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. 14 alin. (2) din Legea nr. 101/2016 privind remediile şi căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziţie publică, a contractelor sectoriale şi a contractelor de concesiune de lucrări şi concesiune de servicii, precum şi pentru organizarea şi funcţionarea Consiliului Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE
Nr. ...
Data: ...

Prin contestaţia nr. ..., înregistrată la Consiliul Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor cu nr. ..., formulată de ... cu sediul în ..., înregistrată la Registrul Comerţului din sub nr. ..., având ..., reprezentată de ..., împotriva rezultatului procedurii comunicat prin adresa nr. ..., emisă de către ... cu sediul în ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de licitaţie deschisă, cu faza finală de licitaţie electronică, organizată în vederea încheierii acordului-cadru, având ca obiect *„COVOARE ASFALTICE PE DRUMURILE JUDEŢENE DIN JUDEŢUL ... ÎN PERIOADA 2016-2019”*, cod CPV 45233141-9 – Lucrări de întreţinere a drumurilor (Rev.2), s-au solicitat următoarele:

- anularea adresei nr. ..., reprezentând comunicarea rezultatului procedurii;
- anularea raportului procedurii şi a tuturor actelor subsecvente acestuia;
- obligarea autorităţii contractante la reevaluarea ofertei contestatoarei şi la emiterea unui nou rezultat al procedurii;

Prin cererea de intervenţie, înregistrată la Consiliu cu nr. ..., formulată de ..., cu sediul în ..., înregistrată la Oficiul Registrului Comerţului cu nr. ..., având CIF ..., reprezentată de ...-Administrator, s-au solicitat următoarele:

- admiterea cererii de intervenţie, în principal ca intervenţie principală şi, în subsidiar, ca intervenţie în interesul autorităţii contractante;
- respingerea contestaţiei formulate de ..., ca nefondată;

- obligarea contestatoarei la suportarea cheltuielilor de judecată.

Prin cererea de intervenţie nr. ..., înregistrată la Consiliu cu nr. ..., formulată de ..., cu sediul în ..., ..., înregistrată la Oficiul Registrului Comerţului cu nr. ..., având CIF ..., reprezentată de ... - Administrator, s-au solicitat următoarele:

- admiterea cererii de intervenţie accesorie, în interesul autorităţii contractante;

- respingerea contestaţiei formulate de ..., ca nefondată;

- menţinerea raportului procedurii, respectiv rezultatului procedurii.

Procedura de soluţionare în faţa Consiliului s-a desfăşurat în scris.

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

Prin contestaţia depusă, ..., în calitate de ofertant la procedura de licitaţie deschisă, organizată de către autoritatea contractantă ..., în vederea încheierii acordului-cadru, având ca obiect *„COVOARE ASFALTICE PE DRUMURILE JUDEŢENE DIN JUDEŢUL ... ÎN PERIOADA 2016-2019*”, iniţiată prin publicarea în sistemul electronic de achiziţii publice (SEAP) a anunţului de participare nr. ..., a solicitat cele menţionate în partea introductivă.

Contestatoarea arată că prin adresa nr. ..., i s-a comunicat că oferta sa a fost respinsă, ca fiind neconformă şi inacceptabilă, potrivit prevederilor art. 36 alin. (1) lit. a), coroborat cu art. 79 alin. (1) din HG nr. 925/2006, deoarece nu îndeplineşte cerinţa minimă de calificare referitoare la cifra de afaceri.

Astfel, ... apreciază că stabilirea rezultatului procedurii, se datorează interpretării eronate de către autoritatea contractantă a documentelor pe care le-a depus cu ocazia solicitărilor de clarificări, cât şi a dispoziţiilor legale instituite de Legea nr. 85/2006 privind insolvenţa.

În cele ce urmează, referitor la dreptul de administrare al ..., contestatoarea subliniază că art. 49 alin. (1) din Legea insolvenţei nr. 85/2006 reglementează continuarea activităţii curente, menţionând, în mod expres, că, în ipoteza continuării activităţii curente, societatea debitoare (în speţă ...), cu menţinerea dreptului de administrare, va efectua plăţile ce ţin de activitatea curentă. Textul legal invocat reglementează diferenţa între activitatea curentă şi situaţia actelor ce depăşesc activitatea curentă, măsuri extraordinare care implică aprobarea de către creditori, respectiv, vânzarea unor active sau alte măsuri de acest tip.

... precizează că în cazul terţului susţinător, respectiv ..., la data de 26.06.2016, prin încheierea nr. ..., pronunţată în dosarul nr.

... a Tribunalului ..., s-a dispus deschiderea procedurii insolvenţei în baza Legii nr. 85/2006, ... aflându-se în prezent în procedura de reorganizare prevăzută de această lege specială. Prin aceeaşi încheiere s-a dispus numirea ca şi administrator judiciar al contestatoarei, fără a se ridica dreptul de administrare a ... filiala ....

În ceea ce priveşte terminologia „creditorii cunoscuţi”, contestatoarea susţine că aceasta reprezintă sintagma folosită de legiuitor pentru identificarea creanţelor curente, fiind interpretată în coroborare cu art. 64 alin. (6) din Legea nr. 85/2006.

De asemenea, ... opinează că susţinerea autorităţii contractante, potrivit căreia această sintagmă desemnează creditorii înscrişi în tabelul definitiv, este eronată. Creditorii înscrişi în tabelul definitiv al creanţelor reprezintă creanţele anterioare datei deschiderii procedurii insolvenţei, creanţe ce pot fi achitate prin întocmirea, aprobarea şi implementarea unui plan de reorganizare sau din cadrul procedurii falimentului. Pe de altă parte, creditorii cunoscuţi la care face referire art. 49 din Legea nr. 85/2006 reprezintă creditori curenţi, cu creanţe născute ulterior acestei date şi care se vor achita conform actelor din care rezultă creanţa în baza art. 64 alin. (6) din Legea nr. 85/2006.

Totodată, contestatoarea menţionează că în data de 12.08.2016, creditorii ... au aprobat planul de reorganizare al companiei propus de către administratorul judiciar, plan care prevede continuarea activităţii curente, având ca principal obiect de activitate, lucrări de construcţii, aspect care relevă parcursul pozitiv al societăţii şi acordul creditorilor în vederea continuării activităţii curente.

Cu privire la acordul participanţilor la procedură, ... precizează faptul că autoritatea contractantă se află în eroare, deoarece documentele pe care le-a depus cu referire la terţul susţinător, respectiv acordul contractual încheiat între contestatoare şi ... şi răspunsul pe care terţul susţinător ... i-a transmis autorităţii contractante, au fost avizate de către administratorul judiciar ... Filiala ....

Faţă de creditorii şi judecătorul sindic, contestatoarea arată că activitatea desfăşurată de judecător, nu necesită o aprobare suplimentară, dat fiind faptul că această activitate este una curentă în baza prevederilor legale invocate chiar de către autoritatea contractantă.

Pe cale de consecinţă, ... susţine că a depus la autoritatea contractantă documente din care să reiasă susţinerea financiară acordată de ..., în calitatea de terţ susţinător, documentele fiind vizate de către administratorul judiciar ... Filiala ....

Prin adresa nr. ..., Consiliul a solicitat autorităţii contractante copia dosarului achiziţiei publice, oferta contestatoarei (inclusiv

documentele de calificare), precum şi punctul de vedere cu privire la contestaţie, respectiv dovada comunicării acestuia contestatoarei.

Prin adresa nr. ..., înregistrată la Consiliu cu nr. ..., ... a comunicat punctul de vedere cu privire la contestaţia ....

Autoritatea contractantă prezintă istoricul procedurii, arătând că, în urma analizei răspunsului contestatoarei la solicitările de clarificări, precum şi a documentelor menţionate ca fiind ataşate răspunsului, a considerat răspunsul neconcludent, întrucât, nu a prezentat documente emise sau aprobate de administratorul judiciar/comitetul creditorilor/adunarea creditorilor și validate de judecătorul sindic, din care să rezulte acordul privind eventuala susţinere financiară a ofertantului ... pentru prezenta procedură, drept pentru care a respins oferta ca neconformă, potrivit prevederilor art. 79 alin. (1) din HG nr. 925/2006 şi inacceptabilă, potrivit prevederilor art. 36 alin. (1) lit. b) din HG nr. 925/2006, întrucât, oferta nu îndeplineşte cerinţa minimă de calificare referitoare la cifra de afaceri, având în vedere următoarele:

- conform prevederilor art. 3 pct. 1 din Legea nr. 85/2006 privind procedura insolvenţei: „Insolvenţa este acea stare a patrimoniului debitorului care se caracterizează prin insuficienţă fondurilor băneşti disponibile pentru plata datoriilor certe, lichide şi exigibile”;

- potrivit prevederilor art. 49 alin. (1) şi alin. (2) din Legea nr. 85/2006: „(1) Pe perioada de observaţie, debitorul va putea să continue desfăşurarea activităţilor curente şi poate efectua plăţi către creditorii cunoscuţi, care se încadrează în condiţiile obişnuite de exercitare a activităţii curente, după cum urmează:

a) sub supravegherea administratorului judiciar, dacă debitorul a făcut o cerere de reorganizare, în sensul art. 28 alin. (1) lit. h), şi nu i-a fost ridicat dreptul de administrare;

b) sub conducerea administratorului judiciar, dacă debitorului i s-a ridicat dreptul de administrare.

(2) Actele, operaţiunile şi plăţile care depăşesc condiţiile menţionate la alin. (1) vor putea fi autorizate în exercitarea atribuţiilor de supraveghere de administratorul judiciar; acesta va convoca o şedinţă a comitetului creditorilor în vederea supunerii spre aprobare a cererii administratorului special, în termen de maximum 5 zile de la data primirii acesteia.”

Raportând aceste prevederi la răspunsurile la solicitarea de clarificare a contestatoarei, autoritatea contractantă a constatat că: „Dovezile transmise de ofertant privind accesul la resursele financiare ale terţului susţinător ... – adresa nr. ..., emisă de ... şi o adresă fără nr., fără data emiterii de ... din care rezultă existenţa la 31.12.2015 a unor sume de bani în conturile ..., nu prezintă relevanţă în cauză, având în vedere starea de insolvenţă, tabloul definitiv al creditorilor şi faptul că în perioada de observaţie debitorul

... îşi poate continua desfăşurarea activităţilor curente – conform obiectului de activitate lucrări de construcţii a clădirilor rezidenţiale şi nerezidenţiale (cod CAEN 4120) – putând efectua plăţi doar către creditorii cunoscuţi – cei înscrişi în tabelul definitiv al creanţelor nr. ...– care se încadrează în condiţiile obişnuite de exercitare a activităţii curente – lucrări de construcţii a clădirilor rezidenţiale şi nerezidenţiale (CAEN 4120)."

De asemenea, ... arată că susţinerea financiară a unei alte societăţi comerciale nu face parte din activitatea curentă a ..., aşa cum rezultă cu claritate din obiectul său de activitate. Mai mult, având în vedere că susţinerea acordată de ... – în insolvenţă este pe cifra de afaceri, aceasta nu face dovada clară, pertinentă şi legală că are acces la resursele financiare necesare derulării contractului în situaţia în care ofertantul ... întâmpină dificultăţi pe perioada de derulare a contractului.

Prin cererea de intervenţie, înregistrată la CNSC sub nr. ..., ..., a solicitat cele menţionate în partea introductivă.

Intervenientul consideră că oferta depusă de ... a fost respinsă, ca inacceptabilă, în mod legal.

În susţinerea afirmaţiei sale, ... arată următoarele:

- în conformitate cu prevederile fişei de date a achiziţiei, ofertanţii trebuiau să demonstreze că media cifrei globale de afaceri, în ultimii 3 ani, este în valoare de minim 58.000.000 lei;

- având în vedere faptul că ofertantul ... nu dispunea de resurse proprii pentru a îndeplini această cerinţă, a depus în ofertă un angajament de susţinere din partea societăţii ..., arătând că înţelege să îndeplinească cerinţa apelând la resursele terţului susţinător, în ceea ce priveşte cifra de afaceri;

- ... se află în insolvenţă, fiind sub incidenţa dispoziţiilor Legii nr. 85/2006, începând cu data de 26.06.2014. Având în vedere starea de insolvenţă a societăţii, operaţiunea de susţinere financiară a unui operator economic participant într-o procedură de achiziţie publică trebuia să fie realizată de către administratorul judiciar şi să fie aprobată de comitetul creditorilor;

- în speţă angajamentul de susţinere depus de contestatoare în cuprinsul documentelor de calificare este semnat de administratorul statuar al societăţii ...;

- intervenientul invocă art. 49 din Legea nr. 85/2006, subliniind că debitorul aflat în insolvenţă îşi desfăşoară activitatea după cum urmează:

- activităţile curente se derulează sub supravegherea sau sub conducerea administratorului judiciar, după cum debitorului i s-a ridicat sau nu dreptul de administrare;
- toate actele şi operaţiunile care depăşesc activitatea curentă se realizează de către administratorul judiciar în baza autorizării comitetului creditorilor.

De asemenea, ... opinează că afirmaţiile contestatoarei potrivit cărora „angajamentul de susţinere depus este valabil” şi „prin încheierea de deschidere a procedurii insolvenţei societăţii ... nu i s-a ridicat dreptul de administrare, iar operaţiunea de susţinere s-ar încadra în activitatea curentă a societăţii”, este nefondată.

Astfel, intervenientul invocă art. 3 pct. 14 din Legea nr. 85/2006, precizând că legiuitorul a enumerat în mod expres şi limitativ operaţiunile care se încadrează în noţiunea de „activităţi curente”, susţinerea financiară a unui operator economic într-o procedură de achiziţie publică, neputând fi încadrată în această noţiune. Printr-un astfel de angajament de susţinere, terţul susţinător se angajează să pună la dispoziţia operatorului societăţii susţinute resursele sale financiare proprii în situaţia în care acesta întâmpină dificultăţi pe durata realizării contractului. Mai mult, această operaţiune se realizează fără o contraprestaţie din partea operatorului economic susţinut, terţul susţinător devenind practic un garant al îndeplinirii obligaţiilor contractantului, operaţiunea de susţinere fiind aşadar foarte similară unui contract de fidejusiune.

De asemenea, ... arată că, a afirma că o astfel de operaţiune se încadrează în „activitatea curentă a societăţii”, înseamnă a ignora prevederile imperative ale Legii 85/2014, care arată clar că se subsumează activităţii curente doar operaţiunile care:

- urmăresc continuarea activităţilor deja contractate de societatea în insolvenţă (în speţă angajamentul de susţinere este un contract/angajament nou încheiat după intrarea societăţii în insolvenţă);

- vizează încasări şi plăţi din activităţile deja contractate;

- urmăresc să finanţeze capitalul de lucru al societăţii în insolvenţă (susţinerea financiară este aptă să atragă, din contră, o micşorare a patrimoniului societăţii insolvente).

Totodată, intervenientul menţionează că, pentru a se încadra în noţiunea de „activitate curentă”, operaţiunea trebuie să se subsumeze obiectului de activitate al societăţii. În speţă, obiectul de activitate al terţului susţinător este realizarea lucrărilor de construcţii drumuri şi autostrăzi, nicidecum realizarea de „investiţii” în cadrul altor societăţi comerciale, ca atare, nici calitatea de acţionar al terţului susţinător în cadrul societăţii susţinute nu prezintă relevanţă.

Pe cale de consecinţă, ... consideră că susţinerea financiară este o operaţiune care depăşeşte activitatea curentă a societăţii ... şi, ca atare, se impunea a fi realizată de către administratorul judiciar şi aprobată de comitetul creditorilor (lipsa oricăreia dintre condiţii, fie a semnăturii administratorului judiciar, fie a aprobării comitetului creditorilor atrăgând nulitatea absolută a operaţiunii). Mai mult, raportat la faptul că susţinerea financiară este o operaţiune cu titlu gratuit, aptă să producă o însărăcire a patrimoniului debitorului în insolvenţă, aceasta trebuia supusă

inclusiv aprobării judecătorului sindic, care în baza art. 11 din Legea 85/2006, verifică, în ultima instanţă, toate actele şi măsurile luate de administratorul judiciar.

Ori, atâta vreme cât ... a depus în ofertă doar angajamentul de susţinere semnat de administratorul statutar (care nu avea conform legii, puterea de a angaja societatea în insolvenţă într-un astfel de raport juridic, chiar dacă dreptul de administrare nu a fost ridicat), oferta putea şi trebuia a fi respinsă ca inacceptabilă, fără a se mai solicita alte clarificări, având în vedere faptul că starea de insolvenţă a terţului susţinător îi era cunoscută ofertantului.

Un alt aspect subliniat de intervenient este că oferta ... a fost respinsă, ca neconformă, în mod legal, deoarece răspunsurile acesteia la solicitările de clarificări sunt neconcludente.

În susţinerea afirmaţiei sale, ... arată că, în vederea clarificării angajamentului de susţinere, având în vedere starea de insolvenţă a terţului susţinător, autoritatea contractantă a transmis două solicitări de clarificări succesive, una prin care a cerut, atât terţului susţinător, cât şi ofertantului, să prezinte modalitatea concretă de punere la dispoziţie a resurselor financiare (lichidităţi şi cuantumul acestora până la primele plăţi ale autorităţii contractante sau acordarea accesului la stocuri de materii prime, materiale şi cuantumul acestora, inclusiv perioada de timp pentru care se acordă oricare dintre ele sau toate) şi documentele care confirmă existenţa acestor resurse, necesare în situaţia în care ofertantul întâmpină dificultăţi de natură financiară în derularea contractului. Ca răspuns la această solicitare, terţul susţinător depune un acord de colaborare încheiat între ... şi ... şi o adresă din partea terţului susţinător.

Intervenientul arată că nici unul dintre aceste documente nu răspunde solicitării autorităţii contractante, care a cerut prezentarea modalităţii concrete de punere la dispoziţie a resurselor terţului susţinător.

Ca urmare, autoritatea contractantă revine cu o nouă solicitare şi cere ofertantului să prezinte dovezi concludente din care să rezulte că terţul susţinător are acces la resursele financiare necesare derulării în situaţia în care ofertantul întâmpină dificultăţi pe perioada de derulare a contractului. Ca răspuns la aceasta solicitare, ofertantul depune două adrese, provenite de la ...şi, respectiv, ..., care prezintă situaţia conturilor societăţii ....

... susţine că nici aceste documente nu prezintă relevanţă, întrucât, chiar dacă societatea ... deţine resurse financiare (lichidităţi), având în vedere starea de insolvenţă în care se găseşte, nu pot fi folosite după bunul plac al societăţii, ci acestea folosesc, în principal, acoperirii creanţelor înscrise în tabelul definitiv de creanţe, aşa cum corect a reţinut autoritatea contractantă.

Prin urmare, intervenientul consideră că autoritatea contractantă a respins oferta ..., în mod legal, având în vedere faptul

că, nici urmare a procesului de solicitare de clarificări, ofertantul nu a putut demonstra că terţul susţinător deţine mijloace de punere la dispoziţie a resurselor financiare prevăzute în angajamentul de susţinere.

Prin cererea de intervenţie nr. ..., înregistrată la CNSC sub nr. ..., ..., a solicitat cele menţionate în partea introductivă.

Intervenientul prezintă istoricul procedurii, solicitând înlăturarea argumentului adus de ..., potrivit căruia ... avea şi are dreptul să acorde susţinere financiară, cu toate că se află în stare de insolvenţă.

În susţinerea solicitării sale, ... precizează următoarele:

- prin încheierea nr. ..., pronunţată în dosarul nr. ..., Tribunalul ... a admis cererea de deschidere a procedurii de insolvenţă faţă de debitorul ..., terţul susţinător al ofertantului ...;
- conform acestei încheieri, administratorul judiciar al debitoarei a fost desemnată ...;
- în perioada de la data deschiderii procedurii de insolvenţă şi până la data depunerii ofertelor în cadrul prezentei proceduri, ... s-a aflat în etapa de observaţie, sens în care s-a ales, în cadrul adunării generale a creditoritorilor, comitetul creditorilor, s-a numit administratorul special, s-a întocmit tabelul preliminar al creanţelor şi s-au soluţionat contestaţiile la acesta;
- în această perioadă, administratorul judiciar, după ce a analizat toate contractele aflate în derulare a supus adunării generale a creditorilor/comitetului creditorilor, spre aprobare, planul de menţinere şi/sau de reziliere a acestora;
- pentru încheierea contractelor care aveau un efect direct asupra patrimoniului debitoarei, administratorul judiciar a supus, spre aprobare, aceste contracte, atât comitetului creditorilor, cât şi adunării generale a creditorilor;
- prin acordarea susţinerii capacităţii economice şi financiare a ofertantului ..., în situaţia în care ofertantul întâmpină anumite dificultăţi în realizarea contractului de natură financiară, toate obligaţiile financiare asumate de ofertant se vor reflecta asupra patrimoniului terţului susţinător;
- deoarece toate deciziile care au impact asupra patrimoniului terţului susţinător trebuie aprobate/ratificate de către comitetul creditorilor, era necesară această aprobare/ratificare a acordului de susţinere financiară din partea acestui organism;

- în cadrul contestaţiei formulate, se afirmă faptul că terţul susţinător, ..., se află în procedură de reorganizare, sens în care are dreptul să acorde această susţinere economico-financiară pentru ofertantul .... Ori, ... arată că terţul susţinător nu s-a aflat la momentul acordării susţinerii financiare şi nici la momentul transmiterii răspunsului la clarificări în procedura de reorganizare judiciară, aşa cum se susţine. La aceste momente ale procedurii (depunerea ofertelor/acordării susţinerii şi transmiterii răspunsului) terţul susţinător era în etapa de observaţie, urmând ca ulterior, judecătorul sindic să se pronunţe în ce mod va continua procedura de insolvenţă – prin procedura de intrare în faliment sau prin procedura de reorganizare.
- cu toate că la data de 12.08.2016, adunarea generală a creditorilor/comitetul creditorilor, a aprobat planul de reorganizare a terţului susţinător ..., acesta îşi produce efectele juridice doar după aprobarea de către judecătorul sindic, care soluţionează dosarul nr. .... Conform extrasului de pe portalul instanţelor, aferent dosarului nr. ..., judecătorul sindic nu s-a pronunţat cu privire la planul de reorganizare şi nici nu a dispus intrarea în procedura de reorganizare a terţului ..., amânând aprobarea pentru un alt termen de judecată. Ori, atât timp cât terţul susţinător nu se află în procedura de reorganizare judiciară, dispusă de către judecătorul sindic, fapt certificat conform extrasului de pe portalul instanţelor, în toate momentele procedurii, de la momentul acordării susţinerii şi până în prezent, toate documentele/angajamentele cu impact direct asupra patrimoniului său trebuie să fie aprobate/ratificate de către comitetul creditorilor şi, ulterior, de către instanţă, prin judecătorul sindic;
- în perioada de observaţie, situaţie în care se află terţul susţinător ..., administratorul special şi administratorul judiciar pot efectua plăţi curente în realizarea obiectului de activitate şi, totodată, pot angaja societatea în relaţiile cu terţii. Ori, prevederile legale invocate de contestatoare cu privire la acest aspect, se referă la o activitate curentă a societăţii şi nu la o garantare, din partea sa, a unor obligaţii asumate de un terţ, aşa cum este ..., faţă de .... Dacă, în mod curent,

administratorul special şi administratorul judiciar pot angaja societatea ... în relaţiile cu terţi pentru realizarea obiectului de activitate al societăţii, participând la proceduri de achiziţie publică, situaţia garantării obligaţiilor asumate de o altă societate nu se încadrează în administrarea curentă a societăţii;

- având în vedere faptul că, la momentul acordării susţinerii ..., nu era aprobat tabelul definitiv, nu era aprobat planul de reorganizare de către adunarea creditorilor/comitetul creditorilor şi nici nu se cunoştea dacă judecătorul sindic va admite cererea de reorganizare, iar acordul de susţinere nu este aprobat/avizat/ratificat de către comitetul creditorilor, se pune întrebarea legitimă, dacă este îndeplinită cerinţa de calificare privind susţinerea capacităţii economice şi financiare, de către o societate cu o situaţie financiară incertă. Situaţia incertă a terţului susţinător rezidă în faptul că acesta este în incapacitate de plată/insolvenţă, iar, în situaţia în care judecătorul sindic va dispune intrarea în procedura de faliment, nu va reuşi terţul să îndeplinească obligaţiile asumate de către ofertantul susţinut;
- având în vedere situaţia terţului susţinător, raportat la faptul că la data acordării susţinerii, faţă de acesta nu s-a pronunţat o hotărâre prin care să se dispună intrarea în procedură de reorganizare judiciară, pentru a produce efecte juridice, acordul de susţinere trebuie aprobat/avizat/ratificat de către adunarea creditorilor/comitetul creditorilor şi judecătorul sindic;
- intervenientul redă art. 5 alin. (2) din Legea nr. 85/2014, subliniind că, raportat la vechea legislaţie, în care nu era reglementat ce reprezintă: „activităţi curente”, activităţile curente ale societăţii au fost reglementate;
- între activităţile curente care se pot realiza/efectua de către administratorul special sau administratorul judiciar, fără aprobarea comitetului creditorilor, nu se regăsesc actele sau activităţile de garantare faţă de terţi a unor obligaţii;
- conform prevederilor art. 5 alin. (2) lit. a) din Legea nr. 85/2014, se permite administratorului special şi administratorului judiciar încheierea unor noi contracte în perioada de observaţie, dar aceste prevederi se referă la contracte în nume propriu,

fiind contracte care se prezumă că vor aduce beneficii societăţii, dar nu permit încheierea de angajamente de susţinere/garantare a unor terţi şi de asumare a unor obligaţii în care societatea nu este implicată direct.

Prin adresa nr. ..., înregistrată la CNSC sub nr. ..., ... a transmis documentul intitulat „Întâmpinare faţă de punctul de vedere al autorităţii contractante şi a cererii de intervenţie formulată de către SC ...", reiterând aspectele prezentate în contestaţie şi solicitând respingerea, pe fond, atât a punctului de vedere al autorităţii contractante, cât şi a cererii de intervenţie formulată de ..., ca fiind neîntemeiate.

Prin adresa nr. ..., înregistrată la CNSC sub nr. ..., ... a transmis documentul intitulat „Întâmpinare faţă de punctul de vedere al autorităţii contractante şi a cererii de intervenţie formulată de către SC ...", solicitând respingerea, pe fond, atât a punctului de vedere al autorităţii contractante, cât şi a cererii de intervenţie formulată de ..., ca fiind neîntemeiate.

... reiterează argumentele din cadrul contestației sale, arătând, în plus, următoarele:

- în 12.08.2016 a fost aprobat planul de reorganizare al ... de către adunarea generală a creditorilor. Societatea a continuat derularea contractelor existente la data intrării în insolvență, fără ca avtivitatea să fie perturbată din cauza intrării în insolvență. În anul 2015, societatea a avut o creștere semnificativă a indicatorilor financiari, respectiv a valorii cifrei de afaceri de la 95,2 milioane lei în anul 2014 la 181,2 milioane lei în anul 2015, înregistrând o evoluție în creștere și în ceea ce privește profitul, respectiv de la o pierdere de 15,3 milioane lei înregistrată în anul 2014 a ajuns la un profit de 6,4 milioane lei în anul 2015;
- ... are un interes legitim ca ... să execute și să finalizeze, în conformitate cu prevederile acordului contractual, proiectul *„COVOARE ASFALTICE PE DRUMURILE JUDEŢENE DIN JUDEŢUL ... ÎN PERIOADA 2016-2019*", un element esențial fiind constituit de faptul că ... are calitatea de acționar majoritar al ..., cu o cotă de participare la beneficii și pierderi de 93,3923087717%, date care reies din certificatul constatator emis de Oficiul Registrului Comerțului pentru ... și depus în cadrul procedurii. Prin urmare, terțul susținător ... este direct interesat să susțină cu resurse financiare, umane, tehnice și materiale bunul mers și derularea proiectelor contestatoarei.

Prin adresa nr. ..., înregistrată la CNSC sub nr. ..., ... a transmis concluzii scrise, reiterând cele deja precizate în cadrul cererii de intervenție, arătând, în plus, următoarele:

- durata prezentului contract este de 4 ani, sens în care, în situația în care ofertantul întâmpină dificultăți în realizarea obligațiilor, terțul susținător trebuie să se substituie acestuia, conform acordului de susținere;
- conform art. 133 alin. (3) din Legea nr. 85/2014 „planul de reorganizare și executarea lui nu pot depăși 3 ani calculate de la data confirmării planului". Ori, având în vedere acest termen de executare a planului de reorganizare, 3 ani, și, în situația în care judecătorul sindic ar aproba/confirma acest plan, el nu acoperă toată perioada/durata contractului. După expirarea termenului de executare a planului de reorganizare în funcție de evoluția societății, judecătorul sindic poate dispune ieșirea din insolvență sau intrarea în procedura generală de faliment. Raportat la aceste aspecte, în lipsa încuviințării/aprobării/avizării/ratificării acestui act, acordul de susținere de către comitetul creditorilor și, ulterior, de către instanță, prin judecătorul sindic, autoritatea contractantă nu are garanția faptului că, în cazul în care ofertantul întâmpină dificultăți în realizarea obligațiilor, terțul susținător poate să se substituie acestuia, în îndeplinirea obligațiilor contractuale.

Consiliul, constatând că sunt îndeplinite cerinţele impuse de art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, va admite în principiu cererile de intervenţie voluntară formulate de ... și ... şi va dispune introducerea în cauză, în calitate de interveniente, a acestora.

Din examinarea materialului probator administrat, aflat la dosarul cauzei, Consiliul reţine următoarele:

Procedura de licitaţie deschisă a fost iniţiată de ..., în calitate de autoritate contractantă, în vederea încheierii acordului-cadru, având ca obiect „*COVOARE ASFALTICE PE DRUMURILE JUDEŢENE DIN JUDEŢUL ... ÎN PERIOADA 2016-2019*", prin publicarea în sistemul electronic de achiziţii publice (SEAP) a anunţului de participare nr. ....

Potrivit acestuia, criteriul de atribuire aplicat a fost „preţul cel mai scăzut", valoarea estimată a contractului fiind de 153.399.000 lei, fără TVA.

Potrivit Raportului procedurii nr. 12.150/18.08.2016, au fost depuse un nr. de 10 oferte, inclusiv cea a .... În urma evaluării ofertelor, oferta ... a fost respinsă, ca neconformă și inacceptabilă.

Rezultatul procedurii a fost comunicat ... prin adresa nr. ..., act atacat prin prezenta contestație.

Analizând criticile formulate de contestatoare, Consiliul constată că acestea vizează aspecte legate de modul în care comisia de evaluare a analizat şi apreciat oferta sa, sub aspectul îndeplinirii cerinței minime privind cifra de afaceri, prin terțul susținător.

Având a verifica temeinicia afirmaţiilor ..., Consiliul reţine cele ce vor fi prezentate.

Astfel, se reține că, în cap. III.2.2. din fișa de date a achiziției, autoritatea contractantă a solicitat:

"Cifra de afaceri: Ofertantul trebuie să demonstreze că media cifrei globale de afaceri în ultimii 3 ani (2013, 2014, 2015) este în valoare de minim: 58.000.000 lei.

Capacitatea economică și financiară poate fi susținută, pentru îndeplinirea cerinței, și de o altă persoană, indiferent de natura relațiilor juridice existente între ofertant și persoana respectivă. (Art. 186 din O.U.G. nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare și respectiv Art.11A1 din H.G. nr. 925/2006, cu modificările și completările ulterioare). În cazul în care ofertantul își demonstrează situația economică și financiară invocând și susținerea acordată, de către terț/terți, atunci acesta are obligația de a dovedi susținerea de care beneficiază, prin prezentarea unui angajament ferm a unui/unor terț/terți. Odată cu angajamentul de susținere, ofertantul/candidatul are obligația să prezinte documente transmise acestuia de către terțul/terții susținător/susținători, din care să rezulte modul efectiv prin care terțul/terții susținător/susținători vă/vor asigura îndeplinirea propriului angajament de susținere, documente care se vor constitui anexe la respectivul angajament", iar ca modalitate de îndeplinire: „Ofertantul va prezenta Fișa informații generale - Formular F 6 Pentru echivalența lei/valută se va avea în vedere cursul mediu anual comunicat de BNR pentru fiecare an 2013,2014,2015 (...) Ofertantul va prezenta Formular F 7- Angajament privind susținerea financiară Anexa 1 la Formular 7- Declarație privind cifra de afaceri".

Se reține că, în cazul terţului susţinător, respectiv ..., prin încheierea nr. 991 din data de 26.06.2014, pronunţată în dosarul nr. ... a Tribunalului ..., s-a dispus deschiderea procedurii generale a insolvenţei în baza Legii nr. 85/2006. Prin aceeaşi încheiere s-a dispus numirea, ca şi administrator judiciar al contestatoarei, a ... filiala ..., fără a se ridica dreptul de administrare al ....

Consiliul reține că, pentru dovedirea îndeplinirii cerinței, contestatoarea a depus Acordul de asociere din data de 02.06.2016, încheiat cu ..., iar, în documentele de calificare depuse de ..., se regăsesc: Formular F 7- Angajament privind sustinerea financiară, precum și Anexa 1 la Formular 7-Declarație privind cifra de afaceri și fișa de informații generale.

Consiliul reține că documentele despre care se face vorbire au fost semnate de către administratorul special, reprezentant al ..., astfel fiind îndeplinite cerințele art. 49 din Legea nr. 58/2006, contrar susținerilor autorității contractante și intervenientelor.

De asemenea, se reține că, potrivit Anexei 1 la Formularul 7, media anuală a cifrei de afaceri realizată de ..., pentru anii 2013-

2015, este de 115.791.658 lei, cerința documentației de atribuire (minim: 58.000.000 lei), în acest sens, fiind pe deplin îndeplinită.

Analizând actele depuse de către ... în dovedirea cerinței privind capacitatea economică și financiară, Consiliul constată, totodată, că, prin Acordul de colaborare cu privire la contractul „Covoare asfaltice pe drumurile județene din județul ... în perioada 2016-2019” din data de 02.06.2016, încheiat între ... și ..., care a fost semnat, din partea ..., atât de către administratorul judiciar CITPR filiala ... SPRL, cât și de administratorul special Rusu Beniamin, astfel fiind îndeplinite cerințele art. 49 din Legea nr. 58/2006, susținerile autorității contractante - potrivit cărora contestatoarea nu a prezentat documente emise sau aprobate de administratorul judiciar/comitetul creditorilor/adunarea creditorilor și validate de judecătorul sindic, din care să rezulte acordul privind eventuala susţinere financiară a ofertantului ... pentru prezenta procedură - devin nefondate.

La dosarul aflat pe rolul Consiliului se regăsesc, de asemenea, adresele nr. ... şi nr. ..., reprezentând solicitări de clarificări, pe care autoritatea contractantă le-a adresat ... (și, spre știință, ...), solicitând să precizeze „modalitatea concretă de punere la dispoziție a resurselor financiare (lichidități și cuantumul acestora până la primele plăți ale autorității contractante sau acordarea accesului la stocuri de materii prime, materiale și cuantumul acestora, inclusiv perioada de timp pentru care se acordă oricare dintre ele sau toate), în situația în care ofertantul întâmpină dificultăți de natură financiară în derularea contractului”, mai ales prin raportare la faptul că terțul susținător se află în insolvență. Prin adresa nr. ..., pct.5, s-a răspuns solicitării autorității contractante, ... precizând că are încheiat, cu ..., Acordul de colaborare cu privire la contractul „Covoare asfaltice pe drumurile județene din județul ... în perioada 2016-2019” din data de 02.06.2016, prin care se dovedește „amplitudinea capacității de garantare a ... față de obligațiile asumate de către ...”, anexând următoarele documente, semnate din partea ..., atât de către administratorul judiciar ... filiala ... ...L, cât și de administratorul special ...:

- Acord de colaborare cu privire la contractul „Covoare asfaltice pe drumurile județene din județul ... în perioada 2016-2019” din data de 02.06.2016;
- Adresa, fără număr de înregistrare la emitent, transmisă ..., de către ... SA, prin care aceasta din urmă precizează că îndeplinește cerințele privind ceifra de afaceri, așa cum s-a solicitat prin documentația de atribuire;
- Adresa ad. dosar ..., emisă de ... ..., prin care emitentul, în calitatea sa de administrator judiciar al ..., societate în insolvență, in insolvency, cu

procedure collective, comunică Tribunalului ... tabelul definitiv al creanțelor ....

Considerând că nu s-a răspuns în mod explicit solicitărilor de clarificări adresate, autoritatea contractantă a transmis ..., adresa nr. ..., solicitând acesteia "dovezi concludente, din care să rezulte că terțul susținător pe cifră de afaceri SC ... are acces la resursele financiare necesare, în situația în care ofertantul întâmpină dificultăți în perioada de derulare a acordului-cadru".

Prin adresa înregistrată la autoritatea contractantă sub nr. ..., ... a răspuns solicitării acesteia, precizând următoarele: «Susţinerea financiară a ... a fost detaliată de către ter]ul susţinător în răspunsul la adresa dumneavoastră nr. 9170/1 din 22 iunie 2016, comunicată în cadrul prezentei proceduri.

În completarea celor menţionate în acea adresa, dorim să menţionăm faptul că ... are un interes legitim ca subscrisa să execute și să finalizeze, în conformitate cu prevederile acordului contractual, proiectul „COVOARE ASFALTICE PE DRUMURILE JUDEŢENE DIN JUDEŢUL ... IN PERIOADA 2016-2019", un element esenţial fiind constituit de faptul că ... are calitatea de acţionar majoritar al ..., cu o cotă de participare la beneficii și pierderi de 93,3923087717%, date care reies din Certificatul Constatator emis de Oficiul Registrului Comerţului pentru subscrisa.

Din cele menţionate mai sus reiese nemijlocit faptul că terțul susţinător ... este direct interesat să susţină cu resurse financiare, umane, tehnice și materiale (după caz) bunul mers şi derularea proiectelor subscrisei».

Totodată, contestatoarea a anexat următoarele documente: Buletinul procedurilor de insolvență, publicat sub nr. ..., adresa ...SA, cu privire la capacitatea financiară a ..., adresa nr. ..., emisă de ....

Comisia de evaluare, în urma analizării răspunsurilor la clarificări, fără a lua în considerare răspunsurile primite, precum și documentele atașate în dovedirea susținerilor contestatoarei/terțului susținător, a considerat răspunsurile primite ca fiind neconcludente.

Consiliul, raportat la cele expuse mai sus, constată că verificarea, de către comisia de evaluare, a documentelor prezentate de ..., inclusiv de către terțul susținător ..., nu s-a făcut cu rigurozitatea impusă de legislaţia în domeniu şi, pe cale de consecinţă, criticile contestatoarei cu privire la modul în care comisia de evaluare a analizat şi apreciat oferta sa, în referire la cerința minimă privind cifra de afaceri, raportat la terțul susținător ..., apar ca fiind întemeiate, urmând a fi admise.

În baza art. 26 alin. (5) din Legea nr. 101/2016 privind remediile şi căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziţie publică, a contractelor sectoriale şi a contractelor de concesiune de lucrări şi concesiune de servicii, precum şi pentru

organizarea şi funcţionarea Consiliului Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor, Consiliul urmează să admită contestaţia depusă de ... în contradictoriu cu ... și să anuleze raportul procedurii nr. ... și actele subsecvente acestuia, inclusiv adresa nr. ....

Va obliga autoritatea contractantă la reevaluarea ofertei ... și stabilirea unui nou rezultat al procedurii, cu luarea în considerare a motivelor evocate în considerente și a dispozițiilor legale în materie.

Consiliul va respinge cererile de intervenţie voluntară formulate de ... și ..., pentru cele expuse în considerente.

În privinţa cererii de obligare a autorităţii contractante la plata către intervenienta ... a cheltuielilor prilejuite de formularea contestaţiei, ea urmează a fi respinsă, întrucât, nu sunt îndeplinite condiţiile art. 26 alin. (9) din Legea nr. 101/2016 şi ale art. 453 Cod procedură civilă, în sensul că aceasta nu a avut câștig de cauză şi autoritatea contractantă nu s-a aflat în culpă, ci dimpotrivă.

Prezenta decizie va fi obligatorie pentru părţi, în conformitate cu dispoziţiile art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

Împotriva prezentei decizii se va putea formula plângere potrivit art. 32 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, atât pentru motive de nelegalitate, cât şi de netemeinicie, în termen de 10 zile de la comunicare conform art. 29 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

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

Admite contestaţia formulată de ..., în contradictoriu cu ....

Obligă autoritatea contractantă la reevaluarea ofertei ... și stabilirea unui nou rezultat al procedurii, cu luarea în considerare a celor precizate în considerente și a dispozițiilor legale în materie.

Respinge cererea de intervenţie voluntară formulată de ..., pentru motivele evocate, inclusiv solicitarea de acordare a cheltuielilor prilejuite de soluționarea contestației.

Respinge cererea de intervenţie voluntară formulată de ..., pentru motivele evocate.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părţi.

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

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

Redactată în 6 (şase) exemplare, conţine 18 (optsprezece) pagini.