CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR

C.N.S.C.

Str. Stavropoleos, nr. 6, sector 3, Bucureşti, România, CP 030084, CIF 20329980
Tel. +4 021 3104641 Fax. +4 021 3104642, +40218900745 www.cnsc.ro

În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) și ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziţie publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea şi funcţionarea Consiliului Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr. ...../...../.....
Data: .....

Prin contestația nr. ...../....., înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. ...../....., înaintată de SC ..... SRL, cu sediul în ....., înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ....., având CUI ....., reprezentată legal prin ....., formulată împotriva rezultatului procedurii ce i-a fost comunicat prin adresa nr. 85220/02.11....., emis de ....., cu sediul în ....., în calitate de autoritate contractantă în procedura, licitație deschisă, organizată în vederea atribuirii contractului de achiziție publică având ca obiect „.....”, cu anunț de participare nr. ....., publicat în SEAP la data de ....., s-a solicitat Consiliului .....

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

Prin contestația nr. ...../....., înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. ...../....., SC ..... SRL atacă rezultatul procedurii ce i-a fost comunicat prin adresa nr. 85220/02.11..... emis de ....., în calitate de autoritate contractantă, în procedura de atribuire arătată, potrivit căruia oferta sa a fost clasată pe locul doi, iar câștigătoare fiind desemnată oferta depusă de Asocierea ....SRL - ....SRL.

Cu privire la conformitatea și admisibilitatea ofertei depuse de Asocierea declarată câștigătoare, contestatoarea susține că, prin Decizia Consiliului nr. 904/...../779 din 24.04....., s-a dispus reanalizarea ofertei depusă de Asocierea SC ....SRL - SC ....SRL, cu respectarea prevederilor legale.

Contestatoarea arată că, potrivit art. 236 alin. (3) din Legea nr. 98/2016, noul pachet legislativ privind achizițiile publice se aplică tuturor

contractelor semnate după intrarea în vigoare, ceea ce înseamnă că și contractul din speță se va supune în ce privește semnarea și executarea Legii nr. 98/2016.

Potrivit art. 223 din această lege, una dintre cauzele de încetare a contractului este determinată de încadrarea operatorului economic declarat câștigător în una dintre situațiile de excludere și cele privind capacitatea prevăzute de legea achizițiilor:

(1) Fără a aduce atingere dispozițiilor dreptului comun privind încetarea contractelor sau dreptului autorității contractante de a solicita constatarea nulității absolute a contractului de achiziție publică, în conformitate cu dispozițiile dreptului comun, autoritatea contractantă are dreptul de a denunța unilateral un contract de achiziție publică în perioada de valabilitate a acestuia în una dintre următoarele situații:

a) contractantul se află, la momentul atribuirii contractului, în una dintre situațiile care ar fi determinat excluderea sa din procedura de atribuire potrivit art. 164-167.

Astfel, contestatoarea susține că, potrivit prevederilor art. 167 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 98/2016, comisia de evaluare are obligația de a exclude din procedura de atribuire a contractului de achiziție publică/ acordului-cadru, orice operator economic care se află în procedura insolvenței sau în lichidare, în supraveghere judiciară sau în încetarea activității. Același lucru este prevăzut și în cadrul Directivei 2014/24/UE, art. 57 alin. (4): „Autoritățile 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 următoarele situații:

(b) dacă operatorul economic este în stare de faliment sau în situație de insolvență sau de lichidare, de administrare judiciară, de concordat preventiv, de încetare a activității sau în orice altă situație similară care rezultă în urma unei proceduri de aceeași natură prevăzute de legislație și reglementările naționale.

De asemenea, contestatoarea precizează că Regulamentul nr. 1929/2015 de modificare a Regulamentului (UE, Euratom) nr. 966/2012 privind normele financiare aplicabile bugetului general al Uniunii la art. 106 alin. (1) arată că: „autoritatea contractantă exclude un operator economic de la participarea la proceduri de achiziții reglementate de prezentul regulament, în cazul, în care: (a) operatorul economic este în stare de faliment, în situație de insolvență sau de lichidare, activele sale sunt administrate de un lichidator sau de o instanță, se afla în stare de concordat preventiv, de suspendare a activității sau în orice altă situație similară care rezultă în urma unei proceduri similare prevăzute în legislația sau în reglementările naționale”.

Ținând cont de cele precizate, prin adresa nr. 797/18.10....., contestatoarea susține că a adus la cunoștință autorității contractante faptul că unul dintre membrii asocierii SC ....SRL și SC ....SRL, și anume, operatorul economic SC ....SRL, se află în procedura de insolvență începând cu data de 04.10....., așa cum rezultă din informațiile

postate pe portalul instanțelor de judecată pentru dosarul 36267 din 25.09..... instrumentat de către Tribunalul .....

Având în vedere stadiul incipient în care se află procedura de insolvență pentru operatorul economic (următoarea ședință programată pentru stabilirea detaliilor insolvenței este 14.02.2018), este de la sine înțeles că acesta nu poate să beneficieze de excepțiile invocate de art. 167 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, respectiv să dețină un plan de reorganizare fezabil prin care să demonstreze posibilitatea de a continua într-o manieră sustenabilă a activității curente, inclusiv aceea de a derula în condițiile optime obiectivele asumate prin semnarea contractului de achiziție publică.

Ținând cont și de istoricul acestei asocieri în ceea ce privește modalitatea defectuoasă de îndeplinire a contractelor de lucru anterioare, faptul că unul dintre membrii asocierii se află în procedura de insolvență și oferta financiară nesustenabilă a asocierii în raport cu valoarea estimată a contractului, contestatoarea consideră că, în mod evident, asocierea nu are capacitatea de a-și îndeplini obligațiile contractuale într-un mod profesionist, în sensul unei calități scăzute a serviciilor prestate.

De asemenea, contestatoarea precizează că, contractul de achiziție publică este un contract (act) administrativ conform art. 3 lit. f) din Legea nr. 98/2016 care se bucură de un regim special, cu cerințe speciale de formă și executare, acesta nu poate fi protejat de starea de insolvență ce ar putea afecta pe oricare dintre părțile sale. Contractul administrativ poate fi definit ca un acord de voință între o autoritatea administrativă sau un alt subiect de drept autorizat de aceasta și un operator economic, prin care cel din urmă se angajează, în schimbul unei sume de bani, să asigure funcționarea unui serviciu public, ori să efectueze o lucrare publică a căror organizare reprezintă obligații legale ale administrației.

Prin urmare, în situația în care autoritatea contractantă ar încheia contractul cu un operator economic aflat într-una din situațiile de excludere prevăzute la art. 167, contestatoarea apreciază că s-ar crea un avantaj pentru acesta în raport cu ceilalți participanți la procedură, fiind astfel încălcat principiul nediscriminării.

În aceste condiții, consideră contestatoarea că ofertantul declarat câștigător nu are capacitatea de a-și îndeplini obligațiile contractuale într-un mod profesionist și solicită anularea deciziei de atribuire a contractului către Asocierea SC ....SRL - SC ....SRL, anularea tuturor comunicărilor și a tuturor actelor subsecvente și dispunerea reevaluării ofertelor în ceea ce privește respectarea condițiilor privind excluderea și capacitatea la momentul semnării contractului.

În drept, contestatoarea invocă prevederile din Legea nr. 98/2016 și cele din HG nr. 395/2016.

Prin adresa nr. 95072/04.12....., înregistrată la CNSC sub nr. 51593/04.12....., autoritatea contractantă a transmis Consiliului documentele emise ulterior Deciziei CNSC nr. 904/...../779/25.04....., inclusiv adresa nr.

14B/3753/13.11..... în care se precizează următoarele: „comisia de evaluare a finalizat procedura de atribuire analizând ofertele depuse în conformitate cu legislația ce a stat la baza desfășurării ei (OUG nr. 34/2006), autoritatea contractantă fiind cea în măsură ca, la momentul încheierii contractului, să verifice dacă oferta câștigătoare se află în una din situațiile care determină excluderea din procedura de atribuire a unei oferte".

Față de susținerile părților și de documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul reține cele ce urmează:

Pentru atribuirea contractului de achiziție publică având ca obiect „.....", ... a inițiat procedura, licitație deschisă, prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr. ..... din ....., precum și a documentației de atribuire.

Consiliul constată că în cadrul prezentei proceduri au fost formulate mai multe contestații, respectiv:

- de către SC ....SRL, ce a fost admisă de Consiliu prin Decizia nr. 1866/...../2081 din 28.10.2016, în sensul reevaluării ofertei sale;
- de către SC ....SRL, ce a fost admisă de Consiliu prin Decizia nr. 319/...../116/13.02....., în sensul reevaluării ofertei sale;
- de către SC ..... SRL, ce a fost admisă de Consiliu prin Decizia nr. 904/...../779 din 25.04....., în sensul reevaluării ofertei depuse de Asocierea SC ....SRL - SC ....SRL;
- de către SC ....SRL, ce a fost admisă de Consiliu prin Decizia nr. 1870/...../...../24.07....., în sensul reanalizării ofertei sale, cu luarea în considerare a justificării valorii de 360.000 lei.

Împotriva deciziei Consiliului nr. 1870/...../...../24.07....., autoritatea contractantă a formulat plângere ce a fost respinsă, ca nefondată, prin decizia nr. 3828/05.10..... de Curtea de Apel .....

Rezultatul procedurii, emis ca urmare a acestei ultime decizii a Consiliului, a fost atacat de SC ..... SRL, prin contestația de față, după îndeplinirea procedurii notificării prealabile, stabilită la art. 6 din Legea nr. 101/2016, solicitând cele precizate în partea introductivă a deciziei.

Analizând prezenta cauză, Consiliul constată că, în opinia SC ..... SRL, ofertantul declarat câștigător Asocierii SC ....SRL - SC ....SRL ar fi trebuit exclus din procedură, în baza dispozițiilor art. 167 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 98/2016, întrucât asociatul SC ....SRL se află în procedura insolvenței din data de 04.10.....

Cu privire la acest aspect, Consiliul constată următoarele:

- prezenta procedură a fost demarată prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr. ...../....., sub imperiul OUG nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare;
- Normele legale în vigoare şi cunoscute de părți la data inițierii procedurii și respectiv la data formulării contestației, sunt aplicabile și la acest moment, respectiv:

- *OUG nr. 34/2006*;
- *Legea nr. 98/2016:* „**art. 236**: (1) Prezenta lege se aplică procedurilor de atribuire iniţiate după data intrării sale în vigoare. **(2) Procedurilor de atribuire în curs de desfăşurare la data intrării în vigoare a**

prezentei legi li se aplică legea în vigoare la data iniţierii procedurii de atribuire. **(3)** Prezenta lege se aplică contractelor de achiziţie publică/acordurilor-cadru încheiate după data intrării sale în vigoare ...";

Având în vedere prevederile legale menționate, rezultă că derularea prezentei proceduri, (inițiată la data de .....), se face în baza OUG nr. 34/2006, cu excepția încheierii contractului care se face în baza Legii nr. 98/2016 (a intrat în vigoare la data de 26.05.2016).

http://portal.just.roConform informaţiilor existente pe http://portal.just.ro (dosar nr. 36267/3/.....), în data de 04.10..... s-a analizat cererea debitorului SC ....SRL formulată în baza art. 66 din Legea nr. 85/2014 și s-a decis: „admite cererea debitorului. În temeiul art 71 alin. (1) din Legea nr. 85/2014 privind procedurile de prevenire a insolvenței și de insolvență, deschide procedura generală împotriva debitorului (...) desemnează administrator judiciar provizoriu pe ....SPRL (...) Fixează termen pentru continuarea procedurii la 14.02.2018 (...)".

Or, potrivit art. 181 lit. a) din OUG nr. 34/2006: „Autoritatea contractantă are dreptul de a exclude dintr-o procedură pentru atribuirea contractului de achiziţie publică orice ofertant/candidat care se află în oricare dintre următoarele situaţii: a) a intrat în faliment ca urmare a hotărârii pronunţate de judecătorul-sindic".

În cazul de faţă, asociatul SC ....SRL fiind în insolvenţă, nu în faliment, autoritatea contractantă nu avea motive pentru respingerea ofertei. Dreptul autorităţii contractante de a respinge un operator economic participant la procedură (ofertant) este stabilit de legiuitor ca privind situaţia intrării în faliment *ca urmare a hotărârii pronunţate de judecătorul-sindic*. Or, la momentul evaluării ofertelor, nu exista o astfel de hotărâre.

Deschiderea procedurii de insolvenţă asupra asociatului ofertantului nu echivalează cu falimentul acestei societăţi.

Intrarea în insolvenţă a ofertantului nu dă dreptul autorităţii să îl excludă din procedura de atribuire o demonstrează şi decizia civilă nr. 2766 din 7 aprilie 2014 a Curţii de Apel ....., Secţia a VIII-a contencios administrativ şi fiscal, în care instanţa a statuat: „Petenta a susţinut că oferta declarată câştigătoare este inadmisibilă, întrucât împotriva liderului asocierii a fost deschisă procedura insolvenţei, aşa cum atestă încheierea din 26.11.2013 a Tribunalului Ilfov, Secţia civilă, din dosarul nr. [...]/93/2013 [...]. Prin decizia sa din 19.02.2014, Consiliul Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor a respins contestaţia petentei, reţinând, în esenţă, că motivul grefat pe dispoziţiile art. 181 lit. a) din ordonanţă este nefondat, întrucât textul legal citat recunoaşte autorităţii contractante dreptul de a exclude din procedură ofertantul care a intrat în faliment ca urmare a hotărârii pronunţate de judecătorul-sindic. Or, în primul rând, prin încheierea din 26.11.2013, pronunţată de Tribunalul Ilfov, Secţia civilă, în dosarul nr. [...]/93/2013, a fost deschisă procedura insolvenţei împotriva liderului asocierii declarate câştigătoare, situaţie ce nu echivalează cu falimentul, iar, în al doilea rând, procedura insolvenţei a fost iniţiată ulterior datei-limită de depunere a ofertelor.

Curtea constată că în mod temeinic a procedat Consiliul respingând contestaţia petentei sub aspectul motivului prevăzut de art. 181 lit. a) din ordonanţă, fiind de observat că, prin dispoziţiile anterior citate, legiuitorul recunoaşte autorităţii contractante dreptul de a exclude din procedură ofertantul care a intrat în faliment ca urmare a hotărârii pronunţate de judecătorul-sindic. Trecând peste caracterul lipsit de echivoc al dispoziţiilor art. 181 lit. a), este de subliniat că forma actuală a acestuia este rezultatul adoptării Ordonanţei de urgenţă a Guvernului nr. 76/2010, anterior acesteia fiind recunoscut dreptul autorităţii contractante de a exclude dintr-o procedură pentru atribuirea contractului de achiziţie publică orice ofertant care se află în următoarele situaţii: este în stare de faliment ori lichidare, afacerile îi sunt conduse de un administrator judiciar sau activităţile sale sunt suspendate ori fac obiectul unui aranjament cu creditorii sau este într-o situaţie similară cu cele anterioare, reglementată prin lege. Ca atare, dat fiind caracterul său restrictiv, art. 181 lit. a) din ordonanţă poate reprezenta un temei pentru respingerea ofertei exclusiv în situaţia în care ofertantul a intrat în faliment, ipoteză evident neîndeplinită în cauza de faţă”.

Or, în cazul de faţă, asociatul SC ....SRL nu se găsește în stare de faliment, astfel că autoritatea contractantă nu avea motive pentru respingerea ofertei Asocierii SC ....SRL - SC ....SRL.

În temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge, ca nefondată, contestația formulată de SC ..... SRL, în contradictoriu cu .....

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

CONSILIUL DECIDE:

Respinge, ca nefondată, contestația formulată de SC ..... SRL, în contradictoriu cu .....

Prezenta decizie este obligatorie, în conformitate cu dispozițiile art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

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

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

....