CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR

C.N.S.C.

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

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

DECIZIE
Nr. ...
Data: ...

Prin contestaţia nr. 161/16.02.2018, înregistrată la C.N.S.C. sub nr. 7052/21.02.2018, formulată de ..., cu sediul în ..., înregistrată la Oficiul Registrului Comerţului sub nr. ..., având CIF ..., atribut fiscal RO, societate în insolvență, reprezentată legal prin administrator judiciar ..., cu sediul în ... și prin ..., iar convențional prin ..., împotriva adresei nr. 620/31.01.2018, privind excluderea sa din cadrul procedurii de atribuire și a adresei nr. 458/12.02.2018 (SAL 87_18/12.02.2018) de răspuns la Notificarea prealabilă, emise de către ..., în calitate de entitate contractantă, în cadrul procedurii simplificată, într-o singură etapă, online, organizată în vederea atribuirii contractului de achiziție publică de lucrări având ca obiect *„Modernizare –INT consumatori din ...”*, cod CPV 45315500-3 - Instalații de tensiune medie (Rev. 2), s-a solicitat anularea adresei nr. 620 din 31.01.2018, prin care entitatea contractantă a dispus excluderea ofertei contestatorului din cadrul procedurii de atribuire, anularea oricăror acte subsecvente emise de entitatea contractantă, anularea răspunsului nr. 458/12.02.2018 [SAL 87_18/12.02.018] la procedura prealabilă, formulată de ..., precum și obligarea entității contractante la semnarea Contractului de achiziție publică în cauză, urmare a comunicării rezultatului procedurii prin adresa nr. 959/25.01.2018.

CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR,
asupra cauzei de faţă, constată următoarele:

Consiliul a fost legal sesizat şi este competent, potrivit dispoziţiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluţioneze

contestaţia de faţă, prin care ... critică adresa nr. 620 din 31.01.2018, prin care entitatea contractantă a dispus excluderea ofertei sale, emisă de către ..., în cadrul procedurii de atribuire în cauză, solicitând cele evocate în preambulul prezentei decizii.

Contestatorul învederează că, prin adresa nr. 620 din 31.01.2018, entitatea contractantă a dispus excluderea ofertei ... din cadrul procedurii de atribuire, pe motiv că Declarația din 08.01.2018 privind neîncadrarea în situațiile prevăzute de art. 178 și art. 180 din Legea nr. 99/2016 este în contradicție reală cu situația societății, prin prisma faptului că, din data de 20.12.2017, aceasta se află în procedura generală a insolvenței reglementată de Legea nr. 85/2014.

Mai precizează că, față de motivele reținute de entitatea contractantă în adresa susmenționată, a formulat Notificarea prealabilă nr. 110/05.02.2018, comunicată entității contractante printr-o scrisoare recomandată, cu conținut declarat, la data de 05.02.2018 și recepționată de aceasta la data de 08.02.2018, la care entitatea contractantă a răspuns prin adresa nr. 458/12.02.2018 *[SAL 87_18/12.02.018],* arătând că nu înțelege să dispună nicio măsură de remediere.

Având în vedere cele expuse, raportat la prevederile legale incidente, petenta solicită Consiliului să constate netemeinicia și nelegalitatea excluderii ofertei sale din cadrul procedurii de atribuire a contractului de achiziție publică, având în vedere următoarele considerente:

1. Entitatea contractantă a încălcat prevederile art. 149 alin. (1) din H.G. nr. 394/2016 și, respectiv, art. 219 alin. (2) din legea nr. 99/2016.

... menționează că, la data de 25.01.2018, prin adresa nr. 959/25.01.2018, s-a emis comunicarea privind rezultatul procedurii de atribuire potrivit căruia oferta sa a fost declarată câștigătoare și reprezentanții societății au fost invitați în vederea semnării contractului de lucrări, în valoare de 2.124.083,75 lei (fără TVA) și cu o durată de 5 luni (conform ofertei depusă de ...).

Contestatorul învederează că, având în vedere faptul că la data de 25.01.2016 s-a finalizat procedura de selecție a ofertelor, comunicându-se rezultatul procedurii, la respectiva dată au devenit incidente dispozițiile art. 149 alin. (1) din H.G. nr. 394/2016, iar după anunțarea rezultatului procedurii, cazurile în care entitatea contractantă nu încheie contractul de achiziție sectorială obiect al procedurii sunt cele limitativ reglementate de dispozițiile art. 219 alin. (2) din legea nr. 99/2016 coroborate cu cele ale art. 149 alin. (2) din H.G. nr. 394/2016.

Astfel, conchide ..., cazurile în care, după anunțarea rezultatului procedurii, dau dreptul entității contractante să nu încheie contractul de achiziție sectorial cu ofertantul câștigător și să procedeze, fie la declararea ofertei de pe locul 2 (dacă există și este

admisibilă) câștigătoare sau la anularea procedurii în condițiile art. 255 din Legea nr. 99/2016, sunt cele în care ofertantul declarat câștigător se află într-o situație de forță majoră sau imposibilitate fortuită de executare a contractului.

... precizează că nu se găsește în niciuna dintre situațiile expuse (forță majoră sau caz fortuit), care să determine imposibilitatea ducerii la îndeplinire a contractului de achiziție sectorial, ci, mai mult, deși în procedura insolvenței, reglementată de prevederile Legii nr. 85/2014, societatea se află în perioadă de observație, aceasta a manifestat intenția de depunere a unui plan de reorganizare și, conform raportului administratorului judiciar, publicat în BPI nr. 1199/18.01.2018, activitatea sa continuă în această perioadă, în mod normal, existând perspective de reorganizare.

Având în vedere cele expuse și reiterând faptul că nu se regăsește în niciuna dintre situațiile care să justifice imposibilitatea semnării contractului de achiziție publică sectorială prevăzute de art. 219 din Lege coroborate cu cele ale art. 149 din H.G. nr. 394/2016, contestatorul apreciază că decizia de excludere a ... din cadrul procedurii, ulterior anunțării ofertei declarată câștigătoare, este una nelegală.

De asemenea, contestatorul apreciază că măsura excluderii nu s-ar fi justificat pe fond, nici în situația în care entitatea contractantă ar fi putut lua această măsură din punct de vedere procedural (prin raportare la etapele procedurii de achiziție).

În privința stării de insolvență a societății, contestatorul precizează că entitatea contractantă a formulat o solicitare de clarificări către administratorul judiciar al ... privind posibilitatea ca societatea să poată duce la îndeplinire contractul și a primit răspuns în data de 30.01.2018, prin care acesta confirmă faptul că, în procedura de insolvență, se mențin toate contractele societății și se confirmă valabilitatea poliței de asigurare de tip „toate riscurile” pentru lucrarea în discuție.

Solicitarea de clarificări nr. 43/22.01.2018 (389/22.01.2018) are două mari consecințe juridice:

A. Relevă faptul că la data declarării ofertei sale drept câștigătoare – 25.01.2018 – entitatea contractantă avea cunoștință de starea sa de insolvență, deci declararea ofertei drept câștigătoare s-a făcut cu cunoașterea deplină a erorii intervenită în declarațiile contestatorului și cu acceptarea acesteia;

B. Prin solicitarea de clarificări s-a făcut aplicarea prevederilor art. 221 din Lege și s-a deschis calea aplicării prevederilor art. 184 din Lege.

Contestatorul subliniază că situația creată ca urmare a depunerii declarației privind neîncadrarea în situațiile prevăzute de art. 178-180 din Legea nr. 99/2016, din data de 10.01.2018, se datorează doar unei erori și, pe lângă faptul că, în ciuda acestei

declarații, având cunoștință de deschiderea procedurii insolvenței în cazul ..., oferta sa a fost declarată câștigătoare, în cauză au fost incidente, între data de 22.01.2018 (data solicitării de clarificări către Administratorul Judiciar) și data de 25.01.2018 (data anunțării rezultatului procedurii) dispozițiile art. 221 din Legea nr. 99/2016, situația creată de declarația ... fiind aceea a prezentării unei informații eronate (cauzată de utilizarea declarațiilor standard pe care le utiliza în procedurile de atribuire, neactualizate urmare a declanțării procedurii insolvenței), informații în privința cărora entitatea contractantă putea solicita clarificări, ceea ce s-a și întâmplat în fapt, privind răspunsul Administratorului Judiciar nr. 60/30.01.2018.

Mai menționează că, la acest răspuns se adaugă cele stabilite de administratorul judiciar în raportul său, publicat în Buletinul procedurilor de Insolvență nr. 1199/18.01.2018, potrivit cărora:

- *„Societatea își desfășoară activitatea în continuare, plătește, cu regularitate, către bugetul de stat, atât impozite, TVA cât și obligații decurgând din salarii, întrucât societatea are un număr de 129 salariați care generează impozite și taxe și de asemenea, își plătește creditorii curenți";*

- *„În perioada de timp scursă de la deschiderea procedurii și până la data întocmirii prezentului raport, debitoarea și-a continuat activitatea comercială specifică potrivit regulii „business as usual", sub supravegherea administratorului judiciar ...";*

- *„Din analiza efectuată de către administratorul judiciar până la această dată, pe baza documentelor depuse de debitoare potrivit art. 67, nu a rezultat incidența niciuneia din prevederile legale care să justifice deschiderea falimentului față de debitoare".*

Contestatorul susține că situația creată urmare a depunerii declarației privind neîncadrarea în situațiile prevăzute de art. 178-180 din Legea nr. 99/2016 din data de 10.01.2018 se datorează unei erori materiale, eroare acoperită, în opinia sa, prin actele și clarificările emise de Administratorul judiciar, măsura excluderii sale nu se justifică nici dacă ar fi fost cazul a se discuta de temeinicia acesteia pe fondul său.

Mai menționează că, deși administratorul unei societăți cunoaște starea reală a societății, cunoașterea invocată de entitatea contractantă nu este incompatibilă cu eroarea invocată de ..., despre care a arătat, din start, că nu provine din necunoaștere, ci din omisiunea de a corecta declarațiile standard folosite în procedurile de atribuire.

În ceea ce privește identitatea de persoană (dl. Marius Vasilachi) dintre Administratorul statutar și cel special, invocată de entitatea contractantă, autoarea contestației apreciază că aceasta vine tocmai în sprijinul celor arătate mai sus, omisiunea de actualizare a declarațiilor fiind legată de continuarea naturală a activităților firmei și după deschiderea procedurii insolvenței.

În contextul celor expuse, contestatoarea apreciază că, în speță, sunt incidente dispozițiile art. 184 din legea nr. 99/2016 care prevăd dreptul operatorului economic de a dovedi că nu sunt incidente cazurile de excludere reglementate de prevederile art. 177, art. 178 și/sau 180 din Lege.

Subliniind faptul că administratorul judiciar a confirmat, prin răspunsul comunicat, că ... poate duce la îndeplinire obiectul contractului, iar societatea și-a manifestat intenția reorganizării, activitatea sa desfășurându-se în condiţii normale, sub supravegherea administratorului judiciar, petenta apreciază că nu se regăsește în situația ca, în mod temeinic şi legal, să se poată dispune excluderea sa din cadrul procedurii.

În sprijinul susținerilor sale, ... invocă interpretarea dată de către Curtea de Justiţie a Uniunii Europene (CJUE) principiului proporţionalităţii din dreptul comunitar, respectiv *„impunerea ca actele instituţiilor să nu depăşească limitele a ceea ce este adecvat şi necesar, în scopul realizării obiectivelor urmărite, înţelegându-se că, în măsura în care este posibilă o alegere între mai multe măsuri adecvate, trebuie să se recurgă la cea mai puţin constrângătoare, iar inconvenienţele cauzate nu trebuie să fie disproporţionate în raport cu scopurile urmărite”* (Hotărârea Curţii din 5 mai 1998, National Farmers' Union şi alţii, C 157/96, Rec., p. I 2211, pct. 60, citat în pct. 57 din Hotărârea Tribunalului din 10 decembrie 2009, Cauza T-195/08, Antwerspe Bouwwerken NV) și solicită Consiliului să constate că, în contextul creat, eroarea administratorului statutar de a declara starea de insolvenţă a fost remediată de către administratorul judiciar, prin adresa către entitatea contractantă, măsura excluderii fiind disproporţionată în considerarea faptului că Legea nr. 99/2016 si legislaţia comunicată recunosc acum pe deplin dreptul societăţilor în insolvenţă de a participa la proceduri de atribuire.

Faţă de cele antemenționate, contestatorul solicită Consiliului să constate că susținerile sale sunt temeinice şi legale şi, pe cale de consecinţă, să admită contestaţia formulată.

În drept, au fost invocate dispozițiile art. 8 și următoarele din Legea nr. 101/2016.

În probațiune, au fost depuse, în copie, înscrisuri.

Prin punctul de vedere nr. 1118/23.02.2018, înregistrat la C.N.S.C. sub nr. 7514/23.02.2018, ... solicită respingerea contestației formulată de ... privind excluderea sa din procedura de atribuire a contractului sectorial, ca nefondată și menținerea actului de excludere a contestatorului, ca legal și temeinic.

Entitatea contractantă precizează că, în conformitate cu dispozițiile art. 205 alin. (2) din Legea nr. 99/2016, a solicitat operatorului economic ... să depună, sub sancțiunea excluderii din procedura de atribuire și a sancțiunii aplicabile pentru fals în declarații, declarația privind neîncadrarea în situațiile prevăzute de

art. 178 și art. 180 din Legea nr. 99/2016, la pct. b) din conținutul declarației postată în SEAP în data de 08.01.2018 regăsindu-se distinct situația că operatorul economic nu se află în procedura insolvenței.

Menționează că, în data de 08.01.2018, numitul ..., în calitate de administrator al ..., a semnat Certificatul de participare la licitație, prin care certificat faptul că toate informațiile conținute în dosarul achiziției sunt adevărate și complete din toate punctele de vedere, sub rezerva sancțiunilor prevăzute de legislația în vigoare.

Entitatea contractantă precizează că, în etapa de atribuire a contractului a constatat faptul că s-a deschis procedura generală de insolvență față de ... prin Încheierea nr. ..., pronunțată în dosarul nr. ... de către Tribunalul ..., publicată în ..., împrejurare care a condus la solicitarea de clarificări către administratorul judiciar, prin adresa nr. 389/22.01.2017, precum și reverificarea tuturor actelor din dosarul achiziției, respectiv înscrisurile și declarațiile depuse de operatorul economic ...

Astfel, s-a constatat declararea necorespunzătoare a adevărului privind situația juridică a ..., în cuprinsul Certificatului de participare la licitație, precum și în cuprinsul Declarației pe proprie răspundere, formulată de administratorul societății, dl. ..., care avea cunoștință despre starea de fapt și de drept a societății încă din data de 20.12.2017, devenind astfel incidente dispozițiile art. 326 Cod penal și art. 180 alin. (1) lit. h).

Entitatea contractantă invocă dispozițiile art. 83 din Legea nr. 85/2014 și precizează că niciun document emis de operatorul economic ..., care i-a fost comunicat, ori postat în SEAP după data deschiderii procedurii insolvenţei, nu respectă cerinţele stabilite de art. 83 din Legea nr. 85/2014.

... învederează faptul că Declaraţia operatorului economic ..., postată în SEAP în data de 08.01.2018, privind neîncadrarea în situaţiile prevăzute la art. 178 și art. 180 din Legea nr. 99/2016, a fost făcută sub sancţiunea excluderii din procedura de atribuire.

Totodată, entitatea coontractantă reia susținerea potrivit căreia declarantul ..., în calitate de asociat unic şi administrator al operatorului economic ..., cunoştea situaţia de fapt şi de drept a societăţii, întrucât la cererea acestuia (la cererea debitorului) deschiderea procedurii generale de insolvenţă a fost dispusă prin Încheierea nr. ..., pronunţată în dosarul nr. ... de Tribunalul ..., publicată în ..., iar prin anunţul publicat în ..., urmare întrunirii Adunării Generare a Asociaţilor ..., a fost desemnat administrator special însăşi declarantul.

Faţă de aceste împrejurări, enitatea contractantă apreciază că susţinerile din cuprinsul contestaţiei referitoare la „prezentarea unei informaţii eronate” în cadrul Declaraţiei pe proprie răspundere, publicată în SEAP, în data de 08.01.2018, nu pot fi calificate drept erori materiale.

Entitatea contractantă precizează că, pentru considerentele expuse şi pentru a da eficienţă principiilor prevăzute de Legea 99/2016, prin adresa nr. 620/31.01.2018, a exclus din procedura de atribuire operatorul economic ...

În opinia sa, prin declararea necorespunzătoare a adevărului, dl. ... a produs consecinţe juridice de natură a vătăma interesele economice ale ... şi ale celorlalţi participanţi la licitaţie, oferta sa a fost declarată câștigătoare, fără a se efectua verificările ce se impun în conformitate cu dispoziţiile art. 180 alin. (1) lit. b) şi art. 180 alin. (2) din Legea nr. 99/2016, în situaţia participării la licitaţie a unui operator economic aflat în procedura insolvenţei.

Referitor la celelalte motive din cuprinsul contestației privind deținerea capacității tehnice şi economice de realizare a obiectului contractului de către ..., în cadrul procedurii de insolvenţă, entitatea contractantă precizează că nu aceste aspecte au constituit motivul excluderii din procedura de atribuite, prin urmare nu pot face obiectul vreunei contestaţii din partea operatorului economic.

Entitatea contractantă subliniază faptul că, în considerarea principiilor stabilite de Legea nr. 99/2016, a adoptat o conduită prin care a asigurat tuturor participanţilor la procedura de atribuire un tratament, nediscriminatoriu, egal, recunoaştere reciprocă, transparenţa, proporţionalitate, precum şi asumarea răspunderii.

Faţă de cele expuse, ... solicită Consiliului să constate ca fiind temeinică şi legală decizia privind excluderea din procedură a operatorului economic ..., pentru motivul prevăzut de art. 180 alin. (1) lit. h) din Legea nr. 99/2016 şi, pe cale de consecinţă, să respingă contestația acestuia, ca nefondată.

Prin adresa nr. 213/28.02.2018, înregistrată la C.N.S.C. cu nr. 9188/07.03.2018, ... a formulat „Note de ședință” în răspuns la punctul de vedere nr. 1118/23.02.2018 al entității contractante ...

Ca o chestiune prealabilă, contestatorul a depus dovada comunicării contestaţiei către entitatea contractantă, respectiv adresa nr. 163/13.02.2018, nota de inventar VA79998874985 din 16.02.2018 și confirmarea de primire VA79998874985.

În ceea ce priveşte punctul de vedere formulat, ... subliniază următoarele:

1. Aşa cum rezultă din prevederile art. 83 din Legea nr. 85/2014, citat de către entitatea contractantă, actele şi corespondenţa emise de către debitor vor trebui să poarte în mod obligatoriu menţiunea „în insolvenţă”/"in insolvency"/"en procédure collective" după rămânerea definitivă a hotărârii de deschidere a procedurii.

Rămânerea definitivă a hotărârii intervine în conformitate cu prevederile art. 634 Cod de Procedură Civilă aplicabil în materia insolvenţei, în temeiul prevederilor art. 342 din Legea nr. 85/2014.

Conform prevederilor art. 634 alineat 2 din Codul de Procedură Civilă, hotărârea de deschidere a procedurii a devenit definitivă la

data expirării termenului de exercitare a apelului, în condiţiile inexistenţei vreunui apel care să atragă incidenţa tezei a II-a, respectiv, data pronunţării deciziei din calea de atac.

Termenul de apel în materia procedurii insolvenţei este reglementat prin prevederile art. 43 alin. 2 din Legea nr. 85/2014, este de 7 zile şi curge de la comunicarea hotărârii realizată prin publicare în BPI. Aşa cum a arătat chiar entitatea contractantă, încheierea de deschidere a procedurii a fost publicată în .... Drept urmare, termenul de apel de 7 zile a început să curgă la data de 04.01.2018 şi s-a împlinit la data de 12.01.2018, în conformitate cu dispoziţiile art. 181 pct. 2 Cod de Procedură Civilă (de asemenea aplicabil în temeiul art. 342 din Legea nr. 85/2014, care nu conţine dispoziţii derogatorii nici cu privire la modul de calcul al termenelor).

Drept urmare, încheierea de deschidere a procedurii a rămas/ devenit definitivă la data de 12.01.2018 și numai începând cu această dată contestatorul avea obligaţia de a insera în toată corespondenţa sa, menţiunea „în insolvenţă”, "in insolvency", "en procedure collective".

Contestatorul învederează că, în aceste condiţii, problema aplicabilităţii art. 83 din Legea nr. 85/2014 se pune strict pentru eventualele acte emise de societate după data rămânerii definitivă a sentinţei, respectiv, de la data de 13.01.2018, până la data declarării câştigătoare a ofertei acesteia - 16.01.2018, pentru un număr de numai 4 zile. În aceste condiţii, afirmaţia entității contractante potrivit căreia *„niciun document emis de operatorul economic, ... S.R.L. şi comunicat entității contractante publicată în SEAP nu respectă cerinţele art. 83 din Legea nr. 85/2014”*, nu poate fi primită ca atare de către Consiliu pentru două considerente:

1. este generică, fără a indica ce acte a emis ofertantul care trebuiau să conţină, dar nu conţineau menţiunea „în insolvenţă”/”in insolvency”/”en procedure collective”;

2. nu se referă la niciun act al ... pentru că nu există acte emise de ofertant către entitatea contractantă în acest interval.

Contestatorul precizează că, în condiţiile în care invocă un fapt negativ, respectiv inexistenţa vreunui act, este sarcina entității contractante să dovedească faptul pozitiv şi contrar al existenţei de acte emise de către ... în intervalul 13.01-16.01.2018 ori 13.01.2018-31.01.2018, în care să nu existe menţiunea stării de insolvenţă.

... învederează că declaraţia despre care a făcut vorbire în conţinutul contestaţiei, cât şi entitatea contractantă, este înaintată entității contractante la data de 10.01.2018, dată limită fixată de aceasta, deci înainte de data de 13.01.2018 de la care societatea avea obligaţia de a face aplicabilitatea art. 83 din Legea nr. 85/2014.

Contestatorul subliniază că nemenţionarea stării de insolvenţă în declaraţii este o simplă eroare materială, alegaţiile de mai sus având scopul de a dovedi inaplicabilitatea art. 83 din Legea nr.

85/2014, ca şi potenţial text care să instituie vreo sancţiune în materie.

... solicită Consiliului să nu primească susţinerea entității contractante potrivit căreia aceasta nu a putut efectua verificările care se impun, în conformitate cu dispoziţiile art. 180 din Legea nr. 99/2016.

Contestatorul arată că, potrivit prevederilor art. 180 alin. (2) din Legea nr. 99/2016, *„Prin excepţie de la dispoziţiile alin. (1) lit. b), entitatea contractantă nu exclude din procedura de atribuire un operator economic împotriva căruia s-a deschis procedura generală de insolvenţă şi care se află în perioada de observaţie atunci când, pe baza informaţiilor şi/sau documentelor prezentate de operatorul economic sau în orice alt mod, stabileşte că operatorul economic în cauză are capacitatea de a executa contractul sectorial/acordul-cadru, ţinând cont de măsurile adoptate de respectivul operator privind continuarea activităţii. Aceasta presupune că respectivul operator economic se află fie în faza de observaţie şi a adoptat măsurile necesare pentru a întocmi un plan de reorganizare fezabil, ce permite continuarea, de o manieră sustenabilă, a activităţii curente, fie este în cadrul procesului de reorganizare judiciară şi respectă integral graficul de implementare a planului de reorganizare aprobat de instanţă”*.

... subliniază că entitatea contractantă a făcut aplicarea acestor prevederi legale, solicitând relaţii administratorului judiciar la data de 22.01.2018 și primind răspuns la solicitarea sa la data de 30.01.2018. De asemenea, entitatea contractantă a studiat din proprie iniţiativă Buletinul Procedurilor de Insolvenţă (BPI), unde a putut lectura raportul publicat în ... invocat prin contestaţie.

Concluzionând, contestatorul consideră că nu pot fi primite susţinerile entității contractante potrivit cărora aceasta a fost vătămată, ori că ceilalţi participanţi ar fi fost vătămaţi prin necomunicarea stării de insolvenţă în condiţiile în care entitatea contractantă a obţinut informaţiile necesare conform prevederilor art. 180 alin. (2) din Legea nr. 99/2016, din cele două surse mai sus arătate, respectiv, administratorul judiciar şi Buletinul Procedurilor de Insolvenţă pe care l-a consultat ea însăşi, aşa cum arată în acelaşi punct de vedere.

Prin adresa nr. 1395/07.03.2018, înregistrată la C.N.S.C. cu nr. 9431/08.03.2018, ... a transmis dosarul achiziției publice.

Din documentele depuse la dosarul cauzei şi din susţinerile părţilor, Consiliul constată următoarele:

..., în calitate de entitate contractantă, a inițiat procedura simplificată, într-o singură etapă, online, organizată în vederea atribuirii contractului de achiziție publică de lucrări având ca obiect *„Modernizare –INT consumatori din ...”*, cod CPV 45315500-3 -

Instalații de tensiune medie (Rev. 2), prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr. ....

Valoarea estimată a contractului de lucrări este de 3.040.376,09 RON fără TVA, iar criteriul de atribuire ales este *„prețul cel mai scăzut*”.

Preliminar, Consiliul reține că ... a transmis către entitatea contractantă Notificarea prealabilă nr. 110/05.02.2018, înregistrată la ... cu nr, 795/08.02.2018, în conformitate cu prevederile art. 6 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, modificată, la care aceasta a răspuns prin adresa nr. 458/12.02.2018, în cuprinsul căreia a precizat că nu va adopta măsuri de remediere.

Se reține că nemulțumită fiind de răspunsul formulat la notificarea prealabilă, ... a formulat contestația ce face obiectul prezentei cauze, ce vizează rezultatul procedurii de atribuire, fiind formulate critici cu privire la motivele care au stat la baza deciziei comisiei de evaluare, de respingere a ofertei prezentate de acest ofertant.

Sub acest aspect, Consiliul are în vedere că entitatea contractantă a transmis către ofertantul ... adresa nr. 620/31.01.2018, de comunicare a rezultatului procedurii, în cuprinsul căreia a precizat următoarele: *„Ca urmare a adresei transmisă de ... ... înregistrată ia sediul societatii sub nr. SAL 60/30.01.2018, în conformitate cu prevederile Legii nr. 99/2016, art, 180, alin. (1) iit. h) și cu documentele postate în SEAP și înregistrate în data de 10.01.2017, vă comunicăm următoarele:*

Declarația operatorului economic SC ... SRL ..., postată în SEAP în data de 08.01.2018, privind neîncadrarea în situațiile prevăzute la art. 178 și 180 din Legea nr. 99/2016 este în contradicţie cu informaţiile privind situația reală a societății, care, începând cu data de 20.12.2017, conform încheierii nr. ... pronunţată de către Tribunalul ... în dosarul nr. ..., publicată în ..., se află în procedură generală de insolvență.

În consecinţă, în temeiul dispoziţiilor art. 182, coroborat cu dispoziţiile art. 180, alin. (1), lit. h) din Legea nr. 99/2016, entitatea contractantă decide excluderea din procedura de atribuire a contractului sectorial mai sus indicat a operatorului economic SC ... SRL ...”.

Raportat la motivul de respingere a ofertei prezentate de ..., așa cum acesta a fost indicat în cuprinsul adresei de comunicare a rezultatului procedurii, Consiliul reține că la punctul III.2.1.a) „Situația personală a candidatului sau ofertantului” din fișa de date a achiziției, este prevăzut că *„Ofertanții au obligația prezentării la data limită de depunere a ofertelor a DUAE (Document unic de achizitie european), care constă într-o declarație pe propria raspundere actualizată, ca dovadă preliminară în locul certificatelor eliberate de către autoritățile publice sau de către terți care confirmă că operatorul economic în cauză îndeplinește următoarele condiții:*

• Declarație privind neîncadrarea în prevederile art. 177, 178, 180 din Legea nr. 99/2016.

Condiție de calificare: Ofertantul/ofertantul asociat/ subcontractantul/terțul susținător nu trebuie să se afle în niciuna din situațiile prevăzute la art. 177, 178, 180 din Legea nr. 99/2016.
Modalitate de îndeplinire: Se va completa și prezenta DUAE de către operatorii economici participanți la procedura de atribuire cu informațiile aferente situației lor. Documentele justificative care probează îndeplinirea celor asumate prin completarea DUAE urmează a fi prezentate, la solicitarea entității contractante, de către ofertantul clasat pe primul loc în clasamentul intermediar intocmit la finalizarea evaluării ofertelor".

Se reține că în vederea îndeplinirii respectivei cerințe de calificare, ... a prezentat DUAE, în cuprinsul căruia, la întrebarea „Operatorul economic este în situația de insolvență sau de lichidare?" a precizat „NU".

De asemenea se reține că ofertantul în cauză a prezentat documentul înregistrat cu nr. 511/06.11.2017, intitulat „cerere de participare", în cuprinsul căruia a precizat că „*ne angajăm răspunderea exclusivă, sub sancțiunea faptelor penale de fals și uz de fals, pentru legalitatea și autenticitatea tuturor documentelor prezentate în original și/sau copie, în vederea participării la procedură, precum și pentru realitatea informațiilor, datelor și angajamentelor furnizate/făcute în cadrul procedurii*".

Consiliul constată că, deși oferta prezentată de ... a fost declarată ca fiind câștigătoare a procedurii de atribuire în cauză, acest aspect fiindu-i comunicat prin adresa nr. 959/25.01.2018, autoritatea contractantă a constatat că față de acest operator economic a fost declanșată procedura generală de insolvență, prevăzută de Legea nr. 85/2014, fapt reieșit din cuprinsul Buletinului Procedurilor de Insolvență nr. 1199/18.01.2018, unde este prevăzut că prin sentința civilă nr. ... din 20.12.2017, pronunțată în dosarul nr. ..., S.C. ... ... a fost numit administrator judiciar al debitoarei ...

În acest context, Consiliul constată că autoritatea contractantă a apreciat că sunt incidente prevederile art. 180 alin. (1) lit. h) din Legea nr. 99/2016 potrivit cărora „*Entitatea contractantă exclude din procedura de atribuire a contractului sectorial/acordului-cadru orice operator economic care se află în oricare dintre următoarele situaţii:*

(...)

h) operatorul economic s-a făcut vinovat de declaraţii false în conţinutul informaţiilor transmise la solicitarea entităţii contractante în scopul verificării absenţei motivelor de excludere sau al îndeplinirii criteriilor de calificare şi selecţie, nu a prezentat aceste informaţii sau nu este în măsură să prezinte documentele justificative solicitate".

Procedând la analizarea motivului care a stat la baza deciziei de respingere a ofertei prezentate de ..., prin raportare la prevederile legale aplicabile în materia achizițiilor publice, la prevederile documentației de atribuire și la susținerile părților, Consiliul constată că, în mod întemeiat, comisia de evaluare a procedat la respingerea ofertei depuse de acest ofertant, având în vedere considerentele prezentate în cele ce urmează:

Analizând documentele ce se regăsesc în cadrul dosarului cauzei, Consiliul are în vedere că ofertantul ... a formulat o cerere de deschidere a procedurii de insolvență, și, în conformitate cu cele precizate pe site-ul portal.just.ro, prin sentința civilă nr. ... din 20.12.2017, pronunțată de Tribunalul ... în dosarul nr. ..., s-a dispus: *„Admite cererea formulată de SC ... SRL privind deschiderea procedurii de insolvenţă şi în consecinţă: În temeiul disp. art.71 alin. 1 din Legea nr.85/2014 dispune deschiderea procedurii generale de insolvență împotriva debitoarei SC ... SRL. În temeiul disp. art. 45 alin. 1 lit.d din Legea nr.85/2014 desemnează administrator judiciar provizoriu pe ....”*.

Astfel, Consiliul constată că, deși la data solicitării de către comisia de evaluare, prin adresa nr. 8/09.01.2018, a prezentării de către ofertantul în cauză a documentelor doveditoare privind îndeplinirea cerințelor de calificare, ... se afla în procedură de insolvență, procedură deschisă din data de 20.12.2017, acesta a prezentat în cadrul răspunsului formulat, declarația privind neîncadrarea în situațiile prevăzute la art. 178 și 180 din Legea nr. 99/2016, în cuprinsul căreia a precizat că *„(...) declar pe propria răspundere și sub sancțiunea excluderii din procedură și a sancțiunii aplicabile pentru fals în declarații că:*

(...)

b) nu mă aflu în procedura insolvenței sau în lichidare, în supraveghere judiciară sau în încetarea activității”.

Prin urmare, Consiliul constată că prin declarația anterior menționată, ... a furnizat informații eronate cu privire la situația sa juridică, acestea fiind contrare situației reale, stabilite prin sentința civilă ... din 20.12.2017, pronunțată de Tribunalul ... chiar la solicitarea acestui operator economic.

Într-o atare situație, Consiliul nu reține în soluționare susținerile contestatorului, exprimate în cuprinsul contestației nr. 7052/21.02.2018 potrivit cărora *„avem în vedere faptul că situația creată ca urmare a depunerii declarației privind neîncadrarea în situațiile prevăzute de art. 178-180 din Legea nr. 99/2016, din data de 10.01.2018, se datorează doar unei erori*”, întrucât, în conformitate cu prevederile art. 131 din H.G. nr. 394/2016 potrivit cărora „Riscurile transmiterii ofertei, inclusiv forţa majoră sau cazul fortuit, cad în sarcina operatorului economic care transmite respectiva ofertă”.

De asemenea, nu vor fi reținute susținerile contestatorului referitoare la faptul că poate duce la îndeplinire obiectul contractului, întrucât și-a manifestat intenția reorganizării, iar activitatea sa se desfășoară în condiţii normale, sub supravegherea administratorului judiciar, deoarece motivul de respingere a ofertei sale nu a vizat aceste aspecte ci faptul că a prezentat declaraţii false în conţinutul informaţiilor transmise la solicitarea entităţii contractante în scopul verificării absenţei motivelor de excludere sau al îndeplinirii criteriilor de calificare şi selecţie, faptă ce se încadrează între cazurile de excludere din procedura de atribuire, prevăzut la art. 180 alin. (1) lit. h) din Legea nr. 99/2016.

Consiliul reține că, practic, contestatorul își invocă propria culpă, constând în lipsa de diligență manifestată pe parcursul derulării procedurii de atribuire. Nimic nu l-a oprit pe ofertantul în cauză să aducă la cunoștința autorității contractante despre deschiderea procedurii de insolvență, și să prezinte documente care să demonstreze încadrarea în situația de excepție prevăzută la art. 180 alin. (2) din Legea nr. 99/2016.

Sub acest aspect, Consiliul are în vedere că în situația în care autoritatea contractantă nu ar fi luat în considerare neconcordanța dintre informațiile prezentate de ... în cuprinsul declarațiilor pe propria răspundere și situația reală, reflectată în dispozitivul sentinței civile nr. ... din 20.12.2017, pronunțate de Tribunalul ..., ar fi determinat apariția unui avantaj evident în favoarea acestui ofertant, și s-ar fi adus atingere principiului tratamentului egal, consacrat de prevederile art. 2 alin. (2) lit. b) din Legea nr. 99/2016.

Consiliul reține că în acest sens s-au pronunțat și instanțele de judecată, relevante fiind cele consemnate în cuprinsul deciziei nr. 691 din 13 iunie 2016, pronunțată de Curtea de Apel Suceava, Secția de contencios administrativ și fiscal, prin care s-a arătat că „*Instanța nu poate ignora disciplina căreia trebuie să i se supună operatorii economici interesați în procedura de atribuire, care trebuie să dea dovadă de diligență maximă din moment ce autoritatea contractantă trebuie să se abțină de la orice act prin care poate crea apariția unui avantaj pentru unul dintre ofertanți. Altfel spus, din moment ce toți participanții au acces la documentație și toți trebuie să respecte aceleași condiții de participare, orice derogare ar încălca principiul tratamentului egal, încurajând, totodată, neglijența sau conducând la decizii administrative arbitrare*”.

În considerarea celor evocate, Consiliul determină că în mod legal entitatea contractantă a respins oferta ..., neexistând motive pentru infirmarea acestei măsuri, pentru anularea proceselor-verbale intermediare nr. 82/31.01.2018 și nr. 91/01.02.2018 prin care a fost stabilit rezultatul evaluării actelor contestatorului și nici pentru obligarea entității contractante la reevaluarea acestora.

În ceea ce privește susținerile contestatorului cu privire la faptul că, în măsura în care i-a fost comunicat faptul că oferta sa a fost declarată câștigătoare, entitatea contractantă avea obligația de a încheia contractul cu ..., în conformitate cu prevederile art. 149 alin. (1) din H.G. nr. 394/2016 potrivit cărora *„Entitatea contractantă are obligaţia de a încheia contractul sectorial/acordul-cadru cu ofertantul a cărui ofertă a fost stabilită ca fiind câştigătoare*”, Consiliul are în vedere că desemnarea ofertantului câștigător, comunicată acestuia, în orice fel permis de lege, nu reprezintă un drept/act „intrat în circuitul civil”, astfel că entitatea contractantă are posibilitatea de a aprecia asupra necesității revocării unuia sau a mai multor acte încheiate în cadrul procedurii de achiziție publică, până la încheierea contractului și de a reanaliza documentele prezentate de ofertanți.

Acestea fiind, în contextul de fapt și de drept anterior expus, în temeiul prevederilor art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, modificată, Consiliul respige, ca nefondată, contestația formulată de ..., în contradictoriu cu ...

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

CONSILIUL DECIDE:

Respinge, ca nefondată, contestaţia formulată de către ..., cu sediul în ..., societate în insolvență, în contradictoriu cu ....

Prezenta decizie este obligatorie pentru părţi.

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

PREŞEDINTE,	**MEMBRU,**	**MEMBRU,**
...	**...**	**...**