



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C.

N.S.C.

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

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

DECIZIE

Nr. ...

Data: ...

Prin contestația nr. 423/08.02.2016, înregistrată la CNSC sub nr. 3247/08.02.2016, formulată de ..., cu sediul în ..., înmatriculată la O.R.C. sub nr. ..., având CIF: ..., reprezentată legal prin ..., în calitate de lider al Asocierii ..., împotriva deciziei de anulare a procedurii de achiziție publică, comunicată prin adresa nr. 11/73/28.01.2016, emisă de ..., cu sediul în ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de atribuire, prin „licitație deschisă”, a contractului de achiziție publică de lucrări, având ca obiect «„Lucrări de reabilitare poduri, podețe și tuneluri de cale ferată – SRCF Cluj Lotul 1 – Tuneluri”, „Lucrări de reabilitare poduri, podețe și tuneluri de cale ferată – SRCF Cluj Lotul 2 – Poduri și podețe”, „Lucrări de reabilitare poduri, podețe și tuneluri de cale ferată – SRCF Cluj Lotul 3 – Poduri și podețe”, „Lucrări de reabilitare poduri, podețe și tuneluri de cale ferată – SRCF Cluj” Lotul 4 – Poduri și podețe”» (Lot 2 contestat), cod CPV 45221112-0, 45221242-0, 79341000-6, finanțat prin Programul Operațional Sectorial de Transport – POS Transport, s-a solicitat Consiliului admiterea contestației, precum și:

- „1. Anularea Deciziei autorității contractante de anulare a procedurii de achiziție publică;*
- 2. Obligarea autorității contractante la reluarea procedurii de achiziție publică de la momentul anterior deciziei de anulare;*
- 3. Obligarea autorității contractante la încheierea contractului de lucrări”.*

În baza documentelor depuse de părți,
CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

DECIDE:

Admite în parte contestația formulată de ..., în contradictoriu cu ...

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

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

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

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

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

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

MOTIVARE

În luarea deciziei s-au avut în vedere următoarele:

Prin contestația formulată, ... contestă decizia de anulare a procedurii de achiziție publică, comunicată prin adresa nr. 11/73/28.01.2016, emisă de ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de atribuire, prin „licitație deschisă”, a contractului de achiziție publică de lucrări, având ca obiect «„Lucrări de reabilitare poduri, podețe și tuneluri de cale ferată – SRCF Cluj Lotul 1 – Tuneluri”, „Lucrări de reabilitare poduri, podețe și tuneluri de cale ferată – SRCF Cluj Lotul 2 – Poduri și podețe”, „Lucrări de reabilitare poduri, podețe și tuneluri de cale ferată – SRCF Cluj Lotul 3 – Poduri și podețe”, „Lucrări de reabilitare poduri, podețe și tuneluri de cale ferată – SRCF Cluj” Lotul 4 – Poduri și podețe”» (Lot 2 contestat), cod CPV 45221112-0, 45221242-0, 79341000-6, finanțat prin Programul Operațional Sectorial de Transport – POS Transport, solicitând Consiliului admiterea contestației, precum și:

„1. Anularea Deciziei autorității contractante de anulare a procedurii de achiziție publică;

2. Obligarea autorității contractante la reluarea procedurii de achiziție publică de la momentul anterior deciziei de anulare;

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

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

„(...) Având în vedere Notificarea deschiderii procedurii de insolvență împotriva ..., primită și înregistrată la autoritatea contractantă cu nr. 1.D/4250/02.11.2015,

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

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

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

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

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

„(...) ... vă înștiințează faptul că, oferta depusă de dumneavoastră pentru LOTUL 2 a fost admisibilă și în baza criteriului de evaluare „prețul cel mai scăzut” a fost clasată LOCUL 1 și declarată câștigătoare în conformitate cu art. 200 din O.U.G. nr. 34/2006 cu o valoare a ofertei de 29.647.474,39 lei exclusiv TVA, având perioada de execuție de 19 luni și 12 luni perioada de notificare a defecțiunilor.

În conformitate cu prevederile 205 alin. (1) lit. a) din O.U.G. 34/2006, după expirarea termenului legal de 11 zile începând cu ziua următoare luării la cunoștință a prezentei comunicări, dacă nu sunt contestații, sunteți invitat la ..., Direcția Achiziții Proiecte Europene ... pentru stabilirea clauzelor contractuale și semnarea contractului.”

Ulterior, la data de 28 ianuarie 2016, autoritatea contractantă, prin adresa nr. 11/73/28.01.2016, i-a comunicat faptul că anulează procedura de achiziție publică deoarece ... se află în insolvență, în temeiul art. 107 alin. (1) din Regulamentul nr. 966/2012 al Parlamentului European și al Consiliului Uniunii Europene coroborat cu dispozițiile Regulamentului delegat nr. 1268/2012 al Comisiei Europene și art. 209 alin. (1) din O.U.G. nr. 34/2006 modificată și completată.

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

În conformitate cu dispozițiile art. 106 și art. 107 din Regulamentul nr. 966/2012:

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

(1) Sunt excluși de la participarea la procedurile de achiziții candidații sau ofertanții care:

a) se află în stare de faliment sau fac obiectul unei proceduri de lichidare sau de administrare judiciară, au încheiat concordate judiciare, și-au suspendat activitatea economică sau fac obiectul unei proceduri în urma acestor situații sau se află în situații similare în urma unei proceduri similare prevăzute de legislația sau de reglementările naționale;

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

c) au comis în conduita lor profesională greșeli grave, demonstrate prin orice mijloace pe care autoritatea contractantă le poate justifica, inclusiv prin hotărâri ale BEI și ale organizațiilor internaționale;

d) nu și-au respectat obligațiile de plată a contribuțiilor de asigurări sociale sau de achitare a impozitelor în conformitate cu prevederile legale ale țării în care sunt stabiliți sau ale țării autorității contractante sau ale țării unde se execută contractul;

e) aceștia sau persoane cu putere de reprezentare, decizie sau control asupra lor au fost condamnați printr-o hotărâre cu valoare de res judicata pentru fraudă, corupție, participare la o organizație criminală, spălare de bani sau participare la orice alte activități ilegale în detrimentul intereselor financiare ale Uniunii;

f) intră sub incidența unei sancțiuni administrative menționate la articolul 109 alineatul (1). Literele (a)-(d) de la primul paragraf nu se aplică în cazul achiziției de bunuri în condiții deosebit de avantajoase fie de la un furnizor care își lichidează activitatea definitiv, fie de la administratori judiciari sau lichidatori în cazul unui faliment, prin intermediul unui concordat judiciar sau printr-o procedură similară, prevăzută de legislația națională. Literele (b) și (e) de la primul paragraf nu se aplică în cazul în care candidații sau ofertanții pot demonstra că au fost adoptate măsuri corespunzătoare împotriva persoanelor cu putere de reprezentare, decizie sau control care fac obiectul hotărârii menționate la litera (b) sau (e) de la primul paragraf.

(2) În cazul unei proceduri negociate în care, din rațiuni tehnice sau artistice ori din rațiuni legate de protecția drepturilor exclusive, contractul nu poate fi atribuit decât unui anumit agent economic, instituția poate decide să nu excludă agentul economic în cauză invocând rațiunile menționate la alineatul (1) primul paragraf literele (a), (c) și (d) dacă acest lucru este indispensabil pentru a asigura continuitatea activității instituției. În acest caz, instituția își justifică în mod corespunzător decizia.

(3) Candidații sau ofertanții trebuie să certifice că nu se află într-una din situațiile enumerate la alineatul (1). Cu toate acestea, autoritatea

contractantă poate să nu solicite această certificare în cazul contractelor cu valoare foarte mică.

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

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

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

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

a) criteriile de excludere aplicabile participării la invitațiile la licitații, inclusiv norme privind activitățile ilegale care pot conduce la excludere;

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

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

Art. 107: Criterii de excludere aplicabile atribuirilor:

(1) Nu se atribuie contracte candidaților sau ofertanților care, în timpul procedurii de achiziții aferente contractului respectiv:

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

b) se fac vinovați de declarații false în informațiile solicitate de autoritatea contractantă, ca o condiție de participare la procedura de achiziții sau nu au furnizat informații respective;

c) se află într-una din situațiile de excludere de la procedura de achiziții menționată la articolul 106 alineatul (1).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

e) care nu și-a îndeplinit obligațiile privind plata contribuțiilor la asigurările sociale, în conformitate cu dispozițiile legale ale țării în care este stabilit sau ale țării autorității contractante;

f) care nu și-a îndeplinit obligațiile privind plata impozitelor și taxelor, în conformitate cu dispozițiile legale ale țării în care este stabilit sau ale țării autorității contractante;

g) care s-a făcut grav vinovat de declarații false prin furnizarea informațiilor solicitate în temeiul prezentei secțiuni sau care nu a furnizat respectivele informații. Statele membre precizează, în temeiul dreptului intern și prin respectarea dreptului comunitar, condițiile de aplicare a prezentului alineat.”

Contestatorul invocă dispozițiile art. 181 din O.U.G. nr. 34/2006 actualizată. Contestatorul menționează că Directiva stabilește că autoritatea contractantă poate, deci nu este obligată, să excludă din cadrul unei proceduri de achiziție publică un ofertant aflat în stare de insolvență. Același act normativ comunitar arată, în cadrul tezei finale din alineatul (2), faptul că statele membre prin intermediul dreptului intern și cu respectarea dreptului comunitar, vor stabili condițiile de aplicare a dispozițiilor de excludere prevăzute în acest alineat. Or, România a înțeles să instituie și să mențină sancțiunea de excludere din procedurile de achiziție publică doar în ceea ce privește falimentul, fără a aplica aceeași „penalitate” și pentru societățile aflate în insolvență.

Contestatorul subliniază că este în insolvență, și nu în faliment.

Obiectivele stabilite în tratatele Uniunii Europene (UE) sunt realizate prin intermediul mai multor tipuri de acte legislative emise de Parlamentul European și Consiliul. Regulamentele adoptate de organele legislative ale UE reprezintă un acte legislative cu caracter obligatoriu pentru toate

statele din UE. Regulamentul se aplică în integralitatea sa, în toate statele membre ale UE.

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

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

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

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

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

România, în calitate de stat membru al UE, are atât obligații cât și drepturi conferite de TUE și TFUE, motiv pentru care în legislația internă a aplicat măsurile dispuse prin Directivă doar în sensul de a elimina din procedura de achiziție publică doar persoanele juridice care se află în stare de faliment printr-o hotărâre definitivă pronunțată de judecătorul-sindic; în acest sens, contestatorul invocă dispozițiile art. 181 din Ordonanță.

Din toate argumentele menționate anterior se poate observa faptul că UE a lăsat la îndemâna statelor, în baza dreptului lor suveran,

stabilirea în dreptul intern a criteriilor de excludere din procedurile de achiziție publică în ceea ce privește situația personală a ofertanților/candidaților.

Contestatorul consideră că, pentru acest motiv, autoritatea contractantă trebuia să se raporteze în primul rând la Directivă și Ordonanță, și numai după acest moment să analizeze interdicțiile prin prisma Regulamentelor, iar, deoarece nu a procedat astfel, autoritatea contractantă a emis o decizie/act administrativ nelegal. Mai mult decât atât, la rândul lor, nici dispozițiile art. 209 alin. (1) din Ordonanță nu-și găsesc aplicabilitatea în prezenta cauză, deoarece situația de fapt, respectiv insolvența ..., nu își regăsește corespondent în temeiurile de drept din Ordonanță, care stabilesc cazurile de abateri grave de la prevederile legislative care afectează procedura de atribuire sau care fac imposibilă încheierea contractului așa cum sunt ele detaliate la alin. (4) lit. a) - d) al aceluiași articol.

Analizând dispozițiile legale menționate, se observă faptul că acestea nu sunt incidente în cazul de față, insolvența ... nu se încadrează în nici unul dintre cele patru motive care se constituie în abateri grave de la prevederile legislative care afectează procedura de atribuire sau care fac imposibilă încheierea contractului.

Având în vedere toate aspectele menționate anterior, contestatorul solicită constatarea faptului că este netemeinică și nelegală decizia autorității contractante de anularea a procedurii de achiziție publică, atât timp cât aceasta își întemeiază decizia doar pe dispozițiile Regulamentelor, fără a lua în considerare dispozițiile Directivei și pe cele ale Ordonanței. În drept, contestatorul invocă dispozițiile art. 255, art. 256, art. 256² alin. (1) lit. a) din O.U.G. nr. 34/2006 actualizată, precum și actele normative menționate în cuprinsul contestației.

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

... a demarat procedura de atribuire în cauză prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr. ... și în JOUE: ... Valoare estimată a contractelor pentru cele 4 loturi este 109.991.890,00 lei (fără TVA). Valoare estimată pentru lotul 2 este 42.780.520 lei. Sursa de finanțare este din Fondul European de Dezvoltare Regională FEDER și bugetul de stat.

La această procedură au depus oferte următorii operatori economici:

1. Ofertantul ... - Loturile 2, 3 și 4;
2. Ofertantul ... - Loturile 2, 3 și 4;
3. Ofertantul ... - Loturile 2 și 4;
4. Ofertantul ... - Loturile 1, 2, 3;
5. Ofertantul ... - Loturile 2, 3;
6. Ofertantul ... - Loturile 2, 3 și 4;
7. Ofertantul ... - Lotul 2;
8. Ofertantul ... - Loturile 1, 2, 3 și 4.

Urmare a evaluării ofertelor depuse s-a încheiat Raportul procedurii nr. 18/1/815/12.05.2015. Raportul procedurii este semnat de observatorii MFP - UCVAP, vizat de către Directorul General MFP-UCVAP, cu mențiunea „fără observații” și aprobat de către Directorul General al CN ... S.A. În baza raportului procedurii aprobat, ... este declarată câștigătoare pentru lotul 2. În termenul de așteptare nu au fost depuse contestații la procedură.

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

Deși între 17 iunie și 25 august 2015 a avut loc o corespondență pe baza memorandumului de clarificare, după întâlnirea organizată de ... pentru a clarifica forma finală, după data de 25.08.2015, ... nu a mai răspuns solicitărilor de accept, observații sau refuz a memorandumului de clarificare, fapt care a împiedicat încheierea contractului.

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

În data de 15.01.2016, ... - ... a legalizat actul adițional nr. 1 la Acordul de asociere prin care ... a devenit liderul asocierii. În data de 18.01.2016, ... a informat ... că se află în procedura de insolvență, în perioada de observație. Astfel, autoritatea contractantă, luând în considerare modificările survenite, respectiv deschiderea procedurii de insolvență a societății ..., a apreciat că sunt aplicabile prevederile Regulamentului nr. 966/2012 al Parlamentului European și al Consiliului, articolul 107 alineatul (1), conform căruia: „Nu se atribuie contracte candidaților sau ofertanților care, în timpul procedurii de achiziție aferente contractului respectiv: [...] (c) se află într-una din situațiile de excludere de la procedura de achiziții menționată la articolul 106 alineatul (1)”, respectiv „se află în stare de faliment sau fac obiectul unei proceduri de lichidare sau de administrare judiciară [...]” și a prevederilor Regulamentului delegat nr. 1268/2012 al Comisiei privind normele de aplicare a Regulamentului nr. 966/2012.

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

În data de 08.02.2016, operatorul economic ... a informat autoritatea contractantă - ..., prin intermediul poștei electronice, că a depus o contestație la CNSC, înregistrată la Consiliu sub nr. 3247 din 08.02.2016, prin care contestă Decizia autorității contractante de anulare a procedurii de achiziție publică pentru „Lucrări de reabilitare poduri, podețe și tuneluri de cale ferată -SRCF Cluj” - Lotul 2, anulare ce i-a fost comunicată contestatarei prin adresa 11/73/28.01.2016 și solicită

obligarea autorității contractante la reluarea procedurii de achiziție publică de la momentul anterior deciziei de anulare, precum și obligarea acesteia la încheierea contractului de lucrări.

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

„(35) Regulile de excludere, în special, de la participarea la procedurile de achiziții publice ar trebui îmbunătățite în vederea consolidării protecției intereselor financiare ale Uniunii.”.

Astfel, încheierea contractului cu un operator economic aflat în stare de insolvență implică un risc major în privința realizării contractului. Dacă operatorul economic nu își rezolvă situația financiară și intră în faliment, atunci proiectul nu va fi finalizat, iar întârzierile și pierderile financiare vor fi și mai mari ținându-se cont de sursa de finanțare, valoarea și importanța proiectului.

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

Afirmațiile contestatoarei potrivit căreia „(...) AC a emis o decizie/act administrativ nelegal...” și că „...nici disp. art.209 alin. (1) din Ordonanță (legislația națională - n.n.) nu-și găsesc aplicabilitatea în prezenta cauză, deoarece situația de fapt, respectiv insolvență ..., nu își regăsește corespondent în temeiurile de drept din Ordonanță care stabilesc abaterile grave de la prevederile legislative ...” sunt greșite întrucât ... nu a anulat procedura pentru lotul 2 din motive de abateri grave, ci din imposibilitatea încheierii contractului.

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

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

(...)

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

Autoritatea contractantă a avut în vedere faptul că, deși ofertantul Asocierea ... – ... a fost declarat câștigător pentru procedura organizată pentru lotul 2, situația de insolvență în care se află, interpretată prin prevederile Regulamentului 966/2012, nu poate semna contractul în cauză, pentru că ar încalca prevederile acestui regulament, iar prin aceasta ar pune în pericol finanțarea cu fonduri europene a proiectului în cauză.

Urmare celor antemenționate, autoritatea contractantă consideră corectă și legală decizia de anulare a procedurii pentru lotul 2 și solicită

respingerea ca nefondată a contestației nr. 3247 din 08.02.2016 depusă de ... la procedura „Lucrări de reabilitare poduri, podețe și tuneluri de cale ferată - SRCF Cluj” - lot 2 cu anunț de participare din SEAP nr. 150752/2014.

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

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

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

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

..., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura de atribuire, prin „licitație deschisă”, a contractului de achiziție publică de lucrări, având ca obiect «„Lucrări de reabilitare poduri, podețe și tuneluri de cale ferată – SRCF Cluj Lotul 1 – Tuneluri”, „Lucrări de reabilitare poduri, podețe și tuneluri de cale ferată – SRCF Cluj Lotul 2 – Poduri și podețe”, „Lucrări de reabilitare poduri, podețe și tuneluri de cale ferată – SRCF Cluj Lotul 3 – Poduri și podețe”, „Lucrări de reabilitare poduri, podețe și tuneluri de cale ferată – SRCF Cluj” Lotul 4 – Poduri și podețe”» (Lot 2 contestat), cod CPV 45221112-0, 45221242-0, 79341000-6, finanțat prin Programul Operațional Sectorial de Transport – POS Transport.

În acest sens, a elaborat documentația de atribuire aferentă și a publicat în S.E.A.P. anunțul de participare nr. ..., potrivit căruia valoarea estimată a contractelor pentru cele 4 loturi este 109.991.890,00 lei (fără TVA).

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

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

Prin adresa nr. 18/1/822/12.05.2015, autoritatea contractantă i-a comunicat asocierii ... - ... faptul că oferta sa a fost declarată câștigătoare, respectiv:

„(...) ... vă înștiințează faptul că, oferta depusă de dumneavoastră pentru LOTUL 2 a fost admisibilă și în baza criteriului de evaluare „prețul cel mai scăzut” a fost clasată LOCUL 1 și declarată câștigătoare în conformitate cu art. 200 din O.U.G. nr. 34/2006 cu o valoare a ofertei de 29.647.474,39 lei exclusiv TVA, având perioada de execuție de 19 luni și 12 luni perioada de notificare a defecțiunilor.

În conformitate cu prevederile 205 alin. (1) lit. a) din O.U.G. 34/2006, după expirarea termenului legal de 11 zile începând cu ziua următoare luării la cunoștință a prezentei comunicări, dacă nu sunt contestații, sunteți invitat la ..., Direcția Achiziții Proiecte Europene, ..., pentru stabilirea clauzelor contractuale și semnarea contractului.”

Ulterior, după o perioadă lungă în care s-au desfășurat diferite acțiuni care au avut ca scop demararea și finalizarea procedurii de pregătire/avizare a documentelor contractuale aferente procedurii de achiziție publică menționată mai sus, la data de **28 ianuarie 2016**, prin adresa nr. 11/73/28.01.2016, autoritatea contractantă a comunicat asocierii ... – ... faptul că procedura de achiziție publică s-a anulat, motivat de următoarele aspecte:

„Având în vedere Notificarea deschiderii procedurii de insolventa împotriva ..., primita și înregistrată la autoritatea contractantă cu nr. 1.D/4250/02.11.2015;

- *in baza Regulamentului nr. 966/2012 al Parlamentului European și al Consiliului, articolul 107 alineatul (1), conform căruia »Nu se atribuie contracte candidaților sau ofertanților care, în timpul procedurii de achiziție aferente contractului respectiv: [...] (c) se află într-una din situațiile de excludere de la procedura de achiziții menționată la articolul 106 alineatul (1)» respectiv «se află în stare de faliment sau fac obiectul unei proceduri de lichidare sau de administrare judiciară [...]»;*
- *a prevederilor Regulamentului delegat nr. 1268/2012 al Comisiei privind normele de aplicare a Regulamentului nr. 966/2012 și*
- *a art.209, alin.(1), lit.c) din OUG 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, Autoritatea Contractantă anulează aplicarea procedurii de achiziție publică menționată în referința.*

În conformitate cu art. 210 din O.U.G. nr. 34/2006, modificată și completată ulterior, va precizăm ca încetează obligațiile pc care vi s-au creat prin depunerea ofertelor”.

Prin contestația în analiză, contestatoarea ... critică noul rezultat al procedurii de atribuire comunicat prin adresa nr. 11/73/28.01.2016, respectiv decizia autorității contractante privind anularea procedurii de atribuire în cauză, solicitând Consiliului anularea deciziei ... de anulare a procedurii de atribuire a contractului de achiziție în cauză. Analizând criticile formulate de ..., Consiliul constată că acestea vizează aspecte legate de nelegalitatea nelegalitatea motivelor care au stat la baza deciziei de anulare a procedurii de atribuire în cauză.

Așadar, problema ce se impune a fi dezlegată este aceea dacă autoritatea contractantă a aplicat în mod judicios dispozițiile articolului 209 alin. (1) lit. c) teza a II-a din O.U.G. nr. 347/2006, respectiv dacă s-a aflat în situația imposibilității încheierii contractului de achiziție publică.

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

- obiectul contractului supus procedurii de atribuire în cauză îl constituie execuția lucrărilor de reabilitare a podurilor, podețelor și tunelurilor de cale ferată pe raza SCREIR Cluj (loturile 1, 2, 3 și 4), astfel cum a fost specificat în cadrul fișei de date a achiziției, la pct. II.1.5) „*Descrierea succintă a contractului sau a achiziției*”;

- din examinarea documentelor aflate în copie la dosarul cauzei, Consiliul constată că autoritatea contractantă a comunicat asocierii ... – ... cu actul nr. 18/1/822/12.05.2015 faptul că oferta depusă a fost declarată câștigătoare;

- ulterior, între autoritatea contractantă și asocieria ... – ..., în perioada 17.06.2015 – 18.01.2016 s-a derulat o întreagă corespondență, în vederea demarării procedurii de pregătire/avizare a documentelor contractuale aferente procedurii de achiziție publică în speță.

Astfel:

- în data de 16.06.2015, cu actul nr. 18/2/526/16.06.2015, autoritatea contractantă solicită asocierii ... – ... o serie de documente în vederea demarării procedurii de pregătire/avizare a documentelor contractuale;

- în data de 17.06.2015, cu actul nr. 18/2/526/17.06.2015, autoritatea contractantă transmite asocierii ... – ... Memorandul de Clarificare în vederea analizei/acceptării acestuia;

- în data de 26.06.2015, asocieria ... – ... transmite cu actul nr. 18/2/575/26.06.2015 documentele solicitate;

- în data de 26.06.2015, asocieria ... – ... transmite cu actul nr. 18/2/576/26.06.2015 observații cu privire la Memorandul de Clarificare;

- în data de 08.07.2015, autoritatea contractantă retransmite asocierii varianta actualizată a Memorandului de Clarificare;

- în data de 23.07.2015, asocieria ... – ..., cu actul nr. 18/2/694/24.07.2015 solicită autorității contractante stabilirea unei întâlniri, în vederea clarificării tuturor aspectelor menționate și semnalate cu privire la Memorandumul de Clarificare;

- în data de 19.08.2015, autoritatea contractantă, cu actul nr. 14/1/53/19.08.2015 invită asocieria ... – ... pentru discutarea aspectelor semnalate;

- la data de 31.08.2015, autoritatea contractantă, urmare a discuțiilor purtate în cadrul întâlnirii cu reprezentanții asocierii ... S.A. – ..., transmite cu actul nr. 14/1/93/31.08.2015 un punct de vedere și solicită asocierii punctul de vedere asupra aspectelor transmise;

- la data de 28.09.2015, autoritatea contractantă cu actul nr. 14/1/283/28.09.2015 revine și solicită asocierii, transmiterea punctului

de vedere/acceptului privind varianta actualizată a propunerii ... pentru Memorandumul de Clarificare;

➤ la data de 09.10.2015, autoritatea contractantă cu actul nr. 14/1/358/09.10.2015 revine și solicită asocierii, transmiterea punctului de vedere/acceptului privind varianta actualizată a propunerii ... pentru Memorandumul de Clarificare;

➤ la data de 19.10.2015, autoritatea contractantă cu actul nr. 14/1/372/19.10.2015 revine și solicită asocierii transmiterea punctului de vedere/acceptului privind varianta actualizată a propunerii ... pentru Memorandumul de Clarificare;

➤ la data de 24.11.2015, autoritatea contractantă cu actul nr. 14/1/520/24.11.2015 solicită asocierii acordul privind prelungirea valabilității ofertei și a garanției de participare și de asemenea invită reprezentanții asocierii până la data de 27.11.2015 la sediul său în vederea semnării Memorandumului de Clarificare;

➤ la data de 27.11.2015, asocierea, prin liderul desemnat, respectiv ... cu actul nr. 561/27.11.2015 comunică autorității contractante faptul că este de acord cu prelungirea valabilității ofertei și a a garanției de participare. Comunică faptul că nu consideră necesară semnarea unui Memorandum de Clarificare, considerând că sunt suficiente prevederile contractului de lucrări. Totodată informează autoritatea contractantă despre o modificare intervenită în cadrul Acordului de asociere, respectiv desemnarea societății ... lider al asocierii. Solicită autorității contractante un punct de vedere și stabilirea unei întâlniri cu departamentul juridic și achiziții publice în vederea discutării aspectelor menționate;

➤ în data de 15.12.2015, autoritatea contractantă dă curs solicitării adresate de asociere și cu actul nr. 14/17609/15.12.2015 invită la data de 17.12.2015 reprezentanții asocierii în vederea discutării aspectelor invederate;

➤ în data de 15.12.2015, asocierea confirmă prezența la întâlnirea solicitată și transmite cu actul nr. 14/1/638/16.12.2015 reprezentanții participanți la întâlnire;

➤ în data de 18.01.2016, ... transmite autorității contractante cu actul nr. 66/18.01.2016 următoarele: Act adițional la Acordul de asociere, prin care părțile sunt de acord ca ... să devină lider de asociere, extras cont trezorerie, certificat de înregistrare în scopuri de TVA, Autorizație AFER, referat insolvență, Încheierea din data de 24.08.2015 pronunțată de tribunalul București, Hotărârea Adunării Generale a Asociaților din data de 26.08.2015;

➤ tot în data de 18.01.2016, ... transmite autorității contractante cu actul nr. 66/18.01.2016 acordul cu privire la mențiunile cuprinse în Memorandumul de Clarificare.

Raționamentul conturat de autoritatea contractantă în favoarea argumentelor, potrivit cărora încheierea contractului cu un operator economic aflat în stare de insolvență implică un risc major în privința

realizării contractului nu este judicios în cauză și nu va fi reținut de Consiliu în soluționare din următoarele considerente:

Argumentul decisiv adus de autoritatea contractantă care a stat la baza deciziei de anulare a atribuirii contractului de achiziție publică este faptul că deși ofertantul asocierea ... - ... a fost declarat câștigător pentru procedura organizată pentru Lotul 2, starea de insolvență în care se află, interpretată prin prisma prevederilor Regulamentului 966/2012, nu poate semna contractul în cauză, pentru că ar încălca prevederile acestui regulament, iar prin aceasta ar pune în pericol finanțarea cu fonduri europene a proiectului în cauză.

Astfel, încheierea contractului cu un operator economic aflat în stare de insolvență implică un risc major în privința realizării contractului. Dacă operatorul economic nu își rezolvă situația financiară și intră în faliment, atunci proiectul nu va fi finalizat, iar întârzierile și pierderile financiare vor fi și mai mari ținându-se cont de sursa de finanțare, valoarea și importanța proiectului.

Vizavi de criticile legate de starea de insolvență a ..., o primă remarcă a Consiliului este că, în documentația de atribuire, autoritatea contractantă nu a stabilit vreo restricție de participare la achiziție, în calitate de ofertant, pentru operatorii economici aflați în insolvență, context în care se va face recurs în exclusivitate la reglementările normative relevante.

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

Așadar, în lumina legilor nr. 85/2006 și nr. 85/2014, ..., chiar dacă se află în procedura insolvenței, are dreptul de a participa la achiziție. Legislația dedicată domeniului achizițiilor publice urmează aceeași orientare, în sensul neîngrădirii accesului operatorilor economici la procedurile de atribuire pe considerentul existenței stării de insolvență a lor la momentul depunerii ofertei sau ivită ulterior. Că este astfel reiese din art. 181 lit. a) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006, în forma în vigoare, care prevede că autoritatea contractantă are dreptul de a exclude dintr-o procedură pentru atribuirea contractului de achiziție publică orice ofertant *care a intrat în faliment ca urmare a hotărârii pronunțate de judecătorul-sindic*, prevedere care nu este incidentă în speța de față, întrucât ..., din datele furnizate de părțile litigante, nu se

află în stare de faliment, ci dimpotrivă, face demersuri de a se redresa și ieși din insolvență.

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

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

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

Așadar, legiuitorul a reconsiderat cazurile de respingere a ofertanților, în prezent starea de insolvență a ofertantului nemaiconstituind un astfel de caz. Astfel, că în speța de față, Consiliul constată că sunt incidente următoarele dispoziții legale: art. 181 din O.U.G. nr. 34/2006, respectiv:

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

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

(...)

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

- așadar, pe de o parte, legiuitorul a lăsat la latitudinea autorității contractante decizia de a respinge o ofertă aflată în ipotezele susenunțate, și nu a instituit o obligație în acest sens, așa cum este, spre pildă, cazul art. 180 din ordonanța de urgență;

- demne de reținut sunt dispozițiile art. 77 alin. (6) din Legea nr. 85/2014 privind procedurile de prevenire a insolvenței și de insolvență, care dispun *„Debitorul aflat în procedura insolvenței nu poate fi împiedicat să participe la licitații publice pentru motivul deschiderii procedurii”;*

- în condițiile în care legiuitorul nu a stabilit obligația autorității contractante de a-l respinge pe ofertant și în situația deschiderii procedurii generale a insolvenței, nimic nu conduce la concluzia că acest lucru ar fi posibil sub imperiul dispoziției legale, care stabilește un asemenea drept doar în situația falimentului. De altfel, o asemenea interpretare este logică, perioada de reorganizare fiind prevăzută tocmai pentru a da posibilitatea debitorului de a-și stabili situația financiară, or

o interpretare în sensul eliminării de la orice procedură ar lăsa fără șanse orice societate în insolvență, în dauna creditorilor;

- nu în ultimul rând, este de remarcat și faptul că dispozițiile art. 181 stabilesc un drept al autorității contractante de a respinge chiar și un ofertant aflat în faliment. Deci, dacă și în situația falimentului ofertantului, posibilitatea eliminării acestuia este lăsată de legiuitor la latitudinea autorității contractante, cu atât mai mult nu există nicio rațiune a considera că acceptarea și desemnarea drept câștigătoare a unui ofertant aflat în procedura generală a insolvenței, ar fi o măsură nelegală;

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

- prin urmare, chiar dacă autoritatea contractantă ar fi înțeles să uzeze de dreptul conferit de art. 181 din O.U.G. nr.34/2006 cu modificările ulterioare, oferta asocierii ... - ... nu putea fi respinsă în temeiul lit.a) din articol. Dacă s-ar fi procedat astfel, ar fi intervenit o extindere a aplicării articolului în discuție, la un caz de respingere a ofertei care nu a fost prevăzut, ceea ce nu este permis, cazurile de respingere a ofertelor fiind expres și limitativ prevăzute de lege.

Mai mult, din Ordinul președintelui Autorității Naționale pentru Reglementarea și Monitorizarea Achizițiilor Publice nr. 509/2011 privind formularea criteriilor de calificare și selecție, anexa nr. 1, care include la categoria "*Formulări restrictive. Documentația de atribuire/anunțul de participare/invitația de participare nu se acceptă/validează*" cerința prezentării unei "*declarații potrivit căreia operatorul economic se află în procedura de insolvență*", transpare voința autorității reglementatoare de a excepta de la evaluarea ofertei eventuala stare de insolvență în care s-ar afla ofertanții. Altfel spus, interzicând autorităților contractante să ceară ofertanților informații legate de insolvență, sub sancțiunea neacceptării/nevalidării documentației/anunțului/invitației de participare, fosta Autoritate Națională pentru Reglementarea și Monitorizarea Achizițiilor Publice a interzis, implicit, și dreptul de a evalua ofertele prin prisma eventualei insolvențe a licitatorilor și a altor participanți.

Deschiderea procedurii de insolvență asupra ... nu echivalează cu falimentul acestei societăți.

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

Că intrarea în insolvență a ofertantului nu dă dreptul autorității să îl excludă din procedura de atribuire o demonstrează și Decizia civilă nr.

2766 din 7 aprilie 2014 a Curții de Apel București, Secția a VIII-a contencios administrativ și fiscal, în care instanța a statuat:

Petenta a susținut că oferta declarată câștigătoare este inadmisibilă, întrucât împotriva liderului asocierii a fost deschisă procedura insolvenței, așa cum atestă încheierea din 26.11.2013 a Tribunalului Ilfov, Secția civilă, din dosarul nr. [...] /93/2013 [...].

Prin decizia sa din 19.02.2014, Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor a respins contestația petentei, reținând, în esență, că motivul grefat pe dispozițiile art. 181 lit. a) din ordonanță este nefondat, întrucât textul legal citat recunoaște autorității contractante dreptul de a exclude din procedură ofertantul care a intrat în faliment ca urmare a hotărârii pronunțate de judecătorul-sindic. Or, în primul rând, prin încheierea din 26.11.2013, pronunțată de Tribunalul Ilfov, Secția civilă, în dosarul nr. [...] /93/2013, a fost deschisă procedura insolvenței împotriva liderului asocierii declarate câștigătoare, situație ce nu echivalează cu falimentul, iar, în al doilea rând, procedura insolvenței a fost inițiată ulterior datei-limită de depunere a ofertelor.

Curtea constată că în mod temeinic a procedat Consiliul respingând contestația petentei sub aspectul motivului prevăzut de art. 181 lit. a) din ordonanță, fiind de observat că, prin dispozițiile anterior citate, legiuitorul recunoaște autorității contractante dreptul de a exclude din procedură ofertantul care a intrat în faliment ca urmare a hotărârii pronunțate de judecătorul-sindic.

Trecând peste caracterul lipsit de echivoc al dispozițiilor art. 181 lit. a), este de subliniat că forma actuală a acestuia este rezultatul adoptării Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 76/2010, anterior acesteia fiind recunoscut dreptul autorității contractante de a exclude dintr-o procedură pentru atribuirea contractului de achiziție publică orice ofertant care se află în următoarele situații: este în stare de faliment ori lichidare, afacerile îi sunt conduse de un administrator judiciar sau activitățile sale sunt suspendate ori fac obiectul unui aranjament cu creditorii sau este într-o situație similară cu cele anterioare, reglementată prin lege.

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

Curtea nu contestă justetea argumentelor petentei, prin care subliniază neconcordanța dintre cerințele de calificare cu privire la situația ofertantului și specificațiile referitoare la contractul de achiziție proiectat, conform cărora autoritatea contractantă și-a rezervat dreptul de a rezilia contractul dacă antreprenorul devine falit sau insolubil, intră în proces de lichidare, primește un ordin de punere sub sechestru împotriva sa, ajunge la un acord cu creditorii săi, desfășoară în continuare o afacere sub coordonarea unui administrator judiciar, curator sau manager în beneficiul acestor creditori sau dacă se întâmplă orice alt eveniment care (conform legilor în vigoare) are un efect similar cu cel al oricărei astfel de situații sau evenimente, însă aceste argumente nu pot conduce nicidecum la reconsiderarea admisibilității ofertei intervenientului, cât timp cerința minimă de calificare este formulată întocmai cu observarea dispozițiilor art. 181 lit. a) din ordonanță.

Similar, în Decizia civilă nr. 4963 din 13 iunie 2014, aceeași instanță a arătat:

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

Chiar dacă unul dintre asociații ofertanți a intrat în insolvență voluntară începând cu 08.10.2013, conform afirmațiilor contestatoarei, având desemnat un administrator de insolvență, această situație nu intră sub incidența art. 181, situațiile prevăzute de lege referindu-se exclusiv și explicit la faliment, îndeplinirea defectuoasă a obligațiilor contractuale, neîndeplinirea obligațiilor de plată, prezentarea de informații false sau condamnarea ca urmare a comiterii unei fapte ce aduce atingerii eticii profesionale.

Faptul că insolvența operatorului economic nu constituie un impediment în participarea la procedura de atribuire și câștigarea contractului l-a reținut și Curtea de Apel Galați, Secția contencios administrativ și fiscal, în Decizia nr. 4024 din 16 septembrie 2013, din care cităm:

Situația că un operator economic se află în procedura insolvenței nu este un impediment în a participa și chiar a deveni semnatar de contract, având în vedere chiar dispozițiile art. 181

invocate de petentă, care la lit. a) prevăd posibilitatea autorității de a exclude dintr-o procedură ofertantul care a intrat în faliment ca urmare a hotărârii pronunțate de judecătorul-sindic. **Potrivit doctrinei și legislației în domeniu, insolvența este acea stare a patrimoniului unei societăți care se caracterizează prin insuficiența fondurilor bănești disponibile pentru plata datoriilor scadente. O societate ajunsă în stare de insolvență are posibilitatea, dacă întrunește anumite condiții expres prevăzute de lege, să intre într-o fază de reorganizare a activității, pe baza unui plan aprobat de creditori și confirmat de judecătorul-sindic. Dacă activitatea astfel reorganizată este profitabilă și permite plata tuturor creanțelor, conform termenilor și condițiilor stabiliți în plan, atunci respectiva societate iese din starea de insolvență, își menține personalitatea juridică, urmând să își desfășoare activitatea în continuare fără intervenția administratorului judiciar sau a judecătorului-sindic. Însă, dacă activitatea de reorganizare nu respectă planul, atunci respectiva societate iese din faza de reorganizare și intră în faza de faliment.**

Prin urmare, în raport de aceste consecințe care decurg din cele două situații în care se poate afla o societate (insolvență sau faliment), legiuitorul a modificat, prin pct. 33 din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 76/2010, dispozițiile art. 181 lit. a) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006, permițând autorității înlăturarea de la procedură doar a ofertantului care a intrat în faliment, nu și a celui care se află în insolvență. Astfel, este protejată societatea care se află într-o situație dificilă din punct de vedere economic și ajutată să se redreseze.

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

Curtea constată că prevederile citate ale art. 181 lit. a) din ordonanță conferă autorității posibilitatea, iar nu obligația de a exclude din procedură o persoană aflată în situația prevăzută de acest text. Ordonanța se referă, așadar, la intrarea în faliment, iar nu la intrarea în insolvență, care este o etapă premergătoare falimentului, ce nu conduce în mod necesar la acesta; pe de altă parte, este o chestiune lăsată de legiuitor la aprecierea autorității contractante, care are latitudinea de a proceda fie la excluderea, fie la menținerea candidatului sau ofertantului respectiv. Or, câtă vreme i se recunoaște prin lege această putere de apreciere a relevanței în cazul dat a unei astfel de situații, ea nu poate fi cenzurată nici de către Consiliu și nici de către instanța de judecată, motiv pentru care Curtea constată că nu i se poate imputa autorității contractante că nu a analizat acest aspect.

Exemplele de hotărâri pot continua și conturează o practică statornică a instanțelor de judecată în interpretarea și aplicarea art. 181 lit. a) din ordonanță.

Motivele autorității contractante pentru anularea procedurii de atribuire întemeiate pe argumente potrivit cărora, deși ofertantul asocierea ... – ... a fost declarat câștigător pentru procedura organizată pentru Lotul 2, starea de insolvență în care se află, interpretată prin prevederile Regulamentului 966/2012, nu poate semna contractul în cauză, pentru că ar încalca prevederile acestui regulament, iar prin aceasta ar pune în pericol finanțarea cu fonduri europene a proiectului în cauză, sunt lipsite de suport, având caracter de speculații. Mai mult, aceste bănueli ar da dreptul autorității să solicite clarificări, iar nu să anuleze procedura de atribuire în cauză.

Nici prin argumentarea probatorie din punctul de vedere și nici prin mijloacele de probă anexate ei, contrar art. 10 alin. (1), art. 14 alin. (2) și art. 249 C. proc. civ., care impun părților să susțină cu mijloace de probă cele ce afirmă în fața Consiliului, autoritatea contractantă nu reușește să probeze că asocierea ... – ... nu are capacitatea de a executa contractul licitat.

Simplele presupuneri ale autorității contractante că ..., potrivit căroră „încheierea contractului cu un operator economic aflat în stare de insolvență implică un risc major în privința semnării contractului. Dacă operatorul economic nu își rezolvă situația financiară și intră în faliment, atunci proiectul nu va fi analizat, iar întârzierile și pierderile financiare vor fi și mai mari ținându-se cont de sursa de finanțare, valoarea și importanța proiectului” rămân la stadiul de presupuneri, care nu au forța necesară, prin ele însele, să atragă eliminarea din competiție a operatorului economic declarat câștigător.

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

Așa cum a fost mai sus reținut, ... a transmis autorității contractante cu actul nr. 66/18.01.2016 următoarele: înscrisuri vizavi de starea de insolvență:

- Adresă emisă de ... în data de 18.01.2016 în care aceasta menționează următoarele aspecte:

„Prin încheierea din data de **24.08.2015** pronunțată în Dosarul nr. 29881/3/2015, **Tribunalul București a deschis procedura generala de insolventa la cererea ...**

Prin încheierea menționată tribunalul a decis următoarele:
(...) Admite cererea debitorului, în temeiul art. 71 alin. 1 din Legea nr. 85/2014 privind procedurile de prevenire a insolvenței și de insolvență, deschide procedura generală împotriva debitorului ... (..) Desemnează administrator judiciar provizoriu pe ...”

Menționez faptul că încheierea a rămas definitivă prin neapelare.

În cadrul procedurii de insolvență, organele de conducere al ... sunt:

Administrator Special - dl. ...

Administratorul Judiciar - ... - asociat partener.

Astfel, la data prezentei, ... se afla în perioada de observație, motiv pentru care activitatea sa se desfășoară în mod normal, fără nici o restricție economică sau juridică, sub conducerea Administratorului Special și sub supravegherea Administratorului Judiciar.

După expirarea perioadei de observație, ... , urmează să propună un plan de reorganizare în urma căruia urmează să-și redreseze activitatea din punct de vedere economic.”

- prin Încheierea din data de 24.08.2015, pronunțată de către Tribunalul București – Secția a VII-a Civilă, în dosarul nr. 29881/3/2015 având ca obiect examinarea cererii întemeiate pe dispozițiile Legii nr. 85/2014 privind procedura insolvenței, formulată de debitorul ..., s-au dispus următoarele:

„(...)

Prin cererea înregistrată la Tribunalul București - Secția a VII-a Civilă sub nr. 29881/3/2015 debitorul ... a solicitat în temeiul art. 71 și art. 66 din Legea 85/2014 deschiderea procedurii de insolvență și desemnarea unui administrator judiciar .

În motivarea cererii debitorul a arătat că societatea se afla în încetare de plată, nu mai poate face față datoriilor existente cu fondurile disponibile ,

întâmpină greutăți cu recuperarea creanțelor, existând posibilități de reorganizare .

In susținerea cererii debitoarea a depus la dosarul cauzei următoarele înscrisuri: certificat constatator, declarația de intrare în procedura de faliment, ultimul bilanț contabil cu balanța de verificare , lista bunurilor societății , lista conturilor bancare , lista creditorilor societății, declarație pe proprie răspundere din care rezulta ca societatea nu a mai fost supusa procedurii prevăzută de legea 85/2006 într-un interval de 5 ani anterior formulării cererii introductive.

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

Cererea a fost legal timbrata cu taxa de timbru în suma de 200 lei. Analizând actele și lucrările dosarului instanța constata următoarele: Potrivit dispozițiilor art.66 din Legea 85/2014 debitorul aflat în stare de insolvență este obligat să adreseze tribunalului o cerere pentru a fi supus dispozițiilor prezentei legi în termen de maximum 30 de zile de la apariția stării de insolvență.

Din actele depuse la dosarul cauzei de către debitoare, respectiv copii de pe registrele contabile și documentele contabile și extracontabile, din care rezulta ca societatea înregistrează datorii care trebuie plătite într-o perioadă de până la un an de 180.203.940 lei, valoarea datoriilor care trebuie plătite într-o perioadă mai mare de un an fiind de 27.057.717 lei ,cu lichidități de 25.469.233 lei , judecătorul sindic apreciază ca debitoarea este în stare de insolvență datorită insuficienței fondurilor bănești disponibile pentru plata datoriilor exigibile.

Pentru considerentele expuse, raportat la dispozițiile art.71 și 66 din Legea 85/2014 instanța va dispune deschiderea procedurii generale de insolvență împotriva societății debitoare ... în temeiul art. 53 din lege administratorul judiciar va convoca Adunarea generală a asociaților în termen de maxim 10 de zile de la deschiderea procedurii pentru desemnarea administratorului special.

Având în vedere cererile creditorilor ... de deschidere a procedurii , va califica aceste cereri drept declarații de creanță .

În baza art 45 din legea 85/2014 , constatând că atât debitorul cât și creditorii au solicitat desemnarea câte unui administrator judiciar , vor avea prevalență cererile creditorilor , astfel că instanța va desemna în calitate de administrator judiciar a societății debitoare , societatea profesională ..., propusă de creditorul ... - motivat de experiența generală a practicienilor în insolvență din cadrul societății, competența profesională și logistica - cu atribuțiile prevăzute de art. 58 din Legea nr. 85/2014 și cu o remunerație provizorie de 2500 lei.

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

In baza art 87 din legea 85/2014, având în vedere ca societatea debitoare și-a declarat intenția de reorganizare, instanța urmează să nu dispună ridicarea dreptului de administrare al societății debitoare odată cu deschiderea procedurii.

În baza art. 100 din lege va stabili termenele-limită de depunere a declarațiilor de creanță, termenul de verificare a creanțelor, de întocmire,

afișare și comunicare a tabelului preliminar al creanțelor și de definitivare a tabelului și va fixa termen pentru convocarea primei ședințe a adunării creditorilor la data de 03.11.2015.

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

PENTRU ACESTE MOTIVE ÎN NUMELE LEGII DISPUNE

(...)

În temeiul art. 71 alin. 1 din Legea nr. 85/2014 privind procedurile de prevenire a insolvenței și de insolvență, deschide procedura generală împotriva debitorului ... cu sediul ...

În baza art. 66 alin. 6 teza a 2-a din Legea 85/2014 califică cererile creditorilor ... de deschidere a procedurii insolvenței, drept declarații de creanță.

Fixează următoarele termene limită: a) termenul limită de depunere, de către creditori, a opozițiilor la încheierea de deschidere a procedurii - 15 zile de la notificare, precum și termenul de soluționare a opozițiilor, care nu va depăși 10 zile de la data expirării termenului de depunere a acestora; b) termenul limită pentru înregistrarea cererii de admitere a creanțelor asupra averii debitorului - 09.10.2015; c) termenul de verificare a creanțelor, de întocmire și publicare în Buletinul Procedurilor de Insolvență a tabelului preliminar de creanțe - 29.10.2015; d) termenul de definitivare a tabelului creanțelor - 23.11.2015; e) data primei ședințe a adunării generale a creditorilor - 03.11.2015.

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

În temeiul art. 71 alin. 2 din Legea nr. 85/2014, dispune ca administratorul judiciar să trimită o notificare, în condițiile art. 99 alin. 3 din lege, privind deschiderea procedurii generale împotriva debitorului, tuturor creditorilor menționați în lista depusă de debitor în conformitate cu art. 67 alin. 1 lit. c), debitorului și oficiului registrului comerțului sau, după caz, registrului societăților agricole ori registrului asociațiilor și fundațiilor , În care debitorul este înmatriculat, pentru efectuarea mențiunii, instanțelor judecătorești în a căror jurisdicție se află sediul declarat la registrul comerțului, și tuturor băncilor unde debitorul are deschise conturi, în vederea aplicării prevederilor art. 75 din Legea nr. 85/2014.

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

În temeiul art. 39 din Legea nr. 85/2014 privind procedurile de prevenire a insolvenței și de insolvență, dispune deschiderea de către debitor a unui cont la o unitate bancară din care vor fi suportate cheltuielile aferente procedurii, în termen de 2 zile de la notificarea

deschiderii procedurii; în caz de neîndeplinire a atribuției, contul va fi deschis de către administratorul judiciar. Eventualele disponibilități bănești vor fi păstrate într-un cont special de depozit bancar.

Pune în vedere administratorului judiciar prevederile art. 252 din Legea nr. 31/1990, republicată și dispune îndeplinirea formalităților privind menționarea la registrul comerțului a reprezentanților permanenți ai săi.

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

Fixează termen pentru analiza stadiului continuării procedurii la 30.10.2015”

Analizând documentele prezentate, Consiliul reține că, în executarea deciziei susmenționate, administratorul judiciar ... a convocat adunarea generală a asociaților ..., care a desemnat ca administrator special pe domnul ..., persoană ce urmează să îndeplinească atribuțiile prevăzute la art. 56 din Legea nr. 85/2006. Aceste aspecte se regăsesc consemnate în Hotărârea Adunării Generale a Asociaților ..., înregistrată la ... sub nr. 7871/26.08.2015.

În cadrul hotărârii antemenționate, aflată în copie la dosarul cauzei, au fost stabilite următoarele atribuții care urmează a fi desfășurate de administratorul special, respectiv:

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

b) formulează contestații în cadrul procedurii reglementate de lege

c) propune un plan de reorganizare;

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

e) după intrarea în faliment, participă la inventar, semnând actul, primește raportul final și bilanțul de închidere și participă la ședința convocată pentru soluționarea obiecțiunilor și aprobarea raportului;

f) primește notificarea închiderii procedurii”.

În cazul de față, nu numai că ... nu se găsește în stare de faliment, ci „In baza art 87 din legea 85/2014, avand in vedere ca societatea debitoare si-a declarat intentia de reorganizare, instanta urmeaza sa nu dispună ridicarea dreptului de administrare al societatii debitoare odata cu deschiderea procedurii” astfel cum este menționat în cadrul Încheierii din data de 24.08.2016, pronunțată de către Tribunalul București – Secția a VII-a Civilă.

În acord cu dispozițiile Legii nr. 85/2014 sunt menționate ..., conform cărora „Astfel, la data prezentei, ... **se afla în perioada de observație**, motiv pentru care activitatea sa se desfășoară în mod normal, fara nici o restricție economica sau juridica, sub conducerea Administratorului Special si sub supravegherea Administratorului Judiciar.

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

Potrivit dispozițiilor art. 5 din Secțiunea 2 „Definiții”, pct. 42 din Legea nr. 85/2014, perioada de observație este perioada cuprinsă între data deschiderii procedurii insolvenței și data confirmării planului de reorganizare sau, după caz, a intrării în faliment.

Deficiența constată de Consiliu, în privința documentelor prezentate de ..., este legată de faptul că autoritatea contractantă nu a întreprins nicio acțiune vizavi de înscrisurile depuse.

Se impune ca autoritatea să manifeste un minim și rezonabil rol activ în analizarea înscrisurilor depuse de ..., cu privire la starea de insolvență și să evalueze stadiul în care se află această societate, prin prisma dispozițiilor legale incidente, respectiv Legea nr. 85/2014.

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

Este de subliniat aici că autoritatea, prin exercitarea dreptului de a solicita aceste clarificări, nu aduce atingere principiului tratamentului egal în procedura achizițiilor publice [art. 2 alin. (2) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006], respectiv nu o avantajează în vreun fel pe asocierea ... – ...

Consiliul reține că, autoritatea contractantă în loc să analizeze înscrisurile depuse de ... vizavi de starea de insolvență alege să anuleze procedura, argumentele aduse de aceasta, în adresa de anulare a procedurii, nejustificând luarea acestei măsuri.

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

În ceea ce privește temerile autorității contractante vizavi de faptul că *„dacă operatorul economic nu își rezolvă situația financiară și intră în faliment, atunci proiectul nu va fi finalizat (...)”* sunt nejustificate, în condițiile în care, dată fiind situația juridică a societății ..., respectiv insolvența, desfășurarea activităților curente, efectuarea plăților către creditorii cunoscuți, trebuie să urmeze procedura prevăzută de Legea nr. 85/2014, situație care permite supravegherea acestora de către administratorul judiciar, care trebuie să îi apere interesele. Astfel, autoritatea contractantă nu este în măsură, iar Consiliul nu poate fi

chemat să verifice modul de aplicare de către ... a Legii nr. 85/2006, întrucât, potrivit actului normativ antementionat, administratorul judiciar are la dispoziție o multitudine de mijloace juridice prin care să verifice punerea în aplicare a legii.

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

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

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

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

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

Sunt demne de reținut în soluționare și susținerile societății contestatoare, potrivit cărora autoritatea contractantă în mod netemenic și-a întemeiat decizia de anulare doar pe dispozițiile regulamentelor, fără a lua în considerare dispozițiile Directivei și pe cele ale Ordonanței.

De asemenea sunt judicioase în soluționare și susținerile ..., potrivit cărora autoritatea contractantă trebuia să se raporteze în primul rând la Directivă și Ordonanță, și numai după acest moment să analizeze interdicțiile prin prisma Regulamentelor, astfel: *„România, în calitate de stat membru al UE, are atât obligații cât și drepturi conferite de TUE și TFUE, motiv pentru care în legislația internă a aplicat măsurile dispuse prin Directivă doar în sensul de a elimina din procedura de achiziție publică doar persoanele juridice care se află în stare de faliment printr-o hotărâre definitivă pronunțată de judecătorul-sindic; în acest sens, contestatorul invocă dispozițiile art. 181 din Ordonanță.*

Din toate argumentele menționate anterior se poate observa faptul că UE a lăsat la îndemâna statelor, în baza dreptului lor suveran, stabilirea în dreptul intern a criteriilor de excludere din procedurile de

achiziție publică în ceea ce privește situația personală a ofertanților/candidaților”

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

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

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

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

Această manieră în care a procedat autoritatea contractantă apare ca nelegală în raport de dispozițiile art. 209 din O.U.G. nr. 34/2006 dar și de natură să încalce drepturile recunoscute de același act normativ în beneficiul ofertantului participant. Nefiind localizată o culpă în sarcina sa, ofertantul nu poate fi prejudiciat printr-o hotărâre arbitrară a autorității contractante.

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

Această viziune este împărtășită și de instanțele de judecată, după cum arată și Curtea de Apel Cluj, Secția comercială, de contencios administrativ și fiscal în decizia nr. 2532/06.11.2008, *autoritatea contractantă nu își poate invoca propria culpă, izvorâtă din documentația de atribuire, pentru a fi apoi opusă cu succes participanților la licitație după o perioadă lungă de timp înăuntrul căreia s-au consumat în bună măsură etape importante ale procedurii*.

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

Consiliul reține faptul că în speță, autoritatea contractantă nu a făcut dovada existenței unor *„abateri grave de la prevederile legislative”* care *„afectează procedura de atribuire sau este imposibilă încheierea contractului”*.

În concluzie, Consiliul reține că activitatea comisiei de evaluare a înregistrat abateri de la cadrul legal care reglementează achizițiile publice, motiv pentru care va admite critica formulată de ..., referitoare la nelegalitatea deciziei autorității contractante de anulare a procedurii de atribuire, aceasta fiind întemeiată.

Cât privește capătul de cerere privind obligarea autorității contractante la încheierea contractului de lucrări, Consiliul constată că cererea este prematur formulată, autoritatea contractantă fiind obligată prin decizia în cauză să analizeze înscrisurile depuse de ..., referitoare la starea de insolvență.

Pentru considerentele anterior expuse, în temeiul dispozițiilor art. 278 alin. (2) din O.U.G. nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul va admite în parte contestația formulată de ..., în contradictoriu cu ...

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

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

În baza art. 278 alin. (5) din ordonanța de urgență respinge ca prematur formulat capătul de cerere privind obligarea autorității la încheierea contractului.

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

PREȘEDINTE COMPLET

...

MEMBRU COMPLET

...

MEMBRU COMPLET

...