificată online, în vederea atribuirii contractului de achiziție publică, având ca obiect: „.....”, cod CPV 45231220-3, s-a solicitat: .....

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

În fapt, contestatorul apreciază că entitatea contractanta a procedat în mod greșit la respingerea ofertei sale ca inacceptabilă în temeiul art. 228 alin. (4) din Legea nr. 99/2016 și art. 143 alin. (2) lit. b) din HG nr. 394/2016, motivat de faptul că împotriva SC ..... SRL s-a declanșat procedura falimentului în dosarul nr. 10900/3/2016 aflat pe rolul Tribunalului .....

În acest sens, solicită Consiliului să constate că au fost interpretate în mod greșit dispozițiile art. 228 alin. (4) din Legea nr. 99/2016 și art. 143 alin. (2) lit. b) din HG nr. 394/2016, în raport de dispozițiile art. 450 alin. (5) Cod proc. civ. coroborat cu art. 43 alin. (5), lit. c) din Legea nr. 85/2014 privind procedurile de prevenire a

insolvenței și de insolvență. Astfel, Asocierea .....SRL – SC ..... SRL a participat în calitate de ofertant în cadrul prezentei proceduri; ulterior, entitatea contractantă a procedat la respingerea ofertei ca inacceptabilă potrivit art. 228 alin. (4) din Legea nr. 99/2016 și art. 143 alin. (2) lit. b) din HG nr. 394/2016.

În fapt, prin sentința civilă nr. 1189/..... din 04.03..... pronunțată de Tribunalul ..... secția a VII-a Civilă în dosarul nr. 10900/3/2016 prin care instanța a respins planul de reorganizare propus de SC ..... SRL prin administrator special și în temeiul art. 145 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 85/2014, privind procedura insolvenței a dispus intrarea în faliment prin procedura generală a SC ..... SRL.

Împotriva acestei hotărâri SC ..... SRL a declarat apel și a formulat totodată cerere de suspendare și cerere de emitere ordonanță președințială de suspendare provizorie a efectelor executorii ale sentinței civile nr. 1189/..... din 04.03..... pronunțată de Tribunalul ..... Secția a VII-a Civilă în dosarul nr. 10900/3/2016. Prin decizia civilă nr. 509/..... din 19.03..... pronunțată de Curtea de Apel ..... Secția a V-a civilă în dosarul nr. 10900/3/2016/a10 instanța de apel a admis cererea de suspendare provizorie a executării sentinței civile nr. 1189/ ..... din 04.03..... pronunțată de Tribunalul ..... Secția a VII-a Civilă în dosarul nr. 10900/3/2016 a dispus suspendarea provizorie a sentinței. Decizia este definitivă. Astfel, efectele sentinței civile nr. 1189/ ..... din 04.03..... pronunțată de Tribunalul ..... Secția a VII-a Civilă în dosarul nr. 10900/3/2016 sunt suspendate, astfel că nu produc efecte juridice în raport de art. 450 alin. (5) Cod proc. civ. coroborat cu art. 43 alin. (5) lit. c) din Legea nr. 85/2014 privind procedurile de prevenire a insolvenței și de insolvență.

Față de aceste considerente de nelegalitate și netemeinicie, în temeiul art. 8 și următoarele din Legea nr. 101/2016, contestatorul solicită Consiliului admiterea contestației astfel cum a fost formulată și să dispună anularea deciziei de respingere ca inacceptabilă a ofertei în baza art. 228 alin. (4) din Legea nr. 99/2016 și art. 143 alin. (2) lit. b) din HG nr. 394/2016; obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertelor cu luarea în considerare a ofertei Asocierii .....SRL - ..... SRL în conformitate cu cerințele formulate prin și în cadrul documentației de atribuire.

Prin adresa nr. 312/27.03....., înregistrată la CNSC sub nr. 11458/27.03....., contestatorul depune, în original, recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 205341539/1, tranzacția nr. 841474066/ 1586728670, din data de 26.03....., eliberată de CEC Bank – Unitatea: Sucursala Piața Alba Iulia în cuantum de 35.000 lei, pe seama și la dispoziția CNSC.

Conform dispozițiilor art. 61^1 alin. (5) – (7) din Legea nr. 101/2016, *„(5) Cauțiunea depusă se restituie, la cerere, după soluționarea prin*

hotărâre definitivă a plângerii, respectiv după încetarea efectelor suspendării procedurii de atribuire și/sau a executării contractului. (6) Cauțiunea se restituie celui care a depus-o, nu mai devreme de 30 de zile de la data rămânerii definitive a hotărârii sau, după caz, de la data încetării efectelor suspendării procedurii de atribuire și/sau a executării contractului. (7) Consiliul sau instanța, după caz, se pronunță asupra cererii de restituire a cauțiunii cu citarea părților, printr-o încheiere supusă numai recursului la instanța ierarhic superioară. Recursul este suspensiv de executare".

Prin adresa nr. 19644/01.04....., înregistrată la CNSC sub nr. 12060/01.04....., autoritatea contractantă transmite dosarul achiziției publice, precum și punctul de vedere cu privire la contestația în cauză, solicitând Consiliului respingerea acesteia ca nefondată, din următoarele considerente:

- în documentul DUAE depus în SEAP, la secțiunea III, Cap. C. Motive legate de insolvență, conflicte de interese sau abateri profesionale, SC ..... SRL a precizat faptul că „se află în procedura de insolvență conform sentinței din dosarul nr. 10900/3/2016 din data de 04.04.2016 societatea aflându-se în perioada de supraveghere, planul de reorganizare fiind depus la data de 22.11.2018, tabelul definitiv de creanțe al SC ..... SRL fiind publicat în Buletinul Procedurilor de Insolvență nr. 20241 din 26.10.2018 - Judecătorul sindic va putea aproba planul de reorganizare la următorul termen de judecată din data de 17.12.2018 stabilit în dosarul de insolvență al SC ..... SRL-numărul 10900/3/2016 aflat pe rolul Tribunalului ..... secția a VII-a Civilă";
- SC ..... SRL - asociat în cadrul Asocierii .....SRL - ..... SRL, conform acordului de asociere nr. 453 din data de 26.11.2018, are contribuția financiară/tehnică/profesională de 55%;
- în cadrul procesului de evaluare a ofertelor depuse, la data de 28.01....., ofertantului i s-a solicitat următoarea clarificare, în etapa de evaluare financiară: „în conformitate cu prevederile art. 205 alin (2) din Legea nr. 99/2016, privind achizițiile sectoriale comisia de evaluare vă solicită să transmiteți documentele suport actualizate la data prezentei solicitări, în susținerea informațiilor din DUAE depus in cadrul ofertei, prin care sa demonstrați îndeplinirea tuturor cerințelor minime de calificare, formulate la nivelul fișei de date a achiziției. Răspunsul se va încărca în SEAP la Secțiunea întrebări și va fi semnat cu semnătură electronică extinsă"; la data de 04.02....., ofertantul a încărcat documentele în SEAP documentele cu semnătură electronică extinsă.
- în urma analizării documentelor transmise, întrucât documentele transmise nu prezentau situația actualizată la data solicitării, comisia de evaluare a solicitat clarificări referitoare la documentele suport DUAE transmise prin intermediul SEAP, după cum urmează: *„în conformitate cu prevederile art. 205 alin (2) din Legea 99/2016, privind achizițiile sectoriale, comisia de evaluare vă solicită să transmiteți documentele*

suport actualizate la data prezentei solicitări, în susținerea informațiilor din DUAE depus în cadrul ofertei, prin care să demonstrați îndeplinirea tuturor cerințelor minime de calificare, formulate la nivelul fișei de date a achiziției, respectiv:

- *Certificatul de atestare fiscală privind impozite, taxe locale și alte venituri ale bugetului local.*
- *Certificatul de atestare fiscală privind impozitele și taxele la bugetul consolidat eliberat de ANAF.*
- *Cazier judiciar a operatorilor economici.*
- *Certificat constatator emis de Oficiul Național al Registrului Comerțului.*

Toate documentele menționate mai sus vor fi depuse ptr. societățile SC .....SRL și SC ..... SRL"; la data de 26.02....., ofertantul a încărcat în SEAP documentele solicitate.

- analizând documentele, comisia de evaluare a considerat în mod corect că oferta depusă de contestator este inacceptabilă, concluzionând că există riscul neexecutării contractului, având în vedere informațiile din Certificatul Constatator nr. 106885/15.02..... emis de ONRC pentru societatea SC ..... SRL, cap. „Fapte aflate sub incidența art. 21. lit. e-h) din Legea nr. 26/1990 și a informațiilor din dosarul nr.10900/3/2016 la data de 04.03..... aflat pe rolul Tribunalului ..... redate mai jos: „Complet: C19. Tip soluție: Admite cererea. Soluția pe scurt: Respinge planul de reorganizare propus de debitoare prin administrator special, în temeiul art. 145 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 85/2014 privind procedura insolvenței, dispune intrarea în faliment prin procedura generală a debitorului ..... SRL în temeiul art. 145 alin. (2) din Legea nr 85/2014 privind procedurile de prevenire a insolvenței și de insolvență, ridică dreptul de administrare al debitorului și dispune dizolvarea societății debitoare. Dispune sigilarea bunurilor din averea debitoarei, în sarcina lichidatorului. Stabilește termen de maxim 10 zile de la data notificării deschiderii procedurii falimentului de predare a gestiunii averii de la debitor către lichidator, împreună cu lista actelor și operațiunilor efectuate până la deschiderea procedurii. Dispune întocmirea și predarea către lichidator, în termen de maxim 5 zile de la intrarea în faliment, a unei liste cuprinzând numele și adresele creditorilor și toate creanțele acestora, cu indicarea celor născute după data introducerii cererii de deschidere a procedurii. Fixează următoarele termene limită: a) termenul limită pentru înregistrarea cererii de admitere a creanțelor menționate la art. 146 alin. (2) din lege, în vederea întocmirii tabelului suplimentar - 18.04.....; b) termenul de verificare a creanțelor menționate la art. 146 alin. (2) din lege, de întocmire, afișare și comunicare a tabelului suplimentar al acestora - 20.05.....; c) termenul de depunere la tribunal a contestațiilor - 7 zile de la publicarea în BPI a tabelului suplimentar; d) termenul de întocmire a tabelului definitiv consolidat - 19.06..... Numește lichidator judiciar provizoriu pe TRUST INSOLVENCY IPURL, care va îndeplini atribuțiile prevăzute de

art. 64 din lege, cu o remunerație de 1000 lei din averea debitorului. Pune în vedere lichidatorului prevederile art. 252 din Legea nr. 31/1990, republicată și dispune îndeplinirea formalităților privind menționarea la registrul comerțului a reprezentanților permanenți ai săi. În temeiul art. 146 alin. (1) și (2) din Legea nr. 85/2014 privind procedurile de prevenire a insolvenței și de insolvență, dispune ca lichidatorul să trimită o notificare, în condițiile art. 99 alin. (3) din lege, privind intrarea debitorului în procedura falimentului prin procedura generală, ridicarea dreptului de administrare și dizolvarea acestuia, tuturor creditorilor menționați în lista depusă de debitor/administratorul judiciar, menționată la art. 145 alin. (2) lit. e), debitorului și registrului unde debitorul este înmatriculat, pentru efectuarea mențiunii. Fixează termen pentru continuarea procedurii la 27.05....., ora 09,00. Cu drept de apel, în termen de 7 zile de la comunicare prin publicare în BPI. Cererea de apel se va depune la Tribunalul ..... - Secția a VII-a. Pronunțată prin punerea soluției la dispoziția părților prin mijlocirea grefei instanței, astăzi 04.03..... Document: Hotărâre intermediară 1189/..... 04.03.....".

Față de cele de mai sus, entitatea contractantă exclude din procedura de atribuire a contractului sectorial orice operator economic se află în procedura insolvenței sau în lichidare, în supraveghere judiciară, sau în încetarea activității conform art. 180 alin. (1), lit. b) din Legea nr. 99/2016. 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.

Astfel, ținând cont de următoarele aspecte:

- starea de insolvență a debitoarei SC ..... SRL începând cu data de 04.04.2016;
- respingerea de către instanță a planului de reorganizare al debitoarei SC ..... SRL;
- sechestrul instituit asupra tuturor bunurilor mobile și imobile aparținând debitoarei SC ..... SRL (conform Certificat ONRC nr. 106885/15.02.....);
- hotărârea intermediară nr. 1189/04.03..... prin care s-a dispus intrarea în faliment a debitoarei SC ..... SRL, ridicarea dreptului de

administrare și dizolvarea societății; Sechestrul instituit asupra tuturor bunurilor mobile și imobile aparținând debitoarei SC .....SRL (conform Certificat ONRC nr. 110789/18.02.....),
comisia de evaluare a decis că prezenta asociere nu a dovedit capacitatea de a executa contractul sectorial, ținând cont de măsurile adoptate privind continuarea activității și nu se poate încadra în excepția de la excluderea din procedură prevăzută de art. 180 alin. (2) din Legea nr. 99/2016, cu modificările și completările ulterioare.

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

....., în calitate de entitate contractantă, a organizat procedura simplificată online, în vederea atribuirii contractului de achiziție publică, având ca obiect: „.....”, cod CPV 45231220-3, elaborând, în acest sens, documentația de atribuire aferentă și publicând, în SEAP, anunțul de participare simplificat nr. ...../....., conform căruia valoarea estimată a procedurii este 3.857.965,17 lei. Conform cap. II.2.5) din anunț, criteriul de atribuire este „prețul cel mai scăzut”.

Contestatorul este nemulțumit de faptul că entitatea contractantă i-a respins oferta ca inacceptabilă în temeiul art. 228 alin. (4) din Legea nr. 99/2016 coroborat cu art. 143 alin. (2) lit. b) din HG nr. 394/2016 deoarece, prin documentele transmise odată cu depunerea ofertei și prin răspunsul acestuia la solicitarea de clarificări nr. 8349/11.02..... (pag. 1011 din dosarul achiziției), contestatorul (SC ..... SRL) nu a demonstrat că are capacitatea de a îndeplini contractul de achiziție sectorială, fiind declanșată procedura falimentului în dosarul nr. 10900/3/2016 aflat pe rolul Tribunalului .....

Procedând la analiza criticilor formulate în acest sens de Asocierea .....SRL – ..... SRL, Consiliul va reține că, potrivit anunțului de participare simplificat publicat în SEAP sub nr. ...../ ....., secțiunea III.1.1. „Capacitatea de exercitare a activității profesionale, inclusiv cerințele privind înscrierea în registrele profesionale sau comerciale”, entitatea contractantă a solicitat „atât operatorii economici participanți la procedură, cât și terții susținători, subcontractanții nu trebuie să se regăsească în situațiile prevăzute la art. 177, art. 178, art. 180 din Legea nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale. Modalitatea de îndeplinire: Modalitatea de îndeplinire prin care poate fi demonstrată îndeplinirea cerinței: se va completa DUAE, în conformitate cu Notificarea ANAP nr. 240/2016, atât de către operatorii economici participanți la procedură, cât și terții susținători, subcontractanții, după caz, cu informațiile aferente situației lor (ofertanți, terți susținători, subcontractanți, după caz). Documentele justificative care probează îndeplinirea celor asumate prin completarea DUAE urmează a fi prezentate, la solicitarea entității contractante, doar de către ofertantul clasat pe locul I în clasamentul intermediar întocmit după finalizarea evaluării ofertelor. Aceste documente pot fi: 1. certificate constatatoare privind lipsa datoriilor restante cu privire la plata impozitelor, taxelor sau

a contribuțiilor la bugetul general consolidat la momentul prezentării acestora; 2. cazierul judiciar al operatorului economic și al membrilor organului de administrare, de conducere sau de supraveghere al respectivului operator economic, sau a celor ce au putere de reprezentare, de decizie sau de control in cadrul acestuia, așa cum rezultă din certificatul constatator emis de ONRC/actul constitutiv; 3. după caz, documente prin care se demonstrează faptul că operatorul economic poate beneficia de derogările prevăzute la art. 179 alin. (2), art. 180 alin. (2), art. 184 din Legea 99/2016 privind achizițiile sectoriale; 4. alte documente edificatoare, după caz".

Prin urmare, problema ce se impune a fi dezlegată vizează participarea unui operator economic aflat în procedura insolvenței la procedura de achiziție sectorială, față de care, Consiliul va reține incidența următoarelor norme juridice:

- art. 180 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 99/2016: *„Entitatea contractantă exclude din procedura de atribuire a contractului sectorial /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. 180 alin. (2) din Legea nr. 99/2016: *„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";*
- art. 182 din Legea nr. 99/2016: *„Entitatea 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. 177, 178 și 180, de natură să atragă excluderea din procedura de atribuire";*
- art. 184 alin. (1) și (3) din Legea nr. 99/2016: *„(1) Orice operator economic aflat în oricare dintre situațiile prevăzute la art. 177, 178 și 180 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. 177,178 și 180 le poate furniza entității*

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".

Din interpretarea textelor legale mai sus iterate, Consiliul reține că, pentru a beneficia de excepția prevăzută la art. 180 alin. (2) din Legea nr. 99/2016, 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 contractul ce face obiectul prezentei proceduri de atribuire.

Din verificarea dosarului cauzei, Consiliul va reține că asociatul SC ..... SRL în cadrul DUAE la secțiunea III „Motive de excludere" partea C „Motive legate de insolvență, conflicte de interese sau abateri profesionale", a menționat că „se află în procedura de insolvență conform sentinței din dosarul nr. 10900/3/2016 din data de 04.04.2016 societatea aflându-se în perioada de supraveghere, planul de reorganizare fiind depus la data de 22.11.2018, tabelul definitiv de creanțe al SC ..... SRL fiind publicat în Buletinul Procedurilor de Insolvență nr. 20241 din 26.10.2018 - Judecătorul sindic va putea aproba planul de reorganizare la următorul termen de judecată din data de 17.12.2018 stabilit în dosarul de insolvență al SC ..... SRL-numărul 10900/3/2016 aflat pe rolul Tribunalului ..... secția a VII-a Civilă".

De asemenea, este relevant în soluționarea prezentei că, potrivit acordului de asociere nr. 453/26.11.2018 (pag. 333 - 335 din dosarul achiziției), având ca obiect procedura de atribuire a contractului „conducta de transport gaze naturale Vaslui – Iași - lucrări rest de executat", SC ..... SRL se angajează să aibă o contribuție financiară / tehnică / profesională în îndeplinirea acestui contract de 55%.

Totodată, este relevant în prezenta cauză, faptul că, ulterior încheierii acordului de asociere mai sus menționat, Tribunalul ..... a

emis în cadrul dosarului nr. 10900/3/2016, Hotărârea intermediară nr. 1189/04.03..... (vezi portalul instanței) prin care s-a dispus următoarea soluție: „Admite cererea. Soluția pe scurt: Respinge planul de reorganizare propus de debitoare prin administrator special, în temeiul art. 145 alin. (1), lit. b) din Legea nr. 85/2014 privind procedura insolvenței, dispune intrarea în faliment prin procedura generală a debitorului ..... SRL în temeiul art. 145 alin. (2) din Legea nr 85/2014 privind procedurile de prevenire a insolvenței și de insolvență, ridică dreptul de administrare al debitorului și dispune dizolvarea societății debitoare. Dispune sigilarea bunurilor din averea debitoarei, în sarcina lichidatorului. Stabilește termen de maxim 10 zile de la data notificării deschiderii procedurii falimentului de predare a gestiunii averii de la debitor către lichidator, împreună cu lista actelor și operațiunilor efectuate până la deschiderea procedurii. Dispune întocmirea și predarea către lichidator, în termen de maxim 5 zile de la intrarea în faliment, a unei liste cuprinzând numele și adresele creditorilor și toate creanțele acestora, cu indicarea celor născute după data introducerii cererii de deschidere a procedurii. Fixează următoarele termene limită: a) termenul limită pentru înregistrarea cererii de admitere a creanțelor menționate la art. 146 alin. (2) din lege, în vederea întocmirii tabelului suplimentar - 18.04.....; b) termenul de verificare a creanțelor menționate la art. 146 alin. 2 din lege, de întocmire, afișare și comunicare a tabelului suplimentar al acestora - 20.05.....; c) termenul de depunere la tribunal a contestațiilor - 7 zile de la publicarea în BPI a tabelului suplimentar; d) termenul de întocmire a tabelului definitiv consolidat - 19.06..... Numește lichidator judiciar provizoriu pe TRUST INSOLVENCYIPURL, care va îndeplini atribuțiile prevăzute de art. 64 din lege, cu o remunerație de 1000 lei din averea debitorului. Pune în vedere lichidatorului prevederile art. 252 din Legea nr. 31/1990, republicată și dispune îndeplinirea formalităților privind menționarea la registrul comerțului a reprezentanților permanenți ai săi. în temeiul art. 146 alin. (1) și (2) din Legea nr.85/2014 privind procedurile de prevenire a insolvenței și de insolvență, dispune ca lichidatorul să trimită o notificare, în condițiile art. 99 alin. (3) din lege, privind intrarea debitorului în procedura falimentului prin procedura generală, ridicarea dreptului de administrare și dizolvarea acestuia, tuturor creditorilor menționați în lista depusă de debitor/administratorul judiciar, menționată la art. 145 alin. (2) lit. e, debitorului și registrului unde debitorul este înmatriculat, pentru efectuarea mențiunii. Fixează termen pentru continuarea procedurii la 27.05....., ora 09,00. Cu drept de apel, în termen de 7 zile de la comunicare prin publicare în BPI. Cererea de apel se va depune la Tribunalul ..... - Secția a VII-a. Pronunțată prin punerea soluției la dispoziția părților prin mijlocirea grefei instanței, astăzi 04.03.....”.

Mai mult, potrivit certificatului constatator emis de Oficiul Național al Registrului Comerțului cu nr. 106885/15.02....., SC ..... SRL

figurează cu „Sechestru instituit asupra tuturor bunurilor mobile și imobile”.

Așadar, pentru a nu fi exclus din procedură, operatorul economic aflat în faza de observație trebuia să demonstreze că a adoptat măsurile necesare pentru a întocmi un plan de reorganizare fezabil. Or, societatea contestatoare nu a făcut dovada respectării articolului amintit, instanța de judecată dispunând ridicarea dreptului de administrare al debitorului și dizolvarea societății în cauză.

Decizia Curții de Apel invocată de contestator prin care s-a admis cererea de suspendare provizorie a executării sentinței nr. 1189/ 04.03..... emisă de Tribunalul ..... în cadrul dosarului nr. 10900/3/2016 nu schimbă situația de jure și de facto a acestuia în cadrul procedurii, câtă vreme SC ..... SRL nu a adus argumente și nu a prezentat probe în conformitate cu prevederile art. 184 alin. (1) și (3) din Legea nr. 99/2016 mai sus evocat, pentru admiterea sa în procedură. Nu rezultă că s-au adoptat măsurile necesare pentru a se 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 art. 184 alin. (3) din Legea nr. 99/2016.

În soluționare, Consiliul nu va lua în considerare susținerile contestatorului din DUAE potrivit cărora „..... SRL a adoptat măsurile necesare pentru a întocmi un plan de reorganizare fezabil, ce permite continuarea, de o manieră sustenabilă, a activității curente: - în primul rând, ... SRL și-a declarat intenția de reorganizare în cadrul procedurii de insolvență. Intenția de reorganizare a societății este confirmată de Raportul în temeiul dispozițiilor art. 97 din Legea nr. 85/2014 întocmit de administratorul judiciar Trust Insolvency SPRL publicat în BPI nr. 16621/15.09.2016 – în care se menționează expres că acesta susține intenția de reorganizare exprimată de Societate pe baza analizei preliminare a documentelor și informațiilor financiare și contabile puse la dispoziție de către ..... SRL. – totodată ..... SRL are contracte de execuție în derulare, ce au fost încheiate după deschiderea procedurii insolvenței (04.04.2016) astfel că este confirmat potențialul societății de a executa lucrarea ofertată (...)” deoarece existența unui număr mare de contracte în desfășurare nu conduce în mod automat la capacitatea societății de a executa prezentul contract sectorial iar continuarea activității societății ulterior intrării în starea de insolvență nu reprezintă o dovadă a capacității acesteia de a executa prezentul contract sectorial; 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. 180 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 99/2016 este că *„entitatea contractantă **exclude din procedura de atribuire** a contractului sectorial/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. 180 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 instituie excepția potrivit căreia *„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 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. 184 alin. (3) din Legea nr. 99/2016 rezultă că entitatea 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 sectorial care face obiectul prezentei.

În speța de față, entitatea contractantă nu poate fi obligată să atribuie un contract unui ofertant a cărui ofertă trebuie să fie valabilă 6 luni, care se află în procedura insolvenței/falimentului și nu a demonstrat că are capacitatea de a executa contractul și că a luat măsurile necesare pentru a întocmi un plan de reorganizare fezabil. Prin urmare, pe baza documentelor depuse urmare solicitărilor comisiei de evaluare nu se poate ajunge la concluzia că sunt îndeplinite condițiile prevăzute la art. 184 alin. (3) din Legea nr. 99/2016, astfel încât contestatoarea să nu fie exclusă din procedură, aceasta, cu atât mai mult cu cât contribuția la îndeplinirea contractului, pe care asociatul ..... SRL și-l asumă prin acordul de asociere este în procent de 55%.

Situația specială a procedurii insolvenței/falimentului nu îi asigură ofertantului în mod automat și desemnarea admisibilă a ofertei sale, fiind necesară îndeplinirea anumitor condiții pentru a nu fi exclusă din procedura de achiziție, condiții pe care contestatoarea nu a demonstrat că le îndeplinește. Consiliul nu poate obliga entitatea contractantă să încheie un contract sectorial având ca obiect „*Realizare conductă de transport gaze naturale Vaslui – Iași*", cu un ofertant care se află în procedură de insolvență/faliment, are sechestru instituit asupra tuturor bunurilor mobile și imobile iar informațiile/documentele prezentate în etapa de evaluare nu permit o determinare clară a situației sale

financiare și a măsurilor pe care le-a adoptat în perioada de observație pentru a permite continuarea activității într-o manieră sustenabilă.

În hotărârea sa definitivă nr. 2035 din 10 august 2017 (dosar nr. 475/44/2017), Curtea de Apel Galați a reținut:

„Așadar, de lege lata se permite participarea operatorului aflat în insolvență la procedura de achiziție publică, cu condiția dovedirii de către acesta a capacității de a executa contractul și a adoptării măsurilor necesare pentru a întocmi un plan de reorganizare fezabil.

In speță, la data excluderii ofertei asocierii nu numai că nu era întocmit un plan de reorganizare, însă nu era întocmit nici tabelul definitiv de creanțe. Mai mult decât atât, se constată și existența unor discrepanțe între documentele comunicate pentru demonstrarea capacității petentei de executare a contractului Astfel, administratorul judiciar a precizat că acesta dispune de 341 angajați, în vreme ce din centralizatorul cu numărul mediu de personal calificat al petentei pe anul 2016 rezultă că acesta este de 584.

Nici cu ocazia soluționării contestației la CNSC reclamanta nu a adus argumente și nu a prezentat probe in conformitate cu art. 167 alin. 2 din Legea nr. 98/2016 pentru admiterea sa in procedură.

Abia în cursul soluționării plângerii de față, reclamanta a făcut dovada întocmirii la data de 20.07.2017 a unui plan de reorganizare demers care, in opinia Curții, nu echivalează cu respectarea exigenței legale, de vreme ce un atare plan nu a primit încă aprobarea adunării creditorilor și nici confirmarea judecătorului sindic, potrivit art. 139 din Legea nr 85/2014, neputându-se conchide în acest moment în sensul fezabilității sale.

De vreme ce, la data analizării ofertei financiare a asocierii, aceasta nu a fost în măsură să facă dovada îndeplinirii condițiilor prevăzute la art. 167 alin. 2 din Legea nr. 98/2016, iar planul de reorganizare întocmit recent necesită aprobarea și confirmarea prevăzute de legea insolvenței, evident cu decalajul cronologic inerent, față de celeritatea impusă procedurii de achiziție publică, Curtea apreciază că subzistă concluziile CNSC în sensul că AC nu poate fi obligată să atribuie un contract pe 36 de luni unui ofertant care nu oferă certitudinea capacității de executare a contractului și aceasta cu atât mai mult cu cat contribuția petentei asumată la îndeplinirea contractului este în procent de 49%.

Nu se confirmă nici criticile reclamantei privind netemeinicia deciziei contestate, câtă vreme Consiliul a analizat contestația în raport de dispozițiile legale in vigoare și nu de criterii neprevăzute de lege, precum gradul de îndatorare al asocierii.

Neîntemeiată se vădește a fi și critica referitoare la nemotivarea deciziei CNSC, acesta analizând și respingând argumentat criticile contestatoarei critici care, de altfel, au fost reiterate în cuprinsul plângem de față.

Faptul că unul dintre asociați este în procedură de insolvență a reclamat din partea AC verificarea îndeplinirii unor condiții suplimentare, respectiv prezentarea unor documente și informații care să permită o determinare clară a situației financiare și a măsurilor adoptate în perioada de observație pentru a se putea concluziona cu privire la posibilitatea ofertantului de a continua activitatea într-o manieră sustenabilă.

În condițiile neîndeplinirii în speță a cerințelor legale, soluția excluderii din procedura de achiziție a ofertei asocierii reclamante este una legală, astfel cum a concluzionat și CNSC, urmând a menține decizia acestuia, cu consecința imediată a respingerii plângerii de față ca nefondată, dând astfel eficiență disp. art. 34 alin. (5) din Legea nr. 101/2016”.

Aceeași Curte de Apel Galați, în hotărârea definitivă nr. 1324 din 13 iunie 2017 (dosar nr. 397/44/2017), antereferită, s-a exprimat în sensul:

„Conform normelor legale, de strictă interpretare, capacitatea de a executa contractul de achiziție publică presupune că operatorul economic se află în faza de observație și a adaptat măsurile necesare pentru a întocmi un plan de reorganizare fezabil, ce permite în continuare, de o manieră sustenabilă, a activității curente.

În speță, petenta se află în procedura de observație conform dispozițiile Legii 85/2014, la cererea sa din 10.1.2014, iar până în prezent nu a fost întocmit un plan de reorganizare fezabil, astfel încât această condiție expresă prevăzută de legiuitor nu este îndeplinită.

Critica petentei că intimata a analizat doar situația economică și financiară și nu capacitatea tehnică și profesională nu poate fi primită, avându-se în vedere următoarele:

Astfel, din tabelul preliminar de creanțe, rezultă că sunt creanțe admise de 337.986 lei; gradul de îndatorare al societății în 2015 era de 97%, iar în 2016 – 140%; valoarea activelor s-au diminuat de la an la an, în 2014 – valoarea activelor era de 251.271.381 lei, 2016 – valoarea activelor era de 142.434.295 lei; cifra de afaceri în 2015 s-a diminuat cu 125,68 milioane față de anul 2014, iar în doi ani ai perioadei de observație, cifra de afaceri s-a diminuat cu 290,4 milioane față de anul 2014; personalul petentei s-a diminuat față de anul 2014, de la 1.662 de angajați în 2014, la 584 de angajați în 2016, numărul contractelor aflate în derulare s-a diminuat; în 2016 a fost o pierdere brută financiară de 15.361.716 lei, iar în 2015 o pierdere brută de 45.997.735 lei.

Față de acești indicatori care au fost avuți în vedere de intimată la analiza capacității petentei de a executa contractul de achiziție publică, rezultă în mod cert că activitatea curentă a petentei generează pierderi financiare substanțiale, iar în lipsa unui plan de reorganizare fezabil, care să permită continuarea activității curente, implică un grad mare de incertitudine asupra modului în care urmează a fi continuată procedura prevăzută de Legea 85/2014.

Nefiind întrunite condițiile expres și cumulativ prev. de art. 167 alin. 2 din Legea 98/2016, respectiv planul de reorganizare fezabil, va reține că în mod corect oferta petentei a fost respinsă ca inacceptabilă".

Având în vedere considerentele mai sus menționate, Consiliul apreciază că, singura soluție la îndemâna entității contractante era cea de excludere din procedură a ofertantului Asocierea .....SRL – ..... SRL, astfel că și contestația va fi respinsă ca nefondată.

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. 143 alin. (1) lit. b) din HG nr. 394/2016, 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 Asocierea .....SRL – ..... SRL în contradictoriu cu entitatea contractantă .....

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

DISPUNE:

Respinge ca nefondată contestația formulată de Asocierea .....SRL – ..... SRL în contradictoriu cu entitatea 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 14 (paisprezece) pagini.