CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C.N.S.C.

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

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

DECIZIE

Nr. ...
Data: ...

Prin contestația nr. 5853 din 31.05.2017, înregistrată la Consiliu sub nr. ... din ..., formulată de către SC ... SA, cu sediul în municipiul ..., județul ..., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., având CUI RO ..., reprezentată legal de director general ..., în calitate de lider al Asocierii SC ... SA & SC ... SRL, împotriva rezultatului procedurii de atribuire, comunicat prin adresa nr. 52674 din 18.05.2017, de către ..., cu sediul în ..., județul ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii simplificată online - într-o singură etapă, organizată în vederea atribuirii contractului de achiziții publice de lucrări, având ca obiect „...”, cod CPV: ... (Rev.2), s-a solicitat: „admiterea contestației întocmai cum a fost formulată, obligarea autorității contractante la anularea integrală a Comunicării nr. 52674/18.05.2017 și a tuturor actelor subsecvente, cu consecința reevaluării documentelor depuse de Asociere în cadrul procedurii și la emiterea unui nou Raport al procedurii”.

În luarea deciziei asupra cauzei de față,
Consiliul National de Soluționare a Contestațiilor
reține următoarele:

Prin contestația înregistrată sub numărul de mai sus, SC ... SA critică rezultatul procedurii de atribuire, comunicat prin adresa nr. 52674 din 18.05.2017, de către ..., în cadrul procedurii simplificată online - într-o singură etapă, în vederea încheierii contractului de achiziții publice de lucrări, având ca obiect „...”, cod CPV: ..., solicitând: "*admiterea contestației întocmai cum a fost formulată, obligarea autorității contractante la anularea integrală a Comunicării nr. 52674/18.05.2017 și a tuturor actelor subsecvente, cu consecința reevaluării documentelor depuse de Asociere în cadrul procedurii și la emiterea unui nou Raport al procedurii”*.

Precizează că a formulat notificarea prealabilă nr. 5430 din 23.05.2017, iar autoritatea contractantă a răspuns prin adresa nr. 5430 din 23.05.2017.

Contestatorul apreciază că adresa nr. 52674 din 18.05.2017, prin care s-a comunicate respingerea ofertei sale, este emisă cu nerespectarea prevederilor Legii insolventei, în strictă corelare cu cele din domeniul achizițiilor publice, privind capacitatea efectivă a ofertantului de a executa și finaliza contractul de achiziție publică ce urmează a se atribui.

Referitor la susținerile potrivit cărora asociatul SC ... SRL nu a prezentat informații și/sau documente, astfel încât să dovedească că are capacitatea obiectivă de a executa contractul de achiziție publică, contestatorul precizează următoarele:

Asocierea (inclusiv asociatul SC ... SRL) îndeplinește criteriile/cerințele vizând capacitatea tehnică/profesională a ofertantului, întocmai cum au fost solicitate prin fișa de date, precum și faptul că prin liderul său, SC ... SA, asocierea este responsabilă pentru derularea contractului de achiziție publică, fiind un garant pentru autoritatea contractantă în ceea ce privește executarea contractului, în cazul în care i se va atribui contractul, sens în care invocă clauzele existente la art. 3, art. 4 și art. 8, pct. 4 din Acordul de Asociere nr. 722 din 07.02.2017.

Totodată, susține contestatorul, clauzele susmenționate demonstrază obligațiile asumate de Asociere, prin liderul său, față de ..., cu privire la atribuirea contractului, în sensul asigurării, îndeplinirii tuturor condițiilor necesare finalizării și implementării la termen a contractului, în cazul în care contractului îi va fi atribuit.

Precizează că, așa cum a răspuns și „în solicitarea de clarificare adresată”, acordul de asociere depus îndeplinește cerințele documentației de atribuire și pe cele ale legislației în vigoare, răspunsul prezentat de asociere fiind concludent, în opinia sa.

Contestatorul menționează că SC ... SRL se află, în continuare, „*în perioada de observație*”, cu drept deplin de administrare a activității sale, păstrându-și intactă capacitatea legală de a-și desfășura activitatea curentă.

Având în vedere aceste aspecte, contestatorul susține că, cel puțin din punct de vedere procedural, SC ... SRL nu se află într-o situație care să justifice descalificarea acesteia din procedura de atribuire, cu atât mai mult, în cadrul unei asocieri.

Totodată, precizează că, în prezent, există un *„draft al planului de reorganizare al societății debitoare*", în baza planului de afaceri întocmit de către consultantul ..., care este pus în discuția tuturor părților implicate în restructurare. Invocând caracterul confidențial al informațiilor conținute în respectivul „draft", contestatorul arată că respectivul material nu poate fi făcut public, în etapa premergătoare depunerii lui la instanță, dar, susține acestea, prezintă anexat contestației *„un început de dovadă scrisă"* sens în care anexează un mesaj e-mail din data de 29.03.2017.

Referitor la *„evoluția cifrei de afaceri*", contestatorul precizează faptul că descreșterea nu este rezultatul deschiderii procedurii de insolvenței, ci rezultatul contextului macroeconomic în care societatea își desfășoară activitatea, astfel:

-lipsa finanțării, de la bugetele autorităților publice, pentru contractele deja încheiate, acestea aflându-se în diverse stadii de execuție, în funcție de nivelul de finanțare alocat pentru lucrările contractate;

-lipsa finanțării, de la bugetele autorităților publice, pentru contractele noi de investiții, sens în care invocă rapoarte ale Institutului Național de Statistică (www.insse.ro);

-deși societatea s-a confruntat cu o dificultate în a participa la noi licitații pentru lucrări de construcții și alte servicii conexe, organizate de autorități publice sau beneficiari ai bugetelor de stat, aceasta a reușit să participe la astfel de licitații și să obțină noi contracte (în consorțiu sau ca subcontractor împreună cu alte companii), însă potențialul companiei a rămas, în mod semnificativ, subutilizat;

-deși societatea s-a confruntat cu o dificultate în a obține finanțarea capitalului de lucru din surse externe, arată contestatorul, a reușit (prin încheierea unor polițe de asigurare) deblocarea unei părți din sumele reținute, în vederea asigurării finanțării capitalului de lucru necesar desfășurării activității pe contractele în derulare.

Referitor la *„scăderea numărului de personal*", contestatorul menționează faptul că, deși în urma restrângerii activității, fluctuația personalului s-a mărit, ducând la pierderea unor specialiști, societatea a reușit să mențină suficient personal specializat, păstrând expertiza tehnică necesară realizării proiectelor și putând suporta volume mai mari de lucrări.

De asemenea, menționează că invocarea, de către autoritatea contractantă, a involuției indicilor relevanți pentru activitatea economică, a unui operator economic, reprezintă un argument ce nu poate fi

opozabil unei societăți în insolvență, aceste involuții fiind de natura insolvenței.

Mai mult, arată contestatorul, diminuarea numărului de personal reprezintă o măsură concretă a reorganizării societății, respectiv restrângerea activității potrivit noii situații juridice. Astfel, scăderea numărului de personal nu este cauzată doar de starea de insolvență, existând alți factori obiectivi care conduc la acest fapt.

Invocă, în susținere, prevederile art. 77 alin. (6) din Legea nr. 85/2016 și pe cele ale art. 341 din Legea nr. 85/2014, și precizează că dispozițiile art. 167 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 reglementează o situație de excepție, instituind, în mod implicit, și obligația autorității contractante de a motiva și justifica temeinic o eventuală decizie de excludere a unui operator economic dintr-o procedură de achiziție publică.

În continuare, petentul susține că, în stabilirea respingerii ofertei asocierii, autoritatea contractantă trebuia să analizeze și elementele de natură să demonstreze capacitatea ofertantului de a executa și finaliza contractul de achiziție publică, astfel cum este aceasta stabilită prin Legea nr. 98/2016, Secțiunea 6, art. 172:

a) Capacitatea de exercitare a activității profesionale;

b) Situația economică și financiară;

c) Capacitatea tehnică și profesională.

Mai arată că, potrivit ofertei depuse, SC ... SRL face dovada deplină a capacității sale de a executa și finaliza contractul de achiziție publică, acest fapt nefiind denaturat de starea de insolvență a societății.

Pentru claritate, contestatorul argumentează că starea de insolvență a societății, particularizată pe obiectul prezentei proceduri, respectiv derularea/implementarea unui contract de achiziție publică, nu are implicații în ceea ce privește capacitatea ofertantului, în accepțiunea Legii nr. 98/2016, astfel:

-experiența similară deținută în portofoliu de SC ... SRL este o resursă netransferabilă, a cărei validitate nu poate fi afectată de starea de insolvență a societății;

-dotarea tehnică actuală (utilaje/mijloace de transport, instalații de preparare betoane și mixturi asfaltice, laboratoare) excede necesităților de implementare ale prezentului contract;

-resursele umane (personal necalificat și/sau de specialitate) exced necesităților de implementare ale prezentului contract;

-sub aspect financiar, contestatorul subliniază că nu este solicitată nicio cerință de asigurare cash-flow, iar, în ipoteza în care ar fi existat o astfel de cerință, ar fi asigurat îndeplinirea acesteia, liderul asocierii deținând, și la momentul depunerii ofertelor, și actualmente, fonduri care să permită/susțină execuția lucrărilor până la momentul contractual al efectuării plăților;

-sub aspectul standardelor de asigurare a calității și de protecție a mediului, insolvența nu afectează în niciun fel condițiile de implementare și menținere a acestor certificări.

În concluzie, contestatorul apreciază că motivele invocate de către autoritatea contractantă în adoptarea deciziei de excludere din procedură, nu sunt sustenabile, SC ... SRL fiind o societate care are capacitatea de a executa contractul ce face obiectul achiziției publice, și solicită *„admiterea contestației întocmai cum a fost formulată, obligarea autorității contractante la anularea integrală a Comunicării nr. 52674/18.05.2017 și a tuturor actelor subsecvente, cu consecința reevaluării documentelor depuse de Asociere în cadrul procedurii și la emiterea unui nou Raport al procedurii*".

În drept, SC ... SA invocă prevederile art. 8 din Legea nr. 101/2016, precum și dispozițiile legale menționate în cuprinsul contestației.

Ca mijloace de probă, s-au depus, în copie, înscrisuri.

Prin adresa nr. 58958 din 06.06.2017, înregistrată la C.N.S.C. sub nr. ... din ..., autoritatea contractantă a transmis punct de vedere referitor la contestație, solicitând „respingerea, pe fond" a acesteia.

Referitor la asociere și la modul de realizare a acesteia, autoritatea contractantă arată că, prin Fișa de date a procedurii (pct. III.2.3.a) a prevăzut: *„Acordul de asociere va trebui să conțină cel puțin următoarele informații:*

- asociații sunt responsabili solidar și nelimitat de execuția integrală a contractului, la termen și în condițiile asumate prin acesta (...)".

Or, SC ... SA susține, prin contestația depusă, că asocierea, inclusiv SC ... SRL, are capacitatea obiectivă de executare a contractului (pag. 2), precum și faptul că „Asocierea, prin Liderul său, ... S.A." este „responsabilă", sau reprezintă „un garant", iar obligațiile sunt asumate de asociere, prin liderul său, arată autoritatea contractantă.

Întrucât legislația achizițiilor publice nu prevede posibilitatea garantării executării unui contract de către unul dintre membrii unei asocieri, se arată în punctul de vedere, comisia de evaluare a considerat că nu a fost respectată cerința impusă prin fișa de date a procedurii, condiție legală, având în vedere prevederile art. 185 alin. (1) din Legea nr. 98/2016.

Referitor la starea de insolvență a asociatului SC ... SRL, autoritatea susține că, așa cum reiese din materialele depuse chiar de către contestator, la momentul actual SC ... SRL nu are un plan de reorganizare al societății, aprobat de instanță, iar, în contestația înaintată de SC ... SA, este menționată existența unui *„draft al planului de reorganizare al societății debitoare*" (document confidențial), fapt care plasează SC ... SRL în rândul societăților în insolvență pentru care devine aplicabilă teza I a articolului 167 alin. (2) din Legea 98/2016.

Totodată, arată că nici termenele prezentate de contestator în susținerea punctului său de vedere, nu au fost respectate („mai 2017 - publicare tabel definitiv", „mai 2017 — depunerea planului de reorganizare"), neexistând, în acest moment, o certitudine a evoluției favorabile a procedurii de insolvență.

Cu privire la scăderea cifrei de afaceri, autoritatea precizează că petentul încercă să inducă ideea că descreșterea cifrei de afaceri în principal nu este rezultatul deschiderii procedurii insolvenței, ci rezultatul contextului macroeconomic. Prin această susținere, SC ... SA (în susținerea SC ... SRL) motivează că nu măsurile luate la nivelul societății au fost cele care au influențat nivelul cifrei de afaceri iar valorile indicatorilor financiari sunt rezultatul unor cauze extrinseci acțiunilor forurilor decizionale proprii, ignorând astfel faptul că și ceilalți ofertanți din procedură, și, chiar mai mult, numeroasele societăți care activează pe piața de profil, au avut parte de același context macroeconomic.

În ceea ce privește pierderile înregistrate, autoritatea menționează că, pe lângă cuantumul valoric foarte ridicat al pierderilor înregistrate în perioada de observație, măsurile luate nu au reușit să aducă societatea într-o poziție de echilibru. Chiar dacă pierderile s-au redus în termeni nominali, ele rămân considerabile, iar nivelul lor procentual nu a înregistrat nicio îmbunătățire (aproximativ 18 %, raportat la nivelul cifrei de afaceri din anii 2015 și 2016) - date puse la dispoziție de către ... SPRL, administrator judiciar al SC ... SRL.

Autoritatea contractantă apreciază că argumentele deja prezentate nu sunt unele care să indice faptul că au fost adoptate măsurile necesare pentru a întocmi un plan de reorganizare fezabil, ce permite continuarea, de o manieră sustenabilă, a activității curente, astfel cum prevede art. 167 alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

Referitor la aspectele legislative din conținutul contestației, autoritatea subliniază următoarele:

Argumentația contestatorului pornește de la premisa că Legea nr. 98/2016 și HG nr. 395/2016 vin în completarea Legii nr. 85/2014, și conform propriei reprezentări (percepții) a cadrului legal, consideră că situațiile în care autoritatea poate decide excluderea operatorului din procedură sunt reglementate de lege doar cu titlu de excepție. Continuându-și raționamentul în susținerea capacității de a executa și finaliza contractul, contestatorul invocă aplicabilitatea criteriilor de calificare referitoare la capacitate (în special capacitatea tehnică profesională) prevăzute de art. 172 din Legea nr. 98/2016.

Fată de susținerile contestatorului, raportat la prevederile cadrului legislativ privind achizițiile publice, întrucât la momentul depunerii ofertei nu exista un plan de reorganizare aprobat de instanță, autoritatea contractantă arată că starea de fapt a ofertantului a impus verificarea aplicabilității dispozițiilor art. 167 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 (autoritatea contractantă nu exclude din procedura de atribuire un

operator economic împotriva căruia s-a deschis procedura generală de insolvență 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. Aceasta presupune că respectivul operator economic 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.

Autoritatea subliniază că, din cuprinsul prevederii legale precitată, rezultă, în mod neîndoios, faptul că trebuie avute în vedere nu aspecte care vizează exclusiv capacitatea de producție, ci aspecte legate de capacitatea decizională a societății, privită din perspectiva capacității juridice a ofertantului aflat în insolvență de a executa contractul. Pornind de la acest considerent, raportat la situația financiară prezentată, comisia de evaluare nu a întrevăzut certitudinea confirmării unui Plan de reorganizare (decizie care-i aparține exclusiv judecătorului sindic).

Mai arată că, din analiza rezultatelor obținute în cursul perioadei de observație, astfel cum au fost ele enumerate în cuprinsul documentelor prezentate, comisia de evaluare nu a identificat argumente temeinice care să confirme luarea unor măsuri adecvate, ca premise ale adoptării unui plan de reorganizare fezabil. Continuarea activității societății, în condițiile în care, chiar sub protecția Legii nr. 85/2014, rezultatele activității curente au generat pierderi substanțiale, poate fi pusă sub semnul întrebării în oricare etapă procedurală care urmează a fi parcursă de operatorul economic până în momentul confirmării planului de reorganizare (de oricare dintre persoanele îndreptățite, respectiv: administrator judiciar, adunarea creditorilor, judecătorul sindic). În sensul celor arătate, chiar cel mai optimist scenariu prezentat de ofertant pentru calendarul estimativ al principalelor etape procedurale, trebuie privit cu rezerva de rigoare în raport cu diversele situații neprevăzute care pot să apară în procedură, și care depind, în final, de hotărârile judecătorului sindic, arată autoritatea contractantă.

Susține că decizia comisiei de evaluare privind respingerea ofertei Asocierii SC ... SA — SC ... SRL, ca inacceptabilă (în conformitate cu prevederile art. 134 alin. (5) coroborate cu cele ale art. 137 alin. (2) lit. b) din HG nr. 395/2016), a fost luată în baza informațiilor prezentate de ofertant în documentele pe care tot el le-a transmis, informații de natură economico-financiară valabile, certe la momentul efectuării analizei.

Întrucât contestatorul își fundamentează argumentația numai pe evenimente viitoare incerte (cum ar fi confirmarea Planului de reorganizare de către judecătorul sindic), care pot conduce la o îmbunătățire arbitrară a valorilor indicatorilor economico-financiari ce influențează favorabil cadrul derulării activității viitoare a ofertantului, autoritatea consideră că decizia comisiei de evaluare privind respingerea ofertei Asocierii SC ... SA — SC ... SRL a fost adoptată cu respectarea

prevederilor legale privind achizițiile publice referitoare la motivele de excludere, și, prin urmare, nu există temeiuri care să impună anularea Comunicării Rezultatului Fazei I de evaluare și a tuturor actelor subsecvente, respectiv reevaluarea documentelor depuse de liderul asocierii pentru SC ... SRL în cadrul procedurii.

Autoritatea precizează că orice altă decizie a comisiei de evaluare ar fi presupus eludarea normelor legale aplicabile achizițiilor publice (inclusiv a principiilor, astfel cum au fost ele legiferate) și ar fi creat un avantaj real în favoarea Asocierii SC ... SA — SC ... SRL în detrimentul celorlalți ofertanți participanți la procedură.

În drept, au fost invocate prevederile legale menționate în cuprinsul punctului de vedere.

Ca mijloc de probă, autoritatea contractantă a depus, în copie, dosarul achiziției publice.

Față de înscrisurile aflate la dosarul cauzei, Consiliul reține următoarea situație de fapt:

... a inițiat procedura simplificată online- într-o singură etapă, în vederea atribuirii contractului de achiziții publice de lucrări, având ca obiect „...”, prin publicarea, în SEAP, a invitației de participare nr. ..., în data de ....

Valoarea estimată a contractului de lucrări este de ... lei, fără TVA, iar criteriul de atribuire stabilit este *„...”*.

Au depus oferte, în SEAP, mai mulți ofertanți, printre care și contestatorul, iar, în data de 18.05.2017, s-a încheiat procesul-verbal nr. ... al ședinței de analiză DUAE depuse.

Potrivit acestui proces verbal, precum și comunicării nr. 52674 din 18.05.2017, oferta contestatorului a fost respinsă, ca inacceptabilă, conform prevederilor art. 134 alin. (5), coroborate cu cele ale art. 137 alin. (2) lit. b) din HG nr. 395/2016 ”(nu este îndeplinită cerința de calificare referitoare la motivul de excludere prevăzut de art. 167 alin. (1) lit. b), astfel cum s-a solicitat în fișa de date a achiziției)”.

Împotriva acestui rezultat al procedurii, SC ... SA, în calitate de lider al Asocierii SC ... SA & SC ... SRL, a depus contestație, după parcurgerea etapei notificării prealabile a autorității contractante.

Examinând susținerile părților, probatoriul administrat și dispozițiile legale aplicabile, Consiliul constată:

În decizia de respingere a ofertei depusă de către Asocierea al cărei lider este SC ... SA, autoritatea contractantă a avut în vedere două aspecte de neîndeplinire a prevederilor documentației de atribuire: unul dintre acestea vizează acordul de asociere, iar, cel de-al doilea, se referă la situația de insolvență în care se află SC ... SRL, unul dintre asociații ofertanți.

Cu referire la ambele aspecte, reține Consiliul că au fost formulate, de către autoritatea contractantă, solicitări de clarificări.

Astfel, prezintă relevanță în cauză solicitarea de clarificări nr. ... din ..., prin care, autoritatea contractantă a invocat prevederile punctului III.2.3 a) din fișa de date, precizând astfel: *„În acordul de asociere transmis, Comisia de evaluare nu a regăsit informațiile referitoare la **responsabilitatea asociaților***" și solicitând: *„Drept urmare, în strictă concordanță cu cerințele punctului III.2.3 a) din Fișa de date, față de modelul orientativ prezentat de autoritatea contractantă, pentru a putea aprecia în mod obiectiv documentul prezentat (Acord de asociere), comisia de evaluare vă solicită să prezentați în mod explicit care este punctul de vedere al Asocierii ... SA – SC ... SRL în legătură cu îndeplinirea cerinței referitoare la responsabilitatea asociaților. În situația în care clarificarea acestor inadvertențe conduce la modificarea informațiilor înscrise în Acordul de asociere depus inițial, analizați necesitatea retransmiterii Acordului de asociere care să conțină clauzele care să acopere toate cerințele*".

Ca răspuns, prin adresa nr. 4669 din 09.05.2017, SC ... SA a formulat astfel: *„-Motivat de faptul că inadvertențele enunțate de dumneavoastră nu sunt de natură să conducă la modificcarea informațiilor înscrise în Acordul de Asociere, nu considerăm necesară retransmiterea Acordului de Asociere, modalitatea în care acesta a fost depus conține clauze care să acopere toate cerințele autorității contractante;*

- În condițiile sus-menționate, vă prezentăm Punctul de vedere al Asocierii (…) în legătură cu îndeplinirea cerinței referitoare la responsabilitatea Asociaților, având în vedere următoarele:

a) Întocmai cum reiese din Acordul de Asociere nr. 722/07.02.2017 – pct. 2.3 – Contribuția financiară/tehnică/profesională a Asociaților este: ... SA – 51% ... SRL – 49%.

b) Cotele procentuale indicate la pct. 2.2 – Alte activități ce se vor realiza în comun,unde se indică în mod explicit execuția de lucrări la obiectivul de investiții (…) între cei doi Asociați;

c) Prevederile art. 4.3 care prevăd Responsabilitatea Liderului pentru execuția contractului;

Se poate concluziona Execuția tuturor categoriilor de lucrări/activități solicitate de autoritatea contractantă prin documentația de atribuire (…) de către ambii Asociați cu respectarea procentelor indicate la punctele 2.3 și 2.4 din Acordul de Asociere nr. 722/07.02.2017".

Prevederea din fișa de date la care se va raporta Consiliul în soluționare, invocată și de către autoritatea contractantă, este următoarea: *„Acordul de asociere va trebui să conțină cel puțin următoarele informații: - asociații **sunt responsabili solidar și nelimitat** de execuția integrală a contractului, la termen și în condițiile asumate prin acesta*".

Observă Consiliul că, în Acordul de asociere nr. 722, depus de către Asocierea contestatoare, nu se face vorbire despre răspunderea, în solidar, a asociaților, pentru execuția integral și la termen, a contractului, cu respectarea condițiilor asumate prin acesta, ci numai, la punctul 4.3 se stipulează astfel: *„Liderul asociației ... SA este responsabil cu execuția contractului, inclusiv plățile*"

Nici în răspunsul la solicitarea de clarificări, acest aspect nu a fost tranșat, desi autoritatea contractantă, prin adresa susmențională a lăsat chiar posibilitatea prezentării unui nou acord, dintre asociați, cu precizarea în cauză.

Consiliul constată că, prin răspunsul la solicitarea de clarificări, SC ... SA nu s-a referit la aspectul pus în discuție de către autoritatea contractantă, respectiv la asumarea răspunderii, în solidar, de către cei doi asociați, față de îndeplinirea contractului, reiterându-se, practic, informații prezentate în acordul de asociere, referitoare la contribuția tehnică/ financiară/ profesională, a asociațiaților, la activitățile care se vor desfășura în comun și invocându-se punctul 4.3 din acordul de asociere, care stabilește responsabilitatea numai a liderului acesteia.

De altfel, în cuprinsul contestației, se face referire la niște clauze din acordul de asociere, din care s-ar deduce, implicit, o răspundere a asocierii, cu precizarea, "prin liderul său", fără, însă, a se face vorbire explicit, despre răspunderea asociaților, care este o cu totul altă categorie, cu consecințe evident diferite, după cum s-a și constituit ca o cerință distinctă în documentația de atribuire.

Față de cele prezentate, Consiliul determină că acordul de asociere depus nu respectă cerința din fișa de date susenunțată și, mai mult decât atât, SC ... SA nu a răspuns concludent la solicitarea de clarificări, in cauză devenind incidente dispozițiile art. 134 alin. 5 din H.G. nr. 395/2016, în conformitate cu care *„În cazul în care comisia de evaluare solicită unui candidat/ofertant clarificări și, după caz, completări ale documentelor prezentate de acesta în cadrul ofertei sau solicitării de participare, potrivit dispozițiilor art. 209 din Lege, iar candidatul/ofertantul nu transmite în termenul precizat de comisia de evaluare clarificările/completările solicitate sau clarificările/completările transmise nu sunt concludente, oferta va fi considerate inacceptabilă*".

Având în vedere aspectele reținute în cele ce preced, Consiliul stabilește că decizia autorității contractante cu privire la motivul de respingere a ofertei Asocierii SC ... SA & SC ... SRL este unul întemeiat, criticile contestatorului apărând ca nefondate.

Pentru cel de-al doilea motiv care a stat la baza respingerii ofertei, ca inacceptabilă, reține Consiliul că s-a formulat, în cursul evaluării, solicitarea de clarificări nr. … din …, astfel: *„(…) să prezentați – pentru SC ... SRL – în mod explicit, elemente concrete din care să rezulte încadrarea în situația de excepție prevăzută la art. 167 alin 2 din Legea 98/2016, respective care sunt măsurile întreprinse pentru a întocmi un*

plan de reorganizare fezabil, ce permite continuarea, de o manieră sustenabilă, a activității curente. (…) respective dacă societatea dumneavoastră a depus diligențele necesare adoptării unui plan de reorganizare fezabil care se circumscribe prevederilor legale".

Solicitarea a fost făcută având în vedere faptul că SC ... SRL se află, din 2014, în insolvență, iar, cu privire la această situație reglementează dispozițiile art. 167 , astfel:

„(1) ***Autoritatea contractantă exclude din procedura de atribuire*** *a contractului de achiziție publică/acordului-cadru orice operator economic care se află în oricare dintre următoarele situații: (...)* ***b)*** *se află în* ***procedura insolvenței*** *sau în lichidare, în supraveghere judiciară sau în încetarea activității; (...).*

(2) ***Prin excepție de la dispozițiile alin. (1) lit. b)****, autoritatea contractantă nu exclude din procedura de atribuire un operator economic împotriva căruia s-a deschis procedura generală de insolvență atunci când, pe baza informațiilor și/sau documentelor prezentate de operatorul economic în cauză, stabilește că aceasta are capacitatea de a executa contractul de achiziție publică/acordul-cadru. Aceasta presupune că respectivul operator economic să se afle în faza de observație și a adoptat măsurile necesare pentru a întocmi un plan de reorganizare fezabil, ce permite continuarea, de o manieră sustenabilă, a activității curente, fie este în cadrul fazei de reorganizare judiciară și respectă integral graficul de implementare a planului de reorganizare aprobat de instanță*".

Cu adresa nr. 4708 din 10.05.2017, Asocierea SC ... SA & SC ... SRL a răspuns solicitării, transmițând: o adresă, emisă de către ... SPRL, administratorul judiciar al societății, în care este descrisă situația societății și demersurile din cadrul procedurii insolvenței, o adresă emisă de către SC ... SA, prin care arată că își asumă, față de ..., obligațiile cu privire la atribuirea contractului în cauză, buletinul procedurilor de insolvență nr. ... din ..., planul de afaceri al SC ... SRL în perioada 2017-2020, balanța contabilă la 31.01.2017.

Din evaluarea documentelor susmenționate, autoritatea contractantă a reținut că încă nu există un plan de reorganizare votat de adunarea creditorilor, și confirmat de judecătorul sindic, cifra de faceri a societății s-a diminuat considerabil în perioada de observație, de la 239,48 milioane lei în anul 2015, la 74,76 milioane lei în 2016, s-a diminuat numărul personalului, de asemenea societatea a înregistrat pierderi în anii 2015 și 2016, de pe portalul instanțelor s-a constatat că SC ... SRL are în derulare în cadrul procedurii de insolvență dosare cu peste 300 de creditori, precum și faptul că deși termenul pentru depunerea planului de reorganizare era mai 2017, acesta a fost depășit.

Consiliul determină, față de cele de mai sus, că este întemeiată concluzia autorității contractante potrivit căreia, din cele prezentate, „*nu se poate constata o îmbunătățire a activității*", precum și că se află în

incertitudine capacitatea ofertantului de a executa contractul, nu sub aspectul capacității de producție exclusiv, ci sub cel al capacității decizionale a societății, cu atât mai mult cu cât, din datele existente, nu se poate formula concluzia certă a adoptării unui plan de reorganizare viabil.

Nefiind identificate aspecte care să formeze convingerea că sunt îndeplinite condițiile exceptării de la aplicarea dispozițiilor art. 167 alin. 1 lit. b) din Lege, Consiliul va reține și acest al doilea motiv de respingere a ofertei, ca fiind unul întemeiat.

Susținerile contestatorului potrivit căroara au existat motive macroeconomice care au determinat declinul economic al societății nu vor fi reținute în soluționare, fiind subiective și nedemonstrate și lipsite de relevanță în cauză.

De asemenea, existența unui *„draft al planului de reorganizare al societății*”, despre care se face vorbire în contestație, fără a se depune vreo dovadă în acest sens, prin urmare cu nerespectarea dispozițiilor art. 249 din Codul de procedură civilă, dar și cu un grad mare de incertitudine asupra existenței sau viabilității respectivului plan, nu poate fi luată în considerare, în soluționare.

Pentru toate acestea, în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. 6 din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge, ca nefondată, contestația depusă de către SC ... SA, lider al Asocierii ... SA & ... SRL.

Decizia este obligatorie, potrivit dispozițiilor art. 28 alin. 1 din actul normativ susmențional.

Pentru cele constatate,
în baza legii și a mijloacelor de probă aflate la dosar,
CONSILIUL DECIDE:

Respinge, ca nefondată, contestația depusă de către SC ... SA, cu sediul în ..., ..., județul ..., în calitate de lider al Asocierii SC ... SA & SC ... SRL, în contradictoriu cu ..., cu sediul în ..., ...

Obligatorie.

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

Președinte complet,	**Membru,**	**Membru,**
...	**...**	**...**

Redactată în 4 exemplare originale, conține ... pagini.