

În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) și ale art. 27 alin. (2) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr.

Prin contestația înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 46920/22.09.2022, formulată de ..SRL, cu sediul în, înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., având CUI RO768330, reprezentată legal prin administrator ... și convențional prin ..., cu sediul ales pentru comunicarea actelor procedurale în ... împotriva raportului procedurii de atribuire nr. 700/AS/1691 din 14.09.2022 și a comunicării nr. 700/AS/1693 din 14.09.2022, emise de ..- SUCURSALA REGIONALĂ ..- UNITATE OPERAȚIONALĂ, în calitate de entitate contractantă, cu sediul în municipiul, în cadrul procedurii de atribuire simplificată, a contractului de achiziție publică de lucrări având ca obiect **„Revopsire poduri metalice pe raza ..”**, s-au solicitat:

- *„Admiterea contestației;*
- *Anularea, în parte, a raportului procedurii de atribuire nr. 700/AS/1691 din data de 14.09.2022, a tuturor actelor subsecvente, inclusiv a adresei nr. 700/AS/1693 din 14.09.2022 privind comunicarea rezultatului procedurii de atribuire;*
- *Obligarea entității contractante la continuarea procedurii de atribuire prin reevaluarea ofertei depuse de ..S.R.L. și la restabilirea rezultatului procedurii cu respectarea celor reținute în motivarea deciziei Consiliului, a documentației de atribuire, precum și a dispozițiilor legale aplicabile;*
- *Obligarea autorității contractante la plata cheltuielilor judiciare ocazionate de prezentul demers administrativ – jurisdicțional”.*

CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR,
asupra cauzei de față, constată următoarele:

Prin contestația înregistrată sub numărul de mai sus, ..SRL critică raportul procedurii de atribuire nr. 700/AS/1691 din 14.09.2022 și comunicarea nr. 700/AS/1693 din 14.09.2022, emise de ..- SUCURSALA

REGIONALĂ ..– UNITATE OPERAȚIONALĂ, solicitând cele menționate în partea introductivă.

În motivarea contestației, ..SRL prezintă un istoric al desfășurării procedurii de atribuire, precizând că, în urma reevaluării ofertelor, în baza deciziei CNSC anterior pronunțată, comisia de evaluare a întocmit raportul procedurii nr. 700/AS/1691 prin care a stabilit că oferta depusă de către ofertantul ..SRL este admisibilă și câștigătoare, având prețul cel mai scăzut, în timp ce oferta sa a fost declarată admisibilă, dar necâștigătoare, clasându-se pe locul 2 cu un preț de 1.765.412,00 lei.

Contestatorul apreciază că entitatea contractantă nu a efectuat în mod obiectiv și temeinic verificarea impusă de art. 180 alin. (2) din Legea nr. 99/2017, fiind desemnată câștigătoare o ofertă susceptibilă de a fi exclusă pentru aflarea operatorului în procedura insolvenței, fără efectuarea unei analize obiective, pro active, cu verificarea situației reale a operatorului economic.

Învederând dispozițiile art. 180 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 99/2016, arată contestatorul că regula este în sensul că entitatea contractantă exclude din procedură ofertantul aflat în insolvență, existând și excepția care se circumscrie strict pentru ofertanții aflați în perioada de observație sau în cea de reorganizare, aplicabilă în anumite condiții riguroase.

Astfel, se precizează că legea a acordat entității contractante dreptul de a nu exclude un ofertant aflat în perioada de observație, acest drept fiind condiționat de obligația de a analiza și verifica următoarele aspecte:

(i) dacă operatorul economic are capacitatea de a executa contractul, ținând cont de măsurile adoptate de respectivul operator privind continuarea activității (prima condiție);

(ii) dacă operatorul economic a adoptat măsurile necesare pentru a întocmi un plan de reorganizare fezabil, ce permite continuarea, de o manieră sustenabilă, a activității curente (a doua condiție).

Potrivit reglementărilor din domeniul achizițiilor publice, contestatorul precizează că obligația de analiză și verificare trebuie dusă la îndeplinire pe baza unor dovezi edificatoare, care pot fi obținute de entitate fie prin solicitarea de clarificări, fie pot fi utilizate informații pe care deja le deține din alte proceduri sau pe care le poate obține relativ facil.

Categoriile de documente și informații care trebuie solicitate și analizate de entitate pentru a decide dacă se impune sau nu excluderea ofertantului, susține contestatorul, au fost exemplificate inclusiv pe cale jurisprudențială stabilindu-se că sunt necesar a fi analizate - *„informații din care reies faptul că stadiul actual al procedurii - perioada de observație - este determinat de contestațiile la tabelul preliminar, că planul de organizare nu poate fi propus până nu se soluționează toate contestațiile și se definitivează tabelul creditorilor; din raportul*

administratorului judiciar, dar și din Buletinele Procedurilor de Insolvență cu rapoartele lunare ale administratorului judiciar, de unde reies numărul de salariați disponibili, capacitatea tehnică, precum și resursele financiare pe care se sprijină ofertantul, contractele denunțate, contractele în derulare, probând, astfel, măsurile concrete necesare pentru întocmirea unui plan de reorganizare fezabil (încasările înregistrate în perioada de observație, proceduri inițiate în vederea recuperării debitelor, proceduri de evaluare de patrimoniu în vederea rentabilizării activității, denunțări de contracte neprofitabile, situația veniturilor lunare)".

Ca atare, susține contestatorul, marja de apreciere a entității contractante privind excluderea ofertantului din procedură este condiționată de respectarea principiilor legalității, buneii administrări, tratamentului egal și proporționalității.

În opinia contestatorului, entitatea contractantă este obligată potrivit legii să adopte decizia excluderii sau neexcluderii în urma unei investigații judicioase, care să permită o concluzie obiectivă cu privire la situația reală în care se găsește ofertantul.

Ori, în cadrul procedurii de față, după pronunțarea deciziei de către Consiliu, entitatea contractantă nu a mai procedat la solicitarea de clarificări ori la efectuarea de verificări suplimentare pentru a obține informații legate de situația reală a ofertantului ..SRL.

Astfel, comisia de evaluare, prin raportare la cele trei contracte aflate în derulare ale ofertantului și la afirmațiile ..SRL potrivit cărora nu a fost întocmit un plan de reorganizare, a considerat, după cum se arată, că oferta nu trebuie exclusă și că este admisibilă.

Se susține că întreaga analiză efectuată de comisia de evaluare s-a realizat în cadrul procesului-verbal nr. 700/AS/1690 din 14.09.2022, fiind preluate concluziile Consiliului, iar singura probă administrată de entitate a fost răspunsul ..SRL la solicitarea de clarificări, anume adresa nr. 3738/18.07.2022.

Astfel, arată contestatorul, potrivit procesului-verbal indicat, entitatea contractantă nu a menționat, în mod expres, dacă ofertantul ..SRL are sau nu capacitatea de a executa contractul, nu a verificat dacă măsurile întreprinse de ..SRL sunt suficiente pentru a-și demonstra fiabilitate, nu a verificat în mod concret situația veniturilor lunare, masa credală, încasările, numărul de salariați disponibili, situația litigiilor, rapoartele administratorului judiciar etc.

Contestatorul apreciază că entitatea contractantă nu a enunțat și nu a verificat în concret condițiile stabilite de art. 180 alin. (2) din Legea nr. 99/2016.

În opinia contestatorului, entitatea contractantă a luat act de cele afirmate de ofertant și a conchis, în mod superficial, că sunt suficiente și concludente, fără să verifice dacă contractele menționate de ofertant sunt în vigoare sau nu, care este prețul de încasat din contractele

respective, dacă există sume de încasat etc., verificare ce era necesară în condițiile în care, în raport de prevederile art. 123 din Legea nr. 85/2015, administratorul judiciar ori chiar cocontractantul ofertantului aveau posibilitatea de a denunța contractele.

De asemenea, se precizează că entitatea contractantă nu a verificat cuantumul masei credale, situație cheltuielilor și a încasărilor din perioada de observație, situația utilajelor, numărul contestațiilor împotriva Tabelului preliminar al creanțelor, detalii privind inventarierea bunurilor/activelor debitorului, pe scurt, nu a efectuat nicio verificare, nici măcar Buletinul Procedurilor de Insolvență sau Portalul Instanțelor.

Astfel, prin raportare la cele menționate și având în vedere prima condiție stabilită de art. 180 alin. (2) din Legea nr. 99/2018, și anume *„dacă operatorul economic are capacitatea de a executa contractul, ținând cont de măsurile adoptate de respectivul operator privind continuarea activității”*, reiese fără putință de tăgadă faptul că, ..SRL nu are capacitatea de a executa contractul de achiziție publică.

Mai mult, după cum se arată, printre măsurile adoptate pentru continuarea activității sunt și cele privind denunțarea de contracte, contracte de achiziție publică încheiate chiar cu regionale CFR, care nu mai pot fi duse la bună îndeplinire.

Într-o altă critică, contestatorul susține incidența cazului de excludere prevăzut de art. 180 alin. (1) lit. c) și g) din Legea nr. 99/2016, în privința ofertantului câștigător.

Comisia de evaluare, arată contestatorul, a omis să verifice și faptul că, în Buletinul Procedurilor de Insolvență nr. 21249/14.12.2020, este publicat Tabelul preliminar cuprinzând obligațiile debitorului ..SRL față de Regionalele CFR, în opinia contestatorului, entitatea contractantă având obligația inclusiv de a transmite o adresă către administratorul judiciar al ..SRL solicitând lămuriri cu privire la proveniența creanțelor sus-menționate, cu detalierea aspectelor privind contractele de achiziție publice cu respectivele Regionale, inclusiv în ceea ce privește durata contractelor, modalitatea în care acestea au încetat, cu precădere în cazul Regionala CFR Cluj unde creanța sa de 1.543.317,59 lei depășește valoarea ofertată de ..în cadrul prezentei licitații.

În opinia contestatorului, peste „verificarea și analiza” efectuată de comisia de evaluare planează un dubiu cu privire la temeinicia acesteia, obiectivitatea sa, precum și cu privire la atitudinea pro activă a entității.

Pentru orice aspect neclar sau insuficient, se impunea, după cum susține contestatorul, ca entitatea contractantă să ceară clarificări și explicații suplimentare, având dreptul de a solicita, în mod direct, informații de la alte autorități competente din țară, în temeiul art. 181 din Legea nr. 99/2016, pârghie de care nu a uzitat.

Mai mult, se arată că jurisprudența CJUE este constantă în a sublinia rolul pro activ în legătură cu clarificarea situațiilor probate prin documente puse la dispoziție de ofertanți.

Astfel, în temeiul principiului unei bune administrări, dar și a condițiilor impuse de art. 180 alin. (2) din Legea nr. 99/2016, comisia de evaluare trebuia să manifeste un grad mult mai înalt de responsabilitate în decizia sa de a nu exclude ofertantul ..SRL din procedură și efectiv de a analiza situația sa reală și concretă, analiză care a lipsit cu desăvârșire.

Având în vedere argumentele prezentate mai sus, contestatorul solicită admiterea contestației, astfel cum a fost formulată.

Ca mijloace de probă, au fost depuse înscrisuri.

Prin punctul de vedere comunicat prin adresa nr. 700/AS/1844/27.09.2022, înregistrată la CNSC sub nr. 47801/28.09.2022, ..- SUCURSALA REGIONALĂ ..- UNITATE OPERAȚIONALĂ, în calitate de entitate contractantă, solicită respingerea contestației, ca nefondată.

În cuprinsul punctului de vedere, entitatea contractantă prezintă un istoric al desfășurării procedurii de atribuire, arătând că, în urma deciziei CNSC nr. 1850/C2/2037/02.09.2022, procesul de reevaluare s-a realizat pe baza documentelor depuse de ..SRL prin adresa nr. 700/AS/1350/02.08.2022.

Reanalizând documentele suport care probează îndeplinirea celor asumate prin completarea DUAЕ depuse de ofertantul ..SRL, comisia de evaluare a constatat următoarele:

1. Cu privire la creanțele bugetare, ofertantul a depus Certificatul de atestare fiscală nr. 5467230/10.08.2022, eliberat de ANAF- Direcția Generala Regionala a Finanțelor Publice .. din care rezultă că are datorii la bugetul general consolidat la data întocmirii în valoare de 872.844,00 lei, cu mențiunea la punctul III Mențiuni relevante pentru situația fiscală a contribuabilului din certificat "insolvența (act 2585/09.09.2020)".

De asemenea, se arată că ofertantul a depus Certificatul de atestare fiscală pentru persoanele juridice privind impozitele și taxele locale nr. 417737/03.08.2022, emis de Consiliul local al Municipiului ..-Directia Fiscală .. din care rezultă că are datorii la taxe și impozite locale la data întocmirii în valoare de 10.089,00 lei.

Prin depunerea Sentinței civile nr. 577/SIND/09.09.2020 Secția II Civilă de Contencios Administrativ și Fiscal al Tribunalului .., se învederează că ofertantul a făcut dovada admiterii cererii având ca obiect deschiderea generală a procedurii de insolvență, fiind în faza de observație, neavând la această dată întocmit planul de reorganizare.

Se subliniază că, prin adresa nr. 3760/10.08.2022, ofertantul ..SRL a confirmat faptul că sumele înscrise în Certificatul de atestare fiscală privind datoriile la bugetul local și în Certificatul de atestare fiscală privind datoriile la bugetul general consolidat reprezintă sume înscrise la masă credală în urma deschiderii generale ale insolvenței.

De asemenea, se precizează că, după deschiderea procedurii insolvenței, operatorul economic beneficiază de facilitățile oferite de

Legea nr. 85/2014, iar în această situație dispozițiile Legii nr. 85/2014 au caracter special în raport de cele ale Legii nr. 99/2016.

Având în vedere că datoriile înscrise în Certificatul de atestare fiscală nr. 5467230/10.08.2022 și în Certificatul de atestare fiscală pentru persoanele juridice privind impozitele și taxele locale nr. 417737/03.08.2022 sunt anterioare deschiderii procedurii insolvenței și sunt înscrise la masa credală, entitatea contractantă menționează că operatorul economic nu va fi exclus din procedura de atribuire, creanțele înscrise în certificatele de atestare fiscală putând fi circumscrise noțiunii de "alte facilități" prevăzute de lege în vederea plății acestora, făcând posibilă încadrarea operatorului economic în situația de excepție de la excludere, reglementată de art. 178 alin. (2) din Legea nr. 99/2016.

2. În acest sens, se arată că, în considerarea stării de insolvență a operatorului economic ..SRL, comisia de evaluare a înțeles să dea eficiență dispozițiilor art. 180 alin. (2) din Legea nr. 99/2016 și a solicitat ofertantului prin adresa nr. 700/AS/1143/15.07.2022, să prezinte contractele aflate în derulare la care a făcut referire în înscrisul „Completări privind insolvență”.

Prin răspunsul nr. 3738/18.07.2022, ..SRL a precizat, după cum se susține, că nu s-a redactat încă un plan de reorganizare având în vedere faptul că nu au fost soluționate contestațiile împotriva tabelului preliminar, ceea ce nu permite întocmirea unui plan de reorganizare, iar potrivit art. 132 din Legea nr. 85/2014, planul de reorganizare se va propune în termen 30 de zile de la publicarea tabelului definitiv de creanțe, indicând un număr de 3 contracte aflate în derulare, pe care le-a anexat răspunsului.

Se precizează că răspunsul operatorului economic ..SRL a fost considerat concludent de către comisia de evaluare așa cum s-a consemnat în procesul-verbal nr.700/AS/1 166/18.07.2022, nefiind necesar a fi clarificate alte aspecte.

Prin urmare, arată entitatea contractantă, în urma verificării documentelor - suport depuse în susținerea informațiilor din DUAE și a documentelor suplimentare identificate, comisia de evaluare a concluzionat faptul că ..SRL probează îndeplinirea celor asumate prin completarea DUAE și a declarat oferta admisibilă.

Față de criticile formulate de ..SRL, se apreciază a fi incidente prevederile art. 180 alin. (1) și alin. (2), art. 184, art. 77 alin. (6) din Legea nr. 85/2014, potrivit cărora entitatea contractantă are dreptul de a exclude operatorul care se află în procedura insolvenței sau în lichidare, în supraveghere judiciară sau în încetarea activității, operator care, la rândul său, are posibilitatea de a furniza dovezi care să arate că măsurile luate de acesta sunt suficiente pentru a-și demonstra în concret credibilitatea, iar pe de altă parte, stabilesc dreptul autorității contractante de a aprecia suficiența acestor dovezi atunci când, pe baza informațiilor și/sau documentelor prezentate de operatorul economic în

cauză, stabilește că acesta are capacitatea de a executa contractul de achiziție publică/acordul-cadru, autoritatea contractantă nu exclude operatorul.

Prin urmare, subliniază entitatea contractantă că dispune de un drept de apreciere în ceea ce privește excluderea din procedură, în cazul incidenței situațiilor prevăzute la art. 180 (și în lipsa unei hotărâri definitive de stabilire a interdicției de participare la procedură), fiind singura responsabilă pentru modul de atribuire a contractului, în aplicarea principiului asumării răspunderii.

Contrar afirmațiilor contestatorului, entitatea contractantă apreciază că și-a exercitat dreptul de apreciere în limitele impuse de lege, decizia comisiei de evaluare fiind justificată.

Ca urmare a Deciziei CNSC nr. 1850/C2/2037 din data de 02.09.2022, comisia de evaluare, în temeiul dispozițiilor art. 180 alin. (2) din Legea nr. 99/2016, a solicitat contestatorului, prin adresa nr. 700/AS/1143/15.07.2022, să prezinte contractele aflate în derulare, la care a făcut referire în înscrisul "Completări privind insolvență".

Așa cum s-a precizat anterior, răspunsul transmis prin adresa nr. 3738/18.07.2022 a fost considerat concludent de către comisia de evaluare, fapt consemnat în procesul-verbal nr. 700/AS/1166/18.07.2022.

Comisia de evaluare, după cum se arată, a avut datele necesare clarificării situației creanțelor fiscale restante, stabilind pe baza documentelor existente la dosarul achiziției faptul că acestea sunt anterioare deschiderii procedurii, sunt înscrise la masa credală și necontestate și având în vedere aspectele deja clarificate anterior formulării contestației de către ofertantul ..SRL, precizate și de către Consiliu, s-a decis că oferta acestuia este admisibilă.

Așadar, după cum se susține, Consiliul nu a stabilit în sarcina entității contractante obligația de a solicita noi documente, clarificări de la ofertantul ..SRL, prin sintagma "cel mult" fiind lăsat la latitudinea comisiei dacă se mai solicită sau nu alte clarificări, în măsura în care comisia ar avea și alte aspecte neclare.

În ceea ce privește starea de insolvență a ofertantului ..SRL, s-a menționat că la masa credală este înscrisă suma de 8.125,15 lei reprezentând penalități, însă suma este mică raportat la valoarea lucrărilor efectuate, lucrări care au fost finalizate în mod corespunzător din punct de vedere calitativ, așadar afirmația contestatorului nu este conformă realității, fiind invocat doar un prejudiciu prezumtiv.

Fiind înscrisi la masa credală, se apreciază că nu este necesară solicitarea unor clarificări suplimentare legate de masa credală, stadiul actual al procedurii, încasări, contracte în derulare sau denunțate, contestații formulate etc., acestea fiind cunoscute din rapoartele administratorului judiciar, publicate în BPI, comisia de evaluare apreciind

că nu au fost aspecte relevante de menționat în procesul verbal de evaluare, care să fi dus la excluderea din procedură a ofertantului ..SRL.

Din *"Raportul asupra cauzelor care au dus la apariția stării de insolvență a societății debitoare ..SRL în insolvență"* a reieșit că un factor determinant pentru situație precară în care a ajuns societatea a fost gestionarea deficitară a creanțelor. Astfel, perioadele de încasare a acestora s-au prelungit foarte mult, apropiindu-se de durata unui an calendaristic. Dată fiind ponderea lucrărilor executate de societate cu beneficiari - entități bugetare - și termenele lungi de execuție prin raportare la obiectul de activitate al societății, termenul lung de încasare al creanțelor este specific, însă, acest fapt a determinat societatea să amâne plata datoriile pe care le avea la rândul său.

Se învederează că dificultățile de încasare a propriilor creanțe, cauzate de intrarea în proceduri de redresare a principalilor parteneri comerciali, au condus ..SRL într-o temporară stare de incapacitate de plată a creanțelor scadente.

Prin urmare, se apreciază că starea de insolvență nu s-a datorat modului în care reclamanta își desfășoară activitatea curentă, nefiind reținută vreo culpă în acest sens.

Entitatea contractantă precizează că analiza tuturor contractelor aflate în derulare este în sarcina administratorului judiciar, cu scopul menținerii sau denunțării lor conform principiului maximizării averii debitoare, astfel, denunțarea unui contract de către acesta nu poate constitui un motiv temeinic pentru scoaterea din procedură a ofertantului aflat în insolvență.

Referitor la creanțele înscrise la masa credală, contrar susținerilor contestatorului, arată entitatea contractantă, creanța Regionalei CF Cluj este înscrisă sub condiție în tabel și face obiectul unei contestații formulată de către debitoarea ..SRL, ce face obiectul dosarului nr. 2585/62/2020/a2 aflat pe rolul Tribunalului .. cu termen în data de 27.09.2022, acesta fiind motivul pentru care comisia de evaluare nu a făcut vreo referire la acest aspect, acesta neputând fi un motiv de excludere din procedura a ofertantului ..SRL.

În mod similar, față de susținerile contestatorului cu privire la creanțele Regionalelor CF .. și .., comisia de evaluare nu le-a indicat în procesul-verbal de evaluare deoarece acestea nu aveau relevanță în cadrul procedurii, neputând constitui motiv de excludere din procedură a ofertantului ..SRL.

Astfel, susține entitatea contractantă, situația litigiilor aflate pe rolul instanțelor de judecată nu este analizată, deoarece modul în care acestea vor fi soluționate definitiv este incert la momentul evaluării, iar faptul că o societate are litigii pe rolul instanțelor de judecată nu poate constitui un temei pentru excluderea unui ofertant din procedură, chiar și aflat în insolvență.

Referitor la incidența unei *"posibile abateri profesionale a ofertantului"* determinată de existența unui litigiu cu privire la documentul constatator nr. 47/B/289/18.10.2019 care a făcut obiectul dosarului nr. 36535/3/2019 al Tribunalului București, se menționează că nu s-au cerut clarificări, deoarece la verificarea bazei de date SICAP din data de 13.07.2022, nu s-a găsit publicat un astfel de document care să conțină eventuale prejudicii/pagube.

3. Cu privire la documentele constatatoare depuse la dosar de către contestator anexat la "Cererea de probatorii", entitatea contractantă invocă prevederile art. 180 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 99/2016, precizând că excluderea unui operator economic este posibilă numai în măsura în care neîndeplinirea obligațiilor respective/întârzierea în îndeplinirea acestora reprezintă o abatere gravă sau în cazul unor abateri/întârzieri repetate.

Sanțiunea excluderii din procedură fiind una extrem de gravă, se impune, în opinia entității contractante, ca încălcarea contractului cauzată de operatorul economic să fie una importantă, comparabilă cu cele menționate la art. 180 alin. (6) din lege, și nu una neînsemnată sau mai multe, care să nu fi produs consecințe.

Se menționează că, într-adevăr, penalitățile de întârziere sunt daune-interese moratorii, dar nu orice întârziere în cadrul unui contract atrage sanțiunea maximă, aceea a excluderii din procedură, mai cu seamă în situația în care operatorul, cu bună credință, achită respectivele penalități (cum este cazul penalităților precizate în documentul constatator nr. 720/247/18.03.2022).

Entitatea contractantă concluzionează că a analizat cu diligență documentele și informațiile deținute, contrar celor susținute de contestator.

Prin concluziile scrise înregistrate la CNSC sub nr. 48334/30.09.2022, ..SRL combate apărările formulate de entitatea contractantă, solicitând admiterea contestației astfel cum a fost formulată.

În drept, se invocă dispozițiile Legii nr. 99/2016, ale H.G. nr. 394/2016 și ale Legii nr. 101/2016.

Ca mijloace de probă au fost depuse, în copie, înscrisuri.

..SRL a constituit cauțiunea în quantum de 41.078,49 lei prin recipisa de consemnare nr. 208421066/1 din 23.09.2022, eliberată de CEC Bank – Sucursala Victoria, fiind înregistrată în Registrul de evidență al CNSC sub nr. 2142/26.09.2022.

Din analiza susținerilor părților și a documentelor existente la dosarul cauzei, Consiliul reține cele ce urmează:

C.N.C.F. „C.F.R.” SA - SUCURSALA REGIONALĂ ..– UNITATE OPERAȚIONALĂ, în calitate de entitate contractantă, a inițiat procedura

de atribuire simplificată, a contractului de lucrări având ca obiect **„Revopsire poduri metalice pe raza ..”**, prin publicarea în SEAP a anunțului de participare simplificat nr./27.06.2022.

Valoarea estimată a contractului este de 2.053.924,73 lei, fără TVA, iar criteriul de atribuire este *„prețul cel mai scăzut”*.

Conform înscrisului *„Declarație de participare”* generat de SEAP, în cadrul procedurii au fost depuse 3 oferte, printre care se regăsește și cea a contestatorului.

Nemulțumit de decizia de respingere a ofertei sale, despre care a luat cunoștință din adresa nr. 700/AS/1453/11.08.2022, ..SRL a depus contestația soluționată de CNSC prin Decizia nr. 1850/C2/2037 din 02.09.2022, prin care s-a dispus:

Admite, în parte, contestația formulată de ..SRL, în contradictoriu cu ..SUCURSALA REGIONALĂ ..– UNITATE OPERAȚIONALĂ, anulează procesul-verbal nr. 700/AS/1452/2022, în ceea ce privește evaluarea ofertei contestatorului, precum și actele subsecvente acestuia.

Obligă entitatea contractantă să reevalueze oferta menționată, în considerarea celor ce preced, în termen de 15 zile de la primirea prezentei.

Respinge, ca inadmisibil capătul de cerere vizând *Constatarea caracterului conform și acceptabil al ofertei depuse de subscrisa*.

Decizia Consiliului nu a fost atacată cu plângere de către entitatea contractantă sau alt operator economic interesat.

Punând în executare decizia menționată, entitatea contractantă a emis raportul procedurii nr. 700/AS/1691/14.09.2022, prin care a desemnat câștigătoare oferta depusă de ..SRL, în timp ce oferta depusă de contestatorul de față, ..SRL, s-a poziționat în clasamentul final pe locul 2.

Împotriva acestui rezultat al procedurii, pentru motivele mai sus evocate, ..SRL a depus contestația de față.

Procedând la analiza criticilor contestatorului, Consiliul reține ca fiind relevante următoarele considerente ale Deciziei nr. 1850/C2/2037 din 02.09.2022, pronunțată, după cum s-a arătat, în soluționarea contestației depusă de ..SRL împotriva deciziei de respingere a ofertei sale.

Examinând susținerile părților, probatoriul aflat la dosarul cauzei și dispozițiile legale aplicabile, Consiliul constată că, potrivit actului atacat, oferta contestatorului a fost declarată inacceptabilă, în baza art. 143 alin. (2) lit. b) din H.G. nr. 294/2016 și respinsă, în conformitate cu art. 143 alin. (1) din H.G. nr. 394/2016, pentru două motive, primul dintre acestea constând în faptul că ..SRL nu a îndeplinit criteriul de calificare regăsit la cap. III.1.a) – *„Situația personală a candidatului sau ofertantului”* din fișa de date, cerința nr. 1, privind neîncadrarea în situațiile prevăzute la art. 178 din Legea nr. 99/2016.

Pentru a decide astfel, conform aceluiași document și procesului-verbal nr. 700/AS/1452/2022, comisia de evaluare a avut în vedere informațiile rezultate din Certificatul de atestare fiscală nr. 5467230/10.08.2022, emis de ANAF – Direcția Generală Regională a Finanțelor Publice .., din care rezultă datorii la bugetul general consolidat în valoare de 872.844,00 lei, respectiv din Certificatul de atestare fiscală nr.

417737/03.08.2022, emis de Consiliul Local al Municipiului .. – Direcția Fiscală .., din care rezultă datoriile la bugetul local în valoare de 10.089,00 lei, concluzionând că oferta nu se încadrează în situația de excepție prevăzută la art. 179 alin. (2) din Legea nr. 99/2016, deoarece datoria la bugetul general consolidat depășește pragul legal minim impus, de 10.000,00 lei.

A enunțat entitatea contractantă, totodată, dispozițiile art. 180 alin. (1) lit. b) și alin. (2) din Legea nr. 99/2016, și a reținut, față de Sentința civilă nr. 577/SIND pronunțată de Tribunalul .., că în privința contestatorului a fost deschisă procedura insolvenței și se află în faza de observație, fără a avea întocmit planul de reorganizare, situație în care creanțele anterioare deschiderii procedurii insolvenței sunt obligații fiscale restante în această perioadă, fiind cuprinse în certificatul de atestare fiscală la secțiunea A - „*Obligații fiscale și alte obligații bugetare*”.

Având a analiza legalitatea deciziei de respingere a ofertei contestatorului, prin prisma motivului de respingere așa cum a fost stabilit, Consiliul reține că, la cap. III.1.1.a) – „*Situația personală a candidatului sau ofertantului*” din fișa de date, entitatea contractantă a impus următoarele:

Cerința nr. 1: **Ofertanții**, asociații, terții susținători și subcontractanții **nu trebuie să se regăsească în situațiile prevăzute la art. 177, 178 și 180 din Legea nr. 99/2016** cu modificările ulterioare.

Modalitatea prin care poate fi demonstrată îndeplinirea cerinței:

Se va prezenta DUAE - conform art. 202 alin. (1) din Legea 99/2016 și se va completa de către operatorii economici participanți la procedura de atribuire (ofertant/ofertant asociat/terț susținător/subcontractant) cu informațiile aferente situației lor, conform Notificării ANAP din data de 08.04.2019 privind utilizarea DUAE și a Notificării ANAP din 03.07.2019 referitoare la utilizarea DUAE integrat în SEAP.

(...) **Documentele justificative care probează îndeplinirea celor asumate prin completarea DUAE urmează a fi prezentate doar la solicitarea entității contractante de către ofertantul clasat pe primul loc în clasamentul intermediar întocmit la finalizarea evaluării ofertelor.**

Aceste documente pot fi:

1. **Certificate constatatoare privind lipsa datoriilor restante la momentul prezentării acestora, cu privire la plata impozitelor, taxelor sau a contribuțiilor la bugetul general consolidat (buget local, buget de stat etc).** Pentru sediile sociale secundare se poate prezenta o declarație pe proprie răspundere privind îndeplinirea obligațiilor de plată a impozitelor, taxelor sau contribuțiilor la bugetul general consolidat datorate, din care să reiasă faptul că ofertantul nu are datorii restante la momentul prezentării acesteia;

Dispozițiile art. 178 din Legea nr. 99/2016, la care se face trimitere în conținutul cerinței, reglementează două cazuri de excludere a ofertantului de cadrul procedurii, dar și excepția de la această regulă, respectiv:

(1) Entitatea contractantă exclude din procedura de atribuire orice operator economic despre care:

a) fie are cunoștință că și-a încălcat obligațiile privind plata impozitelor, taxelor sau a contribuțiilor la bugetul general consolidat, iar acest lucru a fost stabilit printr-o hotărâre judecătorească sau decizie administrativă având caracter definitiv și obligatoriu în conformitate cu legea statului în care respectivul operator economic este înființat, sau cu cele ale statului membru al autorității contractante;

b) fie poate demonstra prin orice mijloace adecvate că respectivul operator economic și-a încălcat obligațiile privind plata impozitelor, taxelor sau a contribuțiilor la bugetul general consolidat.

(2) Operatorul economic nu este exclus din procedura de atribuire dacă, anterior deciziei de excludere, își îndeplinește obligațiile prin plata impozitelor, taxelor sau contribuțiilor la bugetul general consolidat datorate ori prin alte modalități de stingere a acestora sau beneficiază, în condițiile legii, de eşalonarea acestora ori de alte facilități în vederea plății acestora, inclusiv, după caz, a eventualelor dobânzi ori penalități de întârziere acumulate sau a amenzilor.

O altă excepție de la regula excluderii din procedură a ofertantului aflat în oricare dintre cele două cazuri expres prevăzute de textul legal enunțat, a fost stabilită de legiuitor la art. 179 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, sub forma:

(2) Prin excepție de la dispozițiile art. 178 alin. (1) și (2), un operator economic nu este exclus din procedura de atribuire atunci când cuantumul impozitelor, taxelor și contribuțiilor la bugetul general consolidat datorate și restante este mai mic de 10.000 lei.

Prin contestația depusă, ..SRL nu tăgăduiește existența datoriilor sale de plată, însă susține că decizia de respingere a ofertei sale este nelegală, întrucât aplicabile sunt dispozițiile art. 180 din Legea nr. 99/2016, iar nu art. 178 și 179 din același act normativ, dată fiind starea de insolvență în care se află.

În analiza temeiniciei acestei susțineri, Consiliul reține că art. 180 din Legea nr. 99/2016 instituie cazuri de excludere distincte de cele prevăzute de art. 178 alin. (1) din Legea nr. 99/2016, respectiv:

(...)

Și de la această regulă legiuitorul a prevăzut o excepție, aceasta fiind prevăzută la alin. (2) al articolului menționat, și are conținutul:

(...)

În ceea ce privește starea de insolvență a contestatorului, din înscrisurile aflate la dosar, rezultă că, în DUAE depus, contestatorul a precizat, la pct. C – „*Motive legate de insolvență, conflict de interese sau abateri profesionale*”, aferent rubricii „*Insolvență*”, următoarele:

Da

Răspunsul dumneavoastră

Societatea este în perioada de observație conform Sentinței din dosarul nr. 2585/62/2020 Tribunalul ...

Precizați motivele pentru care veți putea fi, totuși, în măsură să executați contractul. Nu este necesar să se furnizeze aceste informații în cazul în care excluderea operatorilor economici în acest caz a devenit obligatorie în temeiul legislației naționale aplicabile, fără nicio posibilitate de derogare atunci când operatorul economic este, totuși, în măsură să execute contractul.

În ceea ce privește posibilitatea îndeplinirii sarcinilor contractuale, menționăm că în prezent există contracte în derulare generatoare de profit ce vor susține derularea lucrărilor actuale și viitoare.

De asemenea, a transmis contestatorul în SEAP, așa cum apare consemnat și în procesul-verbal nr. 700/AS/1138/2022:

- Sentința civilă nr. 577/SIND din 09.09.2020, pronunțată de Tribunalul .. în dosarul nr. 2585/62/2020, prin care a fost deschisă procedura insolvenței;

- Încheierea din 02.03.2022, pronunțată în dosarul menționat, din care rezultă că procedura de insolvență se află în stadiul soluționării la tabelul preliminar al creditorilor;
- Completări privind insolvența, în care a explicitat situația în care se află raportat la înscrisurile de mai sus, cu precizarea că, în ceea ce privește Planul de organizare, definitivările se vor face după întocmirea tabelului definitiv al creditorilor. A reiterat contestatorul în ceea ce privește posibilitatea îndeplinirii sarcinilor contractuale, că are în derulare contracte generatoare de profit ce vor susține derularea lucrărilor actuale și viitoare și vor contribui la întocmirea Planului de reorganizare.

Așadar, este cert că „SRL se află în stare de insolvență, respectiv se află în cazul de excludere prevăzut la art. 180 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 99/2016, așa cum corect susține prin contestație.

Data fiind situația contestatorului, incidente devin dispozițiile alin. (2) ale aceluiași articol, care statuează asupra obligației comisiei de evaluare de a efectua verificări în sensul de a stabili dacă acesta are capacitatea de a executa contractul, ținând cont de măsurile adoptate în vederea continuării activității.

Din actele dosarului, respectiv din procesul-verbal nr. 700/AS/1138/2022, rezultă că, în considerarea stării de insolvență a contestatorului, dovedită cu actele menționate, comisia de evaluare a înțeles să dea eficiență dispozițiilor art. 180 alin. (2) din Legea nr. 99/2016, sens în care a emis adresa nr. 777/AS/1143/15.07.2022, prin care enunțând textul de lege arătat, a solicitat contestatorului să prezinte contractele aflate în derulare, la care a făcut referire în înscrisul „*Completări privind insolvența*”.

Contestatorul a răspuns prin adresa nr. 3738/18.07.2022, în care a arătat că nu s-a redactat încă un plan de reorganizare având în vedere faptul că nu au fost soluționate contestațiile împotriva tabelului preliminar, ceea ce nu permite întocmirea unui plan de reorganizare, că, în conformitate cu art. 132 din Legea nr. 85/2014, planul de reorganizare se va propune în termen 30 de zile de la publicarea tabelului definitiv de creanțe, și a precizat un număr de 3 contracte aflate în derulare, pe care le-a și anexat răspunsului.

Acest răspuns al contestatorului a fost considerat concludent de către comisia de evaluare, așa cum apare consemnat în procesul-verbal nr. 700/AS/1166/18.07.2022, pentru ca mai apoi, solicitând documentele suport DUAЕ, în condițiile în care oferta contestatorului a fost declarată admisibilă atât din punct de vedere tehnic cât și financiar, comisia de evaluare să concluzioneze în sensul respingerii ofertei cu motivarea de mai sus.

Consiliul nu achiesează, încă, concluziei comisiei de evaluare.

După cum s-a arătat în cele ce preced, cazurile de excludere prevăzute la art. 178 alin. (1) sunt distincte de cele prevăzute la art. 180 alin. (1) din Legea nr. 99/2016, și presupun verificări diferite, stabilite corespunzător de textelor legale incidente fiecărei categorii dintre cazurile de excludere.

Astfel, entitatea contractantă era obligată să concluzioneze în raport cu verificările aflate în sarcina sa prin prisma art. 180 alin. (2) din Legea nr. 99/2016, iar nu prin raportare la texte legale care nu au nicio legătură cu aplicarea acestuia.

Invocă entitatea contractantă împrejurarea că certificatele fiscale depuse în etapa de verificare a documentelor suport DUAЕ atestă datorii restante ale contestatorului, câtă vreme sunt anterioare deschiderii procedurii insolvenței, iar societatea se află în faza de observație dar anterior aprobării planului de reorganizare, însă acest aspect este reglementat explicit de textul excepției prevăzută la art. 180 alin. (2) din Legea nr. 99/2016.

Reiterează Consiliul că, în acord cu textul legal menționat, în cazul ofertantului aflat în perioada de observație, comisia de evaluare trebuie să stabilească pe baza informațiilor

și/sau documentelor prezentate de respectivul ofertant ori obținute în alt mod, dacă acesta are capacitatea de a executa contractul ce urmează a fi atribuit. Teza ultimă a textului legal menționat vizează două ipoteze, prima este cea în care ofertantul se află în faza de observație și a adoptat măsurile necesare pentru a întocmi un plan de reorganizare fezabil, iar cea de a doua este cea în care planul de organizare a fost aprobat.

Astfel, revenea comisiei de evaluare obligația de a analiza explicațiile și documentele prezentate de acesta (contracte în derulare) spre a stabili dacă are capacitatea de a executa contractul, respectiv măsurile adoptate în vederea întocmirii unui plan de reorganizare fezabil.

Nu era îndreptățită sub nicio formă comisia de evaluare să „abandoneze” verificarea la care era obligată și pe care a și inițiat-o, ci cel mult, față de răspunsul primit deja din partea contestatorului, să continue activitatea de clarificare cu aceasta spre a se încredința că respectivele datorii sunt anterioare deschiderii procedurii insolvenței și, totodată, sunt înscrise la masa credală, dacă avea vreun dubiu în acest sens, ori spre a se lămuri cu privire la alte aspecte apreciate neclare.

Relevanță în soluționare prezintă și dispozițiile legale invocate de contestator, respectiv:

- din Legea nr. 85/2014 privind procedurile de prevenire a insolvenței și de insolvență:
 - art. 5 pct. 29: (...);
 - art. 75 alin. (1): (...)
 - art. 77 alin. (6): (...)
 - art. 112 alin. (1): (...)
- din Codul de Procedură Fiscală:
 - art. 265 din Codul de procedură fiscală: (...)

În concluzie, starea de insolvență în sine nu reprezintă motiv întemeiat de respingere a ofertei, după cum nu reprezintă un motiv întemeiat nici împrejurarea că, în cadrul procedurii insolvenței, planul de reorganizare nu a fost încă întocmit.

Nici speța 765 aflată în Biblioteca de spețe a ANAP nu poate fi valorificată drept argument în favoarea entității contractante, având în vedere că nu are caracter obligatoriu în fața organismului administrativ jurisdicțional însărcinat cu soluționarea contestațiilor în raport cu dispozițiile legale incidente.

Invocă entitatea contractantă, de asemenea, caracterul obligatoriu al documentației de atribuire, însă conținutul cerinței nr. 1, în opinia Consiliului, nu exclude verificarea prin prisma excepției legale de la aplicarea cazului de excludere.

În concluzie, este evident că entitatea contractantă nu a acționat cu respectarea întru totul a dispozițiilor art. 180 alin. (1) lit. b) și alin. (2) din Legea nr. 99/2016, context în care nici concluzia cu privire la răspunsul nr. 3738/18.07.2022 nu poate fi reținută, fiind necesară reluarea verificărilor la care entitatea contractantă este obligată.

Având în vedere cele ce preced, criticile contestatorului se vădesc a fi fondate, astfel că vor fi admise, cu consecința înlăturării motivului de respingere analizat, rezultat al interpretării și aplicării eronate a dispozițiilor legale incidente, cum corect susține contestatorul.

Așadar, motivul de respingere constând în încadrarea ofertei ..SRL în cazul de excludere prevăzut la art. 178 din Legea nr. 99/2016, reținut cu ocazia evaluării documentelor suport DUAЕ depuse de ofertantul arătat, a fost infirmat de Consiliu cu consecința obligării entității contractante la reevaluarea acestei oferte, respectiv, față de starea de

insolvență în care se regăsea ofertantul menționat, caz de excludere prevăzut de art. 180 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 99/2016, să efectueze verificări prin prisma excepției de la regula respingerii ofertei, prevăzută de alin. (2) al acestui din urmă articol.

Relevanță din perspectiva comportamentului trasat în sarcina entității contractante în aplicarea deciziei pronunțate, prezintă următoarele paragrafe din cadrul considerentelor de mai sus:

Astfel, revenea comisiei de evaluare obligația de a analiza explicațiile și documentele prezentate de acesta (contracte în derulare) spre a stabili dacă are capacitatea de a executa contractul, respectiv măsurile adoptate în vederea întocmirii unui plan de reorganizare fezabil.

Nu era îndreptățită sub nicio formă comisia de evaluare să „abandoneze” verificarea la care era obligată și pe care a și inițiat-o, ci cel mult, față de răspunsul primit deja din partea contestatorului, să continue activitatea de clarificare cu aceasta spre a se încredința că respectivele datorii sunt anterioare deschiderii procedurii insolvenței și, totodată, sunt înscrise la masa credală, dacă avea vreun dubiu în acest sens, ori spre a se lămuri cu privire la alte aspecte apreciate neclare. dar și paragraful având conținutul:

În concluzie, este evident că entitatea contractantă nu a acționat cu respectarea întrutotul a dispozițiilor art. 180 alin. (1) lit. b) și alin. (2) din Legea nr. 99/2016, context în care nici concluzia cu privire la răspunsul nr. 3738/18.07.2022 nu poate fi reținută, fiind necesară reluarea verificărilor la care entitatea contractantă este obligată.

După cum rezultă din procesul-verbal nr. 700/AS/1690/2022, încheiat cu ocazia reevaluării la care a fost obligată, entitatea contractantă a concluzionat în sensul că răspunsul nr. 378/18.07.2022 este concludent și a făcut trimitere la procesul-verbal nr. 700/AS/1166/18.07.2022.

Această simplă concluzie la care s-a oprit comisia de evaluare nu este însă suficientă și nu echivalează cu respectarea deciziei Consiliului, cât vreme nu cuprinde analiza care a determinat entitatea contractantă să concluzioneze de maniera arătată, analiză care ar fi făcut posibilă, totodată, verificarea temeiniciei concluziei stabilite.

Se impune precizarea că discutabilă este corectitudinea concluziei entității contractante în contextul în care justificarea acesteia lipsește din actul evaluării, de justificarea arătată ținând însăși legalitatea concluziei.

Cât privește obligația entității contractante de a solicita clarificări suplimentare, Consiliul nu a impus efectuarea unui astfel de demers, ultimul paragraf redat în cele ce preced fiind elocvent în acest sens. Respectiv, după cum corect arată și entitatea contractantă, aceasta nu a fost limitată în acțiunea de a solicita eventuale noi clarificări dacă considera de cuviință, dar nici obligată să efectueze un asemenea demers în situația în care nu-l aprecia necesar.

Astfel fiind, critica contestatorului conform căreia entitatea contractantă nu a efectuat în mod obiectiv și temeinic verificarea impusă

de art. 180 alin. (2) din Legea nr. 99/2016 apare întemeiată însă din considerentele mai sus expuse.

Argumentează contestatorul, de asemenea, în susținerea aceleiași critici, că verificarea aflată în sarcina sa impunea entității contractante obligația de a solicita anumite categorii de documente și informații pe care înțelege să le evalueze în contestație.

Ținând seama de cele dezlegate prin decizia precedentă, care se bucură de autoritate de lucru judecat în forma prezumției – mijloc de probă de natură a demonstra ceva în legătură cu raporturile dintre părți, Consiliul nu achiesează opiniei contestatorului.

Astfel, față de dispozițiile art. 180 alin. (1) lit. b) și (2) din Legea nr. 98/2016, entitatea contractantă are dreptul de a exclude din procedură operatorul care se află în stare de insolvență, operator care, la rândul său, are posibilitatea de a furniza dovezi care să arate că are capacitatea de a executa contractul. Aceasta, în accepțiunea legii, presupune că respectivul operator economic:

- fie se află în faza de observație și a adoptat măsurile necesare pentru a întocmi un plan de reorganizare fezabil, ce permite continuarea, de o manieră sustenabilă, a activității curente;
- fie este în cadrul procesului de reorganizare judiciară și respectă integral graficul de implementare a planului de reorganizare aprobat de instanță.

Cele două ipoteze sunt alternative și menite, în oricare dintre ele, să conducă spre concluzia că ofertantul are capacitatea de a executa contractul, și nu reprezintă condiții cumulative, cum interpretează contestatorul.

Prin urmare, prezentarea unor astfel de dovezi poate convinge entitatea contractantă care își poate asuma răspunderea de a păstra ofertantul în procedură.

Se impune a fi subliniat, așa cum corect susține și entitatea contractantă, că dispune de un drept de apreciere în ceea ce privește excluderea din procedură a ofertantului aflat în cazul de excludere prevăzut la art. 180 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 99/2016, aceasta fiind singura responsabilă pentru modul de atribuire a contractului, în aplicarea principiului asumării răspunderii.

Acest dreptul de apreciere al entității contractante rezidă și din interpretarea dispozițiilor art. 184 alin. (1) și (2) din Legea nr. 99/2016, potrivit cărora:

(1) Orice operator economic aflat în oricare dintre situațiile prevăzute la art. 177, 178 și 180 care atrag excluderea din procedura de atribuire poate furniza dovezi care să arate că măsurile luate sunt suficiente pentru a-și demonstra în concret credibilitatea prin raportare la motivele de excludere.

(2) În cazul în care **entitatea contractantă consideră dovezile** prezentate de operatorul economic în conformitate cu prevederile alin. (1) **ca fiind suficiente** pentru

demonstrarea în concret a credibilității, entitatea contractantă **nu exclude operatorul economic din procedura de atribuire**".

Așadar, operatorul economic aflat într-una din situațiile de excludere trebuie să prezinte dovezi suficiente, de natură a demonstra în concret și convinge entitatea contractantă de credibilitatea sa.

Fiind singura în măsură să aprecieze oportunitatea excluderii din procedură a unui operator economic aflat în această situație, nici Consiliul și nici instanța nu pot interveni, decât în măsura în care dispozițiile legale au fost încălcate iar soluția este adoptată cu exces de putere.

Or, câtă vreme, nicăieri în actele emise de entitatea contractantă nu se regăsește o justificare în susținerea caracterului concludent al răspunsului ofertantului, raționamentul în baza căruia comisia de evaluare și-a fundamentat concluzia, Consiliul reține că entitatea contractantă nu și-a exercitat dreptul de apreciere în limitele impuse de lege, ci în mod abuziv.

Relevantă în ceea ce privește dreptul de apreciere al entității contractante este Decizia civilă nr. 259/11.06.2019, pronunțată de Curtea de Apel București, Secția a IX-a Contencios Administrativ și Fiscal, în cuprinsul căreia instanța a reținut: «... Fiind stabilită existența cazului de excludere reglementat de art. 180 alin. 1 lit. g), autoritatea contractantă era obligată să excludă din procedura de atribuire orice operator economic care se afla în situația de excludere, iar contestatoarea se afla în această situație. Dispoziția legală, respectiv decizia de excludere din cadrul procedurii de atribuire a fost stabilită de către legiuitor, în mod evident, cu caracter imperativ.

Tot legiuitorul a stabilit o situație de excepție de la aplicarea acestor dispoziții imperative, respectiv cea prevăzută de art. 184 din Legea nr. 99/2016, excepție potrivit căreia entitatea contractantă "nu exclude din procedura de atribuire un operator aflat în oricare dintre situațiile prevăzute la art. 177, 178 și 180 care atrag excluderea din procedură atunci când consideră dovezile prezentate de operatorul economic în conformitate cu prevederile alin. (1) ca fiind suficiente pentru demonstrarea în concret a credibilității".

Însă, stabilirea incidenței acestei situații de excepție este lăsată la aprecierea autorității contractante, aspect în strânsă legătură cu principiul asumării răspunderii statuat de art. 2 alin. (2) lit. f) din Legea nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale, **comisiei de evaluare din cadrul entității contractante revenindu-i sarcina de a stabili dacă, prin documentele depuse, ofertantul demonstrează, în concret, credibilitatea sa.**

Așadar, operatorul economic aflat într-una din situațiile de excludere trebuie să prezinte dovezi suficiente, de natură a demonstra în concret și a convinge autoritatea contractantă de credibilitatea sa.

Prin urmare, **dispozițiile invocate de reclamantă instituie, pe de o parte, posibilitatea operatorului economic aflat într-una din situațiile de excludere, de a aduce dovezi concrete pentru a convinge autoritatea contractantă de credibilitatea sa, pe de altă parte, dreptul autorității contractante de a aprecia suficiența acestor dovezi.**

Așadar, **autoritatea contractantă dispune de un drept de apreciere în ceea ce privește excluderea din procedură**, în cazul incidenței situațiilor prevăzute la art. 180 (și

în lipsa unei hotărâri definitive de stabilire a interdicției de participare la procedură), **autoritatea contractantă fiind singura responsabilă pentru modul de atribuire a contractului, în aplicarea principiului asumării răspunderii.**

Dispozițiile enunțate stabilesc dreptul de apreciere al autorității contractante în ceea ce privește măsura excluderii, în situația concretă din speță, și, atâta timp cât acest drept de apreciere se exercită în limitele impuse de lege și cu respectarea principiilor de atribuire a contractelor de achiziții, nu poate fi apreciat ca abuziv.

Ca efect al principiului asumării răspunderii, autoritatea contractantă este entitatea abilitată să analizeze dovezile depuse și să stabilească dacă sunt suficiente pentru a permite menținerea ofertantului în procedură, Consiliul sau instanța având doar menirea de a verifica exercitarea dreptului de apreciere fără depășirea limitelor sale.

În acest sens, este și punctul de vedere al ANAP publicat pe site-ul acestei instituții care, în interpretarea acestor dispoziții, precizează:

"Prin urmare, având în vedere că în cazul de față operatorul economic a achitat în integralitate pretenția asupra garanției de bună execuție, se poate constata că există premisele ca la procedurile viitoare de achiziții să nu fie exclus din procedură în baza acestui document constatator negativ, dacă acesta furnizează dovezi care să arate efectuarea plății în ceea ce privește prejudiciile cauzate. **În cele din urmă, precizăm că entitatea contractantă care va organiza procedura de atribuire, la care operatorul economic în discuție dorește să participe, este singura în măsură să analizeze situația concretă, în baza documentelor depuse și a clarificărilor solicitate, dacă este cazul, și să decidă în consecință** (speța 682);

"entitatea contractantă este cea responsabilă și în măsură să se pronunțe (în baza tuturor documentelor/informațiilor de care dispune) dacă dovida prezentată de către operatorul economic S.C. X S.R.L. privind plata prejudiciului în cauză este suficientă pentru demonstrarea în concret a credibilității, prin raportare la motivele reale ale neîndeplinirii obligațiilor contractuale și eliberării documentului constatator negativ, cu respectarea, ca atare, a dispozițiilor art. 180 alin. (1) lit. g) din legea anterior menționată (speța 290) ...».

Totodată, Curtea Europeană de Justiție în Hotărârea pronunțată la 19 iunie 2019 în cauza C-41/18 (*Meca SRL împotriva Comune di Napoli*) a statuat:

28. În al doilea rând, potrivit articolului 57 alineatul (4) din Directiva 2014/24, „[a]utoritățile contractante pot exclude sau statele membre le pot solicita acestora să excludă de la participarea la o procedură de achiziție publică orice operator economic aflat în oricare din situațiile [menționate la această dispoziție]”. Astfel, din textul dispoziției respective **rezultă că autoritățile contractante, iar nu instanța națională, sunt cele cărora lea fost încredințată sarcina de a aprecia dacă un operator economic trebuie să fie exclus dintr-o procedură de achiziții publice.**

29. În al treilea rând, **posibilitatea de care dispune orice autoritate contractantă de a exclude un ofertant de la o procedură de achiziții publice este menită în special să îi permită să aprecieze integritatea și fiabilitatea fiecăruia dintre ofertanți,** astfel cum dovedesc articolul 57 alineatul (4) literele (c) și (g), precum și considerentul (101) al Directivei 2014/24.

31. În al patrulea rând, potrivit articolului 57 alineatul (5) din Directiva 2014/24, autoritățile contractante trebuie să poată exclude un operator economic „în orice moment în cursul procedurii”, iar nu numai după ce o instanță judecătorească și-a pronunțat hotărârea,

ceea ce constituie un indiciu suplimentar al voinței legiuitorului Uniunii de a permite autorității contractante să își facă propria apreciere cu privire la faptele comise sau omise, fie înainte, fie în cursul procedurii de achiziții, în una dintre situațiile menționate la articolul 57 alineatul (4) din această directivă.

34. Or, astfel cum s-a arătat la punctul 28 din prezenta hotărâre, reiese din textul articolului 57 alineatul 4 din Directiva 2014/24 că **legiuitorul Uniunii a intenționat să încredințeze autorității contractante, și doar acesteia, în faza de selecție a ofertanților, sarcina de a aprecia dacă un candidat sau un ofertant trebuie să fie exclus de la o procedură de achiziții publice.**

Aceeași instanță europeană a făcut trimitere la cele mai sus evocate și în Hotărârea din 3 octombrie 2019 în cauza C-267/18 (*Delta Antrepriză de Construcții și Montaj 93 SA împotriva Companiei Naționale de Administrare a Infrastructurii Rutiere*).

Astfel fiind, argumentele contestatorului ținând de documentele pe care entitatea contractantă avea obligația de a le solicita nu vor fi reținute în soluționare, fiind rezultatul unor simple aprecieri ale contestatorului.

De interes, subliniază Consiliul, prin prisma dispozițiilor legale pe linia achizițiilor publice, este, pe de o parte, ca ofertantul să se afle în stare de insolvență, stare care în cazul ..SRL nu poate fi tăgăduită dată fiind documentele prezentate de acesta, iar, pe de altă parte, ca acesta să demonstreze entității contractante că are capacitatea, în ciuda stării de insolvență în care se află, de a-și continua activitatea.

În concluzie, entitatea contractantă va relua verificarea la care a fost obligată prin decizia anterioară, cu luarea în considerare și a celor ce preced, în special în ceea ce privește obligația de justificare a deciziilor adoptate.

Următoarea critică de pretinsă nelegalitate a deciziei de desemnare a ofertei ..SRL drept câștigătoare este constituită de susținerea contestatorului conform căreia ofertantul menționat intră sub incidența dispozițiilor art. 180 alin. (1) lit. c) și g) din Legea nr. 99/2016, invocând în susținere creanțele menționate în Tabelul preliminar al creanțelor, publicat în Buletinul Procedurilor de Insolvență nr. 21249/14.12.2020.

De asemenea, a invocat contestatorul în susținere și a anexat documentului „*Cerere de probatorii*”, Documentul constatator nr. 3/4/2/1128 din 10.05.2021 emis de CNCF CFR SA-Sucursala Regională CF .. și Documentul constatator nr. 1747/24.09.2020, emis de CNCF CFR SA-Sucursala Regională de Căi Ferate ...

În soluționare, Consiliul reține că la cap. III.1) – „CONDII DE PARTICIPARE, pct III.1.1. – „*Capacitatea de exercitare a activității profesionale*” din fișa de date, se regăsesc următoarele mențiuni:

Cerința nr. 1: Ofertanții, asociații, terții susținători și subcontractanții nu trebuie să se regăsească în situațiile prevăzute la art. 177, 178, 180 din Legea nr. 99/2016, cu modificările și completările ulterioare.

Modalitate prin care poate fi demonstrată îndeplinirea cerinței:

Se va prezenta DUAE – conform art. 202 alin. (1) din Legea nr. 99/2016 și se va completa de către operatorii economici participanți la procedura de atribuire

(ofertant/ofertant asociat/terți susținători/subcontractant) cu informațiile aferente situației lor, conform Notificării ANAP din data de 08.04.2019 privind utilizarea DUAE și a Notificării ANAP din 03.07.2019 referitoare la utilizarea DUAE integrat în SEAP.

În raport de criticile formulate de contestator, dispozițiile legale din Legea nr. 99/2016 cu relevanță, prezintă conținutul:

- art. 180:

(1) Entitatea contractantă exclude din procedura de atribuire a contractului sectorial/acordului-cadru orice operator economic care se află în oricare dintre următoarele situații:

(...)

c) a comis o abatere profesională gravă, care îi pune în discuție integritatea, iar entitatea contractantă poate demonstra acest lucru prin orice mijloc de probă adecvat, cum ar fi o decizie a unei instanțe judecătorești, a unei autorități administrative sau a unei organizații internaționale.

(...)

g) operatorul economic și-a încălcat în mod grav sau repetat obligațiile principale ce-i revineau în cadrul unui contract de achiziții publice, al unui contract sectorial sau al unui contract de concesiune încheiate anterior, iar aceste încălcări au dus la încetarea anticipată a respectivului contract, plata de daune-interese sau alte sancțiuni comparabile;

(...)

(6) În sensul dispozițiilor alin. (1) lit. g), se consideră încălcări grave ale obligațiilor contractuale, cu titlu exemplificativ, neexecutarea obligațiilor privind livrarea produselor sau serviciilor, ori neexecutarea lucrărilor, livrarea unor produse sau servicii care prezintă neconformități majore care le fac improprie utilizării conform destinației avute în vedere de entitatea contractantă, ori executarea unor lucrări care nu respectă cerințele caietului de sarcini, sau un comportament necorespunzător care creează îndoieli serioase cu privire la credibilitatea operatorului economic.

- art. 182:

Entitatea contractantă exclude un operator economic în orice moment al procedurii de atribuire, în care ia la cunoștință că operatorul economic se află, având în vedere acțiunile sau inacțiunile săvârșite înainte sau în cursul procedurii, în una dintre situațiile prevăzute la art. 177, 178 și 180 de natură să atragă excluderea din procedura de atribuire;

- art. 184:

(1) Orice operator economic aflat în oricare dintre situațiile prevăzute la art. 177, 178 și 180 care atrag excluderea din procedura de atribuire **poate furniza dovezi care să arate că măsurile luate de acesta sunt suficiente pentru a-și demonstra în concret credibilitatea prin raportare la motivele de excludere.**

(2) În cazul în care entitatea contractantă consideră dovezile prezentate de operatorul economic în conformitate cu prevederile alin. (1) ca fiind suficiente pentru demonstrarea în concret a credibilității, entitatea contractantă nu exclude operatorul economic din procedura de atribuire.

(3) Dovezile pe care operatorul economic aflat în oricare dintre situațiile prevăzute la art. 177, 178 și 180 le poate furniza entității contractante, în sensul prevederilor alin. (1), se referă la efectuarea de către operatorul economic a plății sau la asumarea de către operatorul economic a obligației de plată a despăgubirilor în ceea ce privește eventualele prejudicii cauzate printr-o infracțiune sau printr-o altă faptă ilicită, clarificarea de către operatorul economic în mod complet a faptelor și împrejurărilor în care a fost comisă infracțiunea sau

altă faptă ilicită, prin cooperarea activă cu autoritățile care efectuează investigația, și la adoptarea de către operatorul economic a unor măsuri concrete și adecvate la nivel tehnic, organizațional și în materie de personal, cum ar fi eliminarea legăturilor cu persoanele și organizațiile implicate în comportamentul necorespunzător, măsuri de reorganizare a personalului, implementarea unor sisteme de control și raportare, crearea unei structuri de audit intern pentru verificarea respectării dispozițiilor legale și a altor norme sau adoptarea unor reguli interne privind răspunderea și plata despăgubirilor, pentru a preveni săvârșirea unor noi infracțiuni sau alte fapte ilicite.

(3¹) Entitatea contractantă evaluează măsurile luate de operatorii economici și dovedite în conformitate cu alin. (3), ținând seama de gravitatea și circumstanțele particulare ale infracțiunii sau abaterii avute în vedere.

(3²) În cazul în care măsurile prevăzute la alin. (3¹) sunt considerate insuficiente de către entitatea contractantă, aceasta transmite operatorului economic o expunere a motivelor care au condus la luarea deciziei de excludere a acestuia din procedura de atribuire. (...).

Având în vedere că argumentele prezentate de contestator se subsumează cazului de excludere prevăzut la art. 180 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 99/2016, Consiliul va face verificări doar din această perspectivă, critica legată de incidența cazului de excludere prevăzut la lit. c) urmând a fi respinsă.

Prin abatere profesională gravă se înțelege orice abatere comisă de operatorul economic care afectează reputația profesională a acestuia, cum ar fi încălcări ale regulilor de concurență de tip cartel care vizează trucarea licitațiilor sau încălcări ale drepturilor de proprietate intelectuală, ceea ce nu este cazul în speța de față.

Așadar, analizând conținutul DUAЕ-ului depus de ..SRL, Consiliul reține că, în Partea III: Motive de excludere, punctul C) - MOTIVE LEGATE DE INSOLVENȚĂ, CONFLICT DE INTERESE SAU ABATERI PROFESIONALE, la subpunctul - *Încetare anticipată, daune-interese sau alte sancțiuni comparabile*, ofertantul a menționat „Nu”, aceeași precizare regăsindu-se și la subpunctul: *Vinovat de comiterea unei abateri profesionale grave*.

Din actele comisiei de evaluare, atât din cele întocmite cu ocazia stabilirii primului rezultat al procedurii, cât și din cele întocmite cu ocazia celui de al doilea rezultat, nu rezultă că membrii comisiei de evaluare ar fi avut cunoștință de documentele constatatoare invocate de contestator, or ar fi făcut vreo verificare din perspectiva în analiză.

Consiliul reține că DUAЕ-ul pus la dispoziție de entitatea contractantă, în situația bifării opțiunii „Da” la secțiunea *Încetare anticipată, daune-interese, alte sancțiuni comparabile*, generează un câmp în interiorul căruia trebuie menționate toate situațiile de încetare anticipată a contractelor încheiate anterior de către operatorul economic în cauză și măsurile luate pentru a demonstra credibilitatea operatorului economic, ofertanții neputând face o selecție a informațiilor pe care trebuie să le furnizeze cu privire la încetările anticipate.

Astfel, Consiliul constată că participanții la procedură aveau obligația furnizării tuturor informațiilor prevăzute, în mod expres, în cuprinsul DUAE, în funcție de situația lor concretă, respectiv cu privire la situațiile de încetare anticipată a contractelor derulate anterior de către aceștia, indiferent de motivul care a stat la baza rezilierii acestor contracte. Entitatea contractantă este cea care stabilește dacă anumite situații de reziliere a contractelor încheiate anterior sunt relevante sau nu și dacă este necesară clarificarea acestora în scopul verificării dacă se circumscriu situațiilor de excludere din procedură prevăzute la art. 180 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 99/2016.

Având în vedere că, așa cum s-a arătat, actele dosarului nu relevă efectuarea vreunei verificări din perspectiva incidenței cazului de excludere prevăzut la art. 180 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, iar Consiliul nu poate proceda la o asemenea analiză înaintea comisiei de evaluare, dar și că analiza efectuată de entitatea contractantă în punctul de vedere nu ține loc cele aflate în sarcina comisiei de evaluare, critica contestatorului va fi admisă.

Prin urmare, va verifica comisia de evaluare, cu prioritate, îndeplinirea condițiilor prevăzute la art. 180 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 99/2016, la care se face corect referire în punctul de vedere privitor la contestație, și, mai apoi, în situația în care vor fi considerate îndeplinite, va face verificări, prin clarificarea cu ofertantul, asupra măsurilor adoptate de acesta în vederea demonstrării credibilității, în sensul art. 184 alin. (1) din Legea nr. 99/2016.

În ceea ce privește Documentul constatator nr. 47/B/289/18.10.2019, având în vedere că acesta nu se regăsește postat în SEAP și nu a fost prezentat nici de contestator, Consiliul îl apreciază ca lipsit de relevanță în raport cu dispozițiile legale în vigoare [în cazul achizițiilor sectoriale – art. 161 alin. (4) și (5) din Legea nr. 99/2016], conform cărora documentele constatatoare pot fi contestate potrivit Legii contenciosului administrativ nr. 554/2004, cu modificările și completările ulterioare **și se publică în SEAP, în termen de 60 de zile de la data emiterii, „dar nu mai devreme de data expirării termenului/soluționării contestațiilor, în situația în care acestea au fost depuse”.**

În concluzie, până la publicarea în SEAP, documentele constatatoare nu sunt opozabilitatea față de terți.

Luând în considerare cele mai sus expuse, în temeiul art. 26 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite contestația și va anula raportul procedurii nr. 700/AS/1691/14.09.2022, în partea care privește evaluarea ofertei depusă de ..SRL, precum și actele subsecvente părții anulate, entitatea contractantă urmând să reevalueze oferta menționată, în considerarea celor arătat în motivare, în termen de 15 zile de la primirea prezentei.

Cu privire la cererea contestatorului de obligare a autorității contractante la plata cheltuielilor ocazionate cu soluționarea contestației, reprezentând onorariul de avocat în cuantum de 14.574,86 lei, conform facturii seria TA nr. 409/30.09.2022, achitat online prin serviciul de internet banking al ING Bank, Consiliul, reținând în speță culpa procesuală a entității contractante în privința evaluării efectuată, apreciază că se impune obligarea acesteia la plata cheltuielilor de judecată reprezentând onorariu avocat.

Analizând temeinicia pretențiilor contestatorului referitor la cuantumul cheltuielilor de judecată solicitate, reprezentând onorariu avocat, Consiliul apreciază că se impune reducerea la suma de 7.000,00 lei din următoarele considerente:

Având în vedere faptul că procedura de soluționare este o procedură scrisă, potrivit art. 21 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, facultativă și gratuită potrivit art. 24 alin. (4) din Constituția României și faptul că, în speță, nu s-au dispus audieri sau depunerea de concluzii orale, Consiliul apreciază că suma solicitată de aceasta este excesivă. Cheltuielile de judecată cuprind orice cheltuieli pe care partea care a câștigat procesul va dovedi că le-a făcut, cum sunt onorariile de avocat, costul dactilografierii actelor depuse la dosar etc., dar numai cele strict necesare pentru buna desfășurare a soluționării prezentei contestații.

Potrivit prevederilor art. 68 din Legea nr. 101/2016, coroborat cu art. 451 alin. (2) din Codul de procedură civilă și, ținând seama de serviciile prestate de avocat, analizând prin prisma dispozițiilor art. 451 alin. (2) din Codul de procedură, cererea de plată a sumei de 14.574,86 lei, reprezentând „onorariu avocat” suportat de contestator cu ocazia soluționării prezentei contestații, Consiliul apreciază că respectiva sumă este nepotrivit de mare în raport de muncă depusă de avocat și complexitatea cauzei. Astfel fiind, raportat la gradul de complexitate a aspectelor reclamate în această cerere și la volumul de muncă pe care l-a presupus susținerea prezentului demers, Consiliul urmează a reduce cuantumul sumei pretinse cu titlu de cheltuieli de soluționare la suma de 7.000,00 lei, față de care autoritatea contractantă va fi obligată la plată către contestator.

Consiliul va da eficiență dispozițiilor art. 451 alin. (2) Cod procedură civilă, coroborat cu art. 68 din Legea nr. 101/2016, în sensul că va reduce onorariul de avocat, considerând că prin aceasta nu se intervine în convenția încheiată de contestator, în calitate de client, și avocatul său, pentru că în acest fel ar fi încălcate dispozițiile art. 1270 Cod civil.

De asemenea, se apreciază că nu se aduce atingere nici dispozițiilor Legii nr. 51/1995, potrivit cărora avocații sunt liberi ca prin înțelegere cu clienți lor să stabilească onorarii, întrucât Consiliul nu face altceva decât să stabilească, în cadrul raportului juridic procesual civil, cheltuielile de judecată, astfel că, prin aplicarea dispozițiilor art. 68 din Legea nr.

101/2016 raportat la art. 451 alin. (2) Cod procedură civilă, Consiliul nu cenzurează contractul de asistență juridică, ci doar stabilește în mod corespunzător cuantumul cheltuielilor de judecată, în raport de munca depusă de avocat, criticile admise, complexitatea cauzei, valoarea pricinii, proporționalitatea onorariului față de volumul de muncă presupus de pregătirea apărării în această cauză.

Cheltuielile reprezentând c/valoare copii xerox efectuate la sediul autorității contractante, dovedite cu factura nr. 7110004590/21.09.2022, achitată cu chitanța nr. HC 7110002817/21.09.2022, respectiv deplasare la sediul entității contractante (combustibil), vor fi respinse, având în vedere că nu au fost ocazionate cu soluționarea contestației, fiind efectuate înaintea depunerii acesteia la Consiliu.

Decizia este obligatorie pentru părți, în temeiul art. 28 alin. (1) din același act normativ.

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

CONSILIUL DECIDE:

Admite contestația formulată de ..SRL, în contradictoriu cu ..-SUCURSALA REGIONALĂ ..- UNITATE OPERAȚIONALĂ, anulează raportul procedurii nr. 700/AS/1691/14.09.2022, în partea care privește evaluarea ofertei depusă de ..SRL, precum și actele subsecvente părții anulate.

Obligă entitatea contractantă să reevalueze oferta menționată, în considerarea celor ce preced, în termen de 15 zile de la primirea prezentei.

Obligă entitatea contractantă la plata către contestator a sumei de 7.000,00 lei, cu titlu de cheltuieli ocazionate cu soluționarea contestației.

Obligatorie.

Împotriva prezentei decizii se poate formula plângere, în termen de 10 zile de la comunicare pentru părțile cauzei, respectiv de la data luării la cunoștință de către alte persoane vătămate.

...