CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C. N. S. C.

..., 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. ... /16.07.2018, înregistrată la Consiliu sub nr. ... /16.07.2018, formulată de SC ... SRL, cu sediul în ..., str. ... nr. ..., corp ..., sector ..., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., având CUI ..., reprezentată legal de împuternicit ..., în calitate de lider al Asocierii SC ...SRL – SC ...SRL, împotriva adresei de comunicare a rezultatului procedurii nr. ... /09.07.2018, emisă de ..., cu sediul în ..., B-dul ...nr. ..., județul ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii simplificate, într-o singură etapă, online, organizată în vederea atribuirii contractului de lucrări având ca obiect «Execuție aferentă obiectivului de investiții *„**Rețea gaz metan ... sat și cartierul tineretului ...**”* din mun. ...», anunț participare simplificat nr. .../10.05.2018, cod CPV 45231221-0 – Lucrări de construcții de conducte de alimentare cu gaz (Rev. 2), s-au solicitat:

„Anularea deciziei de respingere ca inacceptabilă a ofertei subscrisei, comunicată nouă sub nr .../09.07.2018;

Anularea tuturor actelor subsecvente;

Obligarea Comisiei de evaluare de a reevalua ofertele cu luarea în considerare a ofertei Asocierii ...SRL - ...SRL în conformitate cu cerințele formulate prin și în cadrul documentației de atribuire, cu respectarea principiilor prevăzute în Legea 98/2016 privind achizițiile publice”.

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

Prin contestația nr. ... /16.07.2018, înregistrată la Consiliu sub nr. ... /16.07.2018, SC ...SRL, în calitate de lider al Asocierii SC ...SRL – SC ...SRL, în contradictoriu cu ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii simplificate, într-o singură etapă, online, organizată în vederea atribuirii contractului de lucrări având ca obiect «Execuție aferentă obiectivului de investiții „***Rețea gaz metan ... sat și cartierul tineretului ...***" din mun. ...», critică adresa de comunicare a rezultatului procedurii nr. .../09.07.2018, solicitând cele prezentate în partea introductivă.

Contestatoarea menționează că, în mod greșit, autoritatea contractantă a respins oferta asocierii potrivit dispozițiilor art. 167 alin. (1), lit. b) din Legea nr. 98/2016, fără a face aplicarea prevederilor art. 167 alin. (2) din același act normativ.

Precizează că, prin documentele depuse la autoritatea contractantă, SC ... SRL are capacitatea de a executa contractul de achiziție publică/acordul-cadru, deoarece îndeplinește cele două condiții cumulativ prevăzute de art. 167 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, respectiv:

- se află în faza de observație;
- a adoptat măsurile necesare pentru a întocmi un plan de reorganizare fezabil, ce permite continuarea, de o manieră sustenabilă, a activității curente.

Menționând faptul că SC ... SRL este în perioada/ faza de observație, societatea aflându-se în perioada dintre data deschiderii procedurii insolvenței și data confirmării planului de reorganizare, contestatoarea arată că tabelul de creanțe va fi definitivat când vor fi îndeplinite cumulativ două condiții: se finalizează toate contestațiile formulate la tabelul preliminar de creanțe și după depunerea raportului de evaluare asupra bunurilor deținute de debitoare, sens în care susține că există două contestații pe rolul Tribunalului ... Secția a Vll-a Civilă, dosar nr. ..../3/2016, respectiv cererile creditoarelor ... (...) în cuantum de 28.964 lei și SC ...SA în cuantum de 2.418.815 lei.

După ce subliniază că SC ...SRL a adoptat măsurile necesare pentru a întocmi un plan de reorganizare fezabil, ce permite continuarea, de o manieră sustenabilă, a activității curente, contestatoarea subliniază că societatea și-a declarat intenția de reorganizare în cadrul procedurii de insolvență, dar, așa cum a precizat și în răspunsul la solicitarea de clarificări nr. 22506/28.06.2018, planul de reorganizare va fi depus în termen de 30 de zile de la publicarea tabelului definitiv de creanțe, conform dispozițiilor Legii nr. 85/2014.

Contestatoarea precizează că intenția de reorganizare a societății este confirmată de raportul întocmit în temeiul dispozițiilor art. 97 din Legea nr. 85/2014 de către administratorul judiciar SC ... SPRL, publicat în BPI nr. 16621/15.09.2016 - în care se menționează expres că acesta susține intenția de reorganizare exprimată de societate pe baza analizei preliminare a documentelor și informațiilor financiare și contabile puse la dispoziție de către SC ...SRL.

De asemenea, susține că a depus și BPI nr. 7768/19.04.2016 privind propunerea administratorului judiciar al societății la acea dată (...SPRL) de continuare a perioadei de observație a SC ...SRL și mențiunea acestuia că SC ...SRL nu se încadrează în ipotezele prevăzute de prevederile art. 38 alin. (2) al Legii nr 85/2014, situație care ar fi exclus reorganizarea.

Concluzionând, autoarea contestației apreciază că, în mod greșit, autoritatea contractantă i-a respins ca inacceptabilă oferta, câtă vreme a dovedit îndeplinirea condițiilor prevăzute de art. 167 alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

În drept, asocierea își întemeiază prezenta contestație pe dispozițiile Legii nr. 101/2016 și ale Legii nr. 98/2016.

În probațiune, au fost solicitate înscrisuri.

Prin adresa înregistrată la C.N.S.C. sub nr. ... /17.07.2018, SC ...SRL a transmis, în original, recipisa de consemnare nr. ..../1 din 16.07.2018, privind constituirea cauțiunii în cuantum de ...,00 lei.

Prin adresa nr. .../23.07.2018, înregistrată la CNSC sub nr. 30161/24.07.2018, ... a transmis punct de vedere la contestația formulată de către SC ...SRL, în calitate de lider al Asocierii SC ...SRL – SC ...SRL, solicitând respingerea contestației ca nefondată și „continuarea procedurii de atribuire.

Argumentând, autoritatea contractantă prezintă un istoric al procedurii, și arată că, în urma analizării propunerilor tehnice și financiare depuse de către cei doi ofertanți ale căror oferte au fost declarate admisibile, clasamentul este următorul:

1. ASOCIEREA SC ...SRL - SC ...SRL - 3.699.322,96 lei;

2. SC ... SRL ... - 3.711.250,35 lei.

Având în vedere faptul că Asocierea SC ...SRL - SC ...SRL s-a clasat pe primul loc, prin adresa nr. 22506/ 28.06.2018, comisia de evaluare i-a solicitat ofertantului prezentarea documentelor justificative actualizate prin care să demonstreze îndeplinirea tuturor criteriilor de calificare, în conformitate cu informațiile cuprinse în DUAE, în baza prevederilor art. 196, alin. (2) din Legea nr. 98/2016, cu termen limită de răspuns data de 04.07.2018.

Precizează că, la data de 04.07.2018, ora 19:25, asocierea a transmis în SEAP răspunsul său, sens în care enumeră documentele transmise pentru SC ...SRL, respectiv:

- certificat de atestare fiscală nr. 118265/ 02.07.2018, emis de ... -sector ...., mun. ..., prezentat în format scan al copiei cf cu originalul - fără datorii;

- certificat atestare fiscală emis de ANAF nr. 662505/ 04.07.2018 cu datorii la bugetul general consolidat și Decizie ANAF nr. 3245672/ 19.10.2017 de eșalonare la plată a obligațiilor fiscale pentru o perioadă de 24 de luni.

De asemenea, precizează că, pentru SC ...SRL, asocierea a prezentat următoarele documente:

-Certificat de atestare fiscală nr. 109612/ 18.06.2018, emis de ... -sector ...., mun. ...., prezentat în format scan al copiei cf cu originalul;

-Certificat de atestare fiscală nr. .../ 04.07.2018 emis de ANAF al copiei cf cu originalul;

-„Conform sentinței din 04.04.2016 la dosar .../2016, Tribunalul ..., Secția a VII-a Civilă, societatea este în insolvență și este în perioada de supraveghere";

-Intenție de reorganizare a societății, confirmată de raportul administratorul judiciar ... SPRL;

-Sentința civilă nr. ... /18.12.2017, privind înlăturarea din tabelul preliminar al creanței cu care a fost înscrisă ANAF și respingerea contestației acesteia;

-Extrase din Buletinul Procedurilor de Insolvență: nr. .../15.09.2016, nr. .../19.04.2016, nr. .../29.07.2016 și nr. ... / 12.04.2018;

-Declarație privind capacitatea de execuție a lucrărilor.

Prin fax, menționează autoritatea contractantă, asocierea a transmis adresa „nr. ... 06.2018", înregistrată la instituție sub nr. 23585/09.07.2018, în care a prezentat următoarele documente:

-Nota explicativă pentru licitații publice

-Certificat de atestare fiscală nr. ... /05.07.2018 emis de ANAF în copie cf cu originalul, cu datorii la data de 30.06.2018;

-Certificat de atestare fiscală nr. ... 18.06.2018, emis de ... -sector ...., municipiul ..., prezentat în format scan al copiei cf cu originalul, cu datorii;

-Cerere de înscriere a creanței în tabelul preliminar.

Referindu-se la această adresă, invocând cap. IV.4.3 din fișa de date, autoritatea contractantă susține că fiind transmisă pe fax, nu a fost luată în considerare de către comisia de evaluare.

În baza art. 167, alin. (1), lit. b) din Legea nr. 98/2016, arată autoritatea contractantă, comisia de evaluare a hotărât să respingă oferta Asocierii SC ...SRL – SC ...SRL ca inacceptabilă, deoarece „se află în procedura insolvenței sau în lichidare, în supraveghere judiciară sau în încetarea activității", decizie comunicată ofertantului cu adresa nr. .../09.07.2018.

Autoritatea contractantă precizează că, înainte de a lua decizia de excludere, prin intermediul comisiei de evaluare, a clarificat dacă societatea SC ...SRL îndeplinește cealaltă condiție prevăzută de art. 167 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, mai precis dacă s-au adoptat măsurile necesare pentru a întocmi un plan de reorganizare fezabil, ce permite continuarea, de o manieră sustenabilă, a activității curente, sens în care invocă Directiva .../UE și Regulamentul UE 2015/1929

Astfel, autoritatea contractantă arată că, pe baza informațiilor și a documentelor prezentate, a stabilit că există o serie de carențe, în sensul că nu s-a precizat:

-*„dacă până la termenul de judecată din 02.10.2018, va putea fi finalizată lista creditorilor și debitul total datorat" de SC ...SRL*";

-*„dacă societatea are capacitatea de a executa (d.p.d.v. al personalului, deținere utilaje, etc) contracte, și dacă are și alte contracte în derulare din 2016 până în prezent, cu scopul de a acoperi aceste debite*".

Subliniind că acestea sunt motivele care au condus-o la concluzia că societatea nu are capacitatea de a executa contractul de achiziție publică ținând cont de măsurile adoptate privind continuarea activității, autoritatea contractantă susține că „este dificil de probat că SC ...SRL se pregătește real pentru o redresare efectivă a activității în ziua întâi și următoarele de observație", iar instituția are „dreptul să supună analizei fiabilitatea societății doar în cursul procedurii de atribuire, nu și după ce contractul a fost câștigat".

În concluzie, ... susține că decizia comisiei de evaluare de respingere a ofertei Asocierii SC ...SRL – SC ...SRL este justificată, iar procesul de evaluare a ofertelor s-a desfășurat corect, cu respectarea principiilor stipulate la art. 2, alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

În probațiune, au fost depuse, în copie certificată, înscrisuri din dosarul achiziției.

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

..., în calitate de autoritate contractantă, a inițiat procedura de atribuire simplificată – într-o singură etapă în vederea atribuirii contractului de achiziție publică de lucrări având ca obiect «Execuție aferentă obiectivului de investiții „***Rețea gaz metan ... sat și cartierul tineretului ...***" din mun. ...», cod CPV 45231221-0 – Lucrări de construcții de conducte de alimentare cu gaz (Rev. 2), publicând, în SEAP, anunțul de participare simplificat nr. .../10.05.2018.

Valoarea estimată a contractului, fără TVA, este de ...,00 lei, iar criteriul de atribuire a contractului fiind *„prețul cel mai scăzut*".

Conform procesului verbal de evaluare nr. 4 privind evaluare documente îndeplinire DUAE, document înregistrat la instituție sub nr. 23679/09.07.2018, după verificarea răspunsului transmis în SEAP de către Asocierea SC ...SRL – SC ...SRL, oferta acesteia a fost respinsă ca inadmisibilă în baza dispozițiilor art. 167 alin. (1, lit. b) din Legea nr. 98/2016.

Împotriva acestui rezultat al procedurii, în termenul legal, Asocierea SC ...SRL – SC ...SRL, prin liderul său, SC ...SRL, a formulat contestația ce formează obiectul prezentului dosar.

Examinând susținerile părților, probatoriul aflat la dosarul cauzei și dispozițiile legale aplicabile, Consiliul constată:

Preliminar analizării aspectelor sesizate de contestatoare, este de remarcat că documentația de atribuire, alcătuită din fișa de date, caietul de sarcini (părțile tehnice), formularele necesare și modelul contractului de lucrări, la care se adaugă clarificările postate în SEAP, nu a fost contestată de niciun operator economic, drept pentru care toate prevederile ei și-au consolidat forța obligatorie atât pentru autoritatea contractantă, cât mai ales pentru operatorii economici participanți la procedura de atribuire, inclusiv pentru Asocierea SC

...SRL – SC ...SRL. La acest moment nu pot fi emise pretenții sau critici vizavi de prevederile documentației de atribuire, întrucât ar fi vădit tardive, raportat la termenul prescris de Legea nr. 101/2016.

În concluzie, documentația acceptată implicit de toate societățile ofertante le impunea să îi urmeze cu strictețe prescripțiile, sens în care dispune și art. 75 din Legea nr. 98/2016 – ofertantul depune oferta elaborată în conformitate cu informațiile și cerințele prevăzute în documentele achiziției, precum și art. 123 alin. (1) din HG nr. 395/ 2016 – ofertantul elaborează oferta în conformitate cu prevederile documentației de atribuire. Prin depunerea ofertelor la procedură, se presupune că ofertanții și-au însușit documentația de atribuire fără rezerve, ceea ce înseamnă că nu li se poate scuza nicio abatere de la prescripțiile ei, opozabile în cel mai mic detaliu (relevantă în acest sens este decizia nr. 1555 din 6 martie 2012 a Curții de Apel ..., Secția de contencios administrativ și fiscal).

Depășind această introducere de subliniere a importanței respectării întru-totul a regulilor impuse de autoritate în documentația de atribuire, asupra aspectelor sesizate de reclamantă, Consiliul ia act de faptul că autoritatea contractant, prin adresa nr. .../09.07.2018, a comunicat societății contestatoare următoarele:

„Având în vedere calitatea dumneavoastră de ofertant ... în urma analizei documentelor prezentate de dumneavoastră la faza de îndeplinire DUAE, oferta dumneavoastră a fost respinsă ca inacceptabilă, în baza art. 167 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 98/2016 (...) autoritatea contractantă, pe baza documentelor și a informațiilor prezentate, a stabilit că există o serie de carențe, în sensul că nu ați precizat:

- dacă până la termenul de judecată din 02.10.2018, va putea fi finalizată lista creditorilor și debitul total datorat de SC ...SRL;

-dacă societatea d-voastră are capacitatea de a executa (d.p.d.v. al personalului, deținere utilaje etc) contracte și dacă are și alte contracte în derulare din 2016 până în prezent, cu scopul de a acoperi aceste debite

- că societatea este în faza de observație, precum și faptul că s-au întreprins toate diligențele pentru realizarea unui plan de reorganizare, care au condus la concluzia că societatea nu are capacitatea de a executa contractul de achiziție publică ținând cont de măsurile adoptate privind continuare activității

Subliniem că autoritatea contractantă are dreptul să supună analizei fiabilitatea societății doar în cursul procedurii de atribuire , nu și după ce contractul a fost câștigat".

Nemulțumită de conținutul adresei de mai sus, SC ...SRL a înaintat prezenta contestație, solicitând anularea acestei adrese și obligarea autorității la *„reevalua ofertele cu luarea în considerare a ofertei Asocierii ...SRL - ...SRL”.* În opinia contestatoarei, autoritatea contractantă, în mod greșit, a procedat la respingerea ofertei sale în temeiul art. 167 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 98/2016, susținând că a

dovedit că îndeplinește cele două condiții cumulativ conținute de această normă legală.

Față de cele evocate, Consiliul are în vedere fișa de date a achiziției, unde la cap. III.2.1.a) *Situația personală a candidatului sau ofertantului*, se solicită:

„Se solicita completarea documentului unic de achizitie european (DUAE - lider, asociat, tert sustinator, subcontractant), conform art. 193, alin. 1 din Legea 98/2016 de catre toti operatorii economici participanti la procedura;

Operatorul economic (lider, asociat, tert sustinator, subcontractant) va completa cerintele privind neincadrarea in prevederile art. 164, 165 si ***167 din Legea nr. 98/2016*** *in cuprinsul formularului DUAE din documentatia de atribuire.*

Incadrarea în dispozitiile art. 164, 165, 167 din Legea 98/2016privind achizitiile publice duce la excluderea ofertantului din prezenta procedura.(...).

Initial AC solicita completarea documentului unic de achizitie europeana (DUAE) de catre toti operatorii economici interesati sa participe la procedura, urmand ca ofertantul clasat pe primul loc dupa aplicarea criteriului de atribuire asupra ofertelor admisibile sa faca dovada neîncadrarii în situatiile de excludere, prin prezentarea, la solicitarea AC, de regula a urmatoarelor informatii si documente: (...)

c) dupa caz, documente prin care se demonstreaza faptul ca operatorul economic poate beneficia de derogarile prevazute la art. 166 alin. (2), ***art. 167 alin. (2****), art. 171 din Legea 98/2016 privind achizitiile publice;*

d) alte documente edificatoare, dupa caz (...)".

Din certificate trebuie sa reiasa ca ofertantul nu are datorii restante la momentul prezentarii lor.

Documentele din aceasta sectiune vor fi emise integral de catre fiecare dintre membrii unei asocieri de operatori economici. (...)".

Analizând conținutul DUAE al membrului asocierii, respectiv SC ...SRL, Consiliul constată la cap. C - *Motive legate de insolvenţă, conflicte de interes sau abateri profesionale*", pct. -*INSOLVENȚĂ*, SC ...SRL a consemnat „DA", cu următoarele mențiuni:

„Conform Sentintei din 04.04.2016 Dosar 10900/3/2016. Societatea este in perioada de supraveghere si poate participa si executa lucrări conform Legii 85/25.06.2014 actualizata in 14.12.2015 art. 77 alin 6. Cauzele care au dus la starea de insolventa: 1. Prabusirea sectorului de constructii de infrastructura.(...). La momentul actual societatea are un număr de 191 de angajaţi. Subscrisa deţine o poziţie consolidată pe piaţa contrucţiilor din România, desfăşurând, de la înfiinţare şi până în prezent, o serie de lucrări de referinţă şi de importanţa majoră atât regională, cât şi naţională. ...SRL a ajuns in ultimii ani un participant prezent la marile proiecte de infrastructura ale Bucurestiului si zonei de sud a României. Menţionam ca S.C. ...SRL dispune de un parc de utilaje impresionant, care se ridica la peste 200 de unitati. Atat personalul cat si utilajele sunt si vor fi dislocate oriunde este necesar, pe orice şanţier (...). Societatea Verta Te! SRL deţine un portofoliu de contracte şi comenzi, existând posibilităţi de

suplimentare ale acestora . In aceasta perioada de observaţie, societatea şi-a continuat activitatea sub supravegherea administratorului judiciar Societatea Verta Tei SRL deţine experienţa necesară, se bucură de prestigiu, are persona! angajat calificat, spaţii şi utilaje necesare desfăşurării activităţilor din obiectul de activitate. Din informaţiile avute pana in present administratorul judiciar susţine opţiunea de reorganizare a societăţii, SC ...SRL dispune de personal calificat si o baza solida de producţie {depozite, utilaje, mijloace de transport etc.) care poate susţine continuarea contractelor in derulare ale societatii."

Față de acest aspect autoritatea contractantă, prin adresa nr. 22506/28.06.2018 a solicitat contestatoarei următoarele clarificări:

„(...) în conformitate cu art. 196 alin. (2) din Legea nr. 98/2016,vă solicităm să prezentați documente justificative actualizate prin care să demonstrați îndeplinirea tuturor criteriilor de calificare, în conformitate cu informațiile cuprinse în DUAE, astfel:

- (...) Operatorul economic ...S.R.L. (împotriva căruia s-a deschis procedura generală de insolvenţă) trebuie sa dovedească pe baza informaţiilor şi/sau documentelor prezentate că acesta are capacitatea de a executa contractul de achiziţie publică. Aceasta presupune că operatorul economic ...S.R.L. se află fie în faza de observaţie şi a adoptat măsurile necesare pentru a întocmi un plan de reorganizare fezabil, ce permite continuarea, de o manieră sustenabilă a activităţii curente, fie este în cadrul fazei de reorganizare judiciară şi respectă integral graficul de implementare a planului de reorganizare aprobat de instanţă".

Răspunsul contestatoarei a fost comunicat prin adresa nr. 702/ 04.07.2018, în cadrul căreia a invocat și citat art. 176 alin. (20 din Legea nr. 98/2016, precizând că:

„...SL. este in perioada de observaţie, societatea aflandu-se in perioada dintre data deschiderii procedurii inaolventel si data confirmării pianului de reorganizare.

Tabelul de creanţa va fi definitivat cand sunt îndeplinite cumulativ doua condiţii: se finalizeaza toate contestatiile formulate la tabelul preliminar de creanţe si dupa depunerea raportului de evaluare asupra bunurilor detinute de debitoare.

In prezent exista doua contestaţii pe rol fata de creantele creditoarelor ... ... (...) in cuantum de 28.964 lei si ... SA in cuantum de ... lei.

...SRL si-a declarant intentia de reorganizare in cadrul procedurii de insolventa. <u>Planul de reorganizare va fi depus in 30 de zile da la publicarea tabelului definitiv de creante,</u> societatea formuland intenţia de reorganizare potrivit art. 67 alin. (1) lit. g) din Legea 85/ 2014 inca de la data de 22.03.2016.

Intenţia de reorganizare a societatii este confirmata de Raportul in temeiul dispoziţiilor art. 97 din Legea 85/2014 întocmit de administratorul judiciar ... SPRL publicat in BPI nr. ... /15.09.2016 - in care se mentioneaza expres ca acesta susţine intenţia de reorganizare

exprimată de Societate pe baza analizei preliminare a documentelor şi informaţiilor financiare şi contabile puse la dispoziţie da catre ...SRL."

La această adresă, contestatoarea a anexat:

- Sentința Civilă nr. ..../16.12.2017;
- extras BPI nr. .../15.09.2016;
- extras BPI nr. .../19.04.2016;
- extras BPI nr. .../29.07.2016;
- extras BPI nr. .../12.04.2018;
- declarație privind capacitatea de execuție a lucrărilor.

Accesând portalul Tribunalului ... - *Secția a II-a Civilă*, în ceea ce privește dosarul nr. ... /2016, în care SC ...SRL are calitatea de debitor, Consiliul constată că este evident că acest operator economic se află în procedura insolvenței, potrivit Încheierii din 04.04.2016 prin care a fost admisă cererea debitorului SC ...SRL, în temeiul art. 71 alin. (1) din Legea nr. 85/2014 privind procedurile de prevenire a insolvenței și de insolvență, fiind deschisă procedura generală de insolvență împotriva debitorului.

De asemenea, pe același portal, se menționează, pe o parte, în data de 24.04.2017, soluția pe scurs: *„Amână judecarea cauzei pentru a da posibilitatea lichidatorului judiciar să facă demersurile necesare în vederea definitivării tabelului creditorilor precum și pentru continuarea procedurii",* iar pe de altă parte, că următorul termen de soluționare a acestui dosar este *08.10.2018*.

Având în vedere cele prezentate anterior, problema ce se impune a fi dezlegată vizează posibilitatea participării unui operator economic aflat în procedura insolvenței la procedura de achiziție publică.

Astfel, relevante în soluționare sunt dispozițiile art. 167 alin. (1) lit. b) şi alin. (2) din Legea nr. 98/2016, conform cărora:

„(1) Autoritatea contractantă exclude din procedura de atribuire a contractului de achiziţie publică/acordului-cadru orice operator economic care se află în oricare dintre următoarele situaţii:

b) se află în procedura insolvenţei sau în lichidare, în supraveghere judiciară sau în încetarea activităţii;

*(2) Prin excepţie de la dispoziţiile alin. (1) lit. b), autoritatea contractantă nu exclude din procedura de atribuire un operator economic împotriva căruia s-a deschis procedura generală de insolvenţă atunci când, pe baza informaţiilor şi/sau documentelor prezentate de operatorul economic în cauză, stabileşte că acesta are capacitatea de a executa contractul de achiziţie publică/acordul-cadru. Aceasta presupune că respectivul operator economic se află fie în faza de observaţie şi a adoptat măsurile necesare pentru a întocmi un plan de reorganizare **fezabil**, ce permite continuarea, de o manieră sustenabilă, a activităţii curente, fie este în cadrul fazei de reorganizare judiciară şi respectă integral graficul de implementare a planului de reorganizare aprobat de instanţă.*

Este adevărat că art. 77 alin. (6) din Legea nr. 85/2014, prevede faptul că *„debitorul aflat în procedura insolvenţei nu poate fi împiedicat să participe la licitaţii publice pentru motivul deschiderii*

procedurii", însă, în același timp, pentru a nu fi exclus din procedură, respectiv de a beneficia de excepția prevăzută la art. 167 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, acesta trebuie să facă dovada că are capacitatea de a executa contractul de achiziţie publică/acordul-cadru, ţinând cont de măsurile adoptate de respectivul operator privind continuarea activităţii, *„aceasta presupune că respectivul operator economic se află fie în faza de observaţie şi a adoptat măsurile necesare pentru a întocmi un plan de reorganizare fezabil ce permite continuarea, de o manieră sustenabilă, a activităţii curente (...)."*

Față de cele expuse anterior, Consiliul constată că nu este definitivat un tabel definitiv de creanțe, respectiv că nu este întocmit un plan de reorganizare fezabil, aspect recunoscut chiar de contestatoare prin afirmațiile: *„Tabelul de creanțe va fi definitivat când sunt îndeplinite în mod cumulativ două condiții: se finalizează toate contestațiile formulate la tabelul preliminar de creanțe și după depunerea raportului de evaluare asupra bunurilor deținute de debitoare. În prezent există două contestații pe rolul Tribunalului ..... planul de reorganizare va fi depus în 30 de zile de la publicarea tabelului definitiv de creanțe, formulând intenția de reorganizare potrivit art. 67 lit. g)(...)."*

Așadar, pentru a nu fi exclus din procedură, operatorul economic aflat în faza de observație trebuia să demonstreze că a adoptat măsurile necesare pentru a întocmi un plan de reorganizare fezabil. Or, societatea contestatoare nu a făcut dovada respectării articolului amintit.

De altfel, nici chiar prin contestație, autoarea acesteia nu a adus argumente și nu a prezentat probe în conformitate cu prevederile art. 167 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 mai sus evocat, pentru admiterea sa în procedură. Nu rezultă că s-au adoptat măsurile necesare pentru a se întocmi un plan de reorganizare fezabil ce permite continuarea, de o manieră sustenabilă, a activității curente, neputându-se vorbi, la acest moment, de un eventual caracter fezabil al planului de reorganizare, la care face referire atât art. 167 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 cât și solicitarea de clarificări transmisă de autoritatea contractantă.

În stabilirea acestei finalități, Consiliul are în vedere art. 5 pct. 67 din Legea nr. 85/2014, potrivit căruia: *„tabelul definitiv de creanţe este tabelul care cuprinde toate creanţele asupra averii debitorului la data deschiderii procedurii, acceptate în tabelul preliminar şi împotriva cărora nu s-au formulat contestaţii, precum şi creanţele admise în urma soluţionării contestaţiilor sau cele admise provizoriu de către judecătorul-sindic (...)*."

De asemenea, prevederile art. 112 alin. (1) și (2) din același act normativ stabilesc:

„(1) După ce toate contestaţiile la creanţe au fost soluţionate şi s-a predat raportul de evaluare a garanţiilor, administratorul judiciar/lichidatorul judiciar va înregistra, de îndată, la tribunal şi va publica în BPI tabelul definitiv al tuturor creanţelor împotriva averii debitorului, arătând suma,

prioritatea şi situaţia fiecărei creanţe, beneficiară sau nu a unei cauze de preferinţă.

(2) După înregistrarea tabelului definitiv, numai titularii creanţelor înregistrate în tabelul definitiv pot să participe la votul asupra planului de reorganizare sau la orice repartiţii de sume în caz de faliment în procedura simplificată",

iar cele ale art. 113 alin. (4) dispun: *„Până la judecarea definitivă a contestaţiei, judecătorul-sindic va putea declara creanţa sau dreptul de preferinţă contestat ca admis numai provizoriu."*

Relevante în acest caz sunt și dispozițiile art. 132 și ale art. 133 din Legea nr. 85/2014, potrivit cărora:

Art.132

„(1) Următoarele categorii de persoane vor putea propune un plan de reorganizare:

a) debitorul, cu aprobarea adunării generale a acţionarilor/asociaţilor, în termen de 30 de zile de la publicarea tabelului definitiv de creanţe, cu condiţia formulării intenţiei de reorganizare potrivit art. 67 alin. (1) lit. g), dacă procedura a fost declanşată de acesta, şi în termenul prevăzut de art. 74, în cazul în care procedura a fost deschisă ca urmare a cererii unuia sau mai multor creditori;

b) administratorul judiciar, de la data desemnării sale şi până la îndeplinirea unui termen de 30 de zile de la data publicării tabelului definitiv de creanţe;

c) unul sau mai mulţi creditori, deţinând împreună cel puţin 20% din valoarea totală a creanţelor cuprinse în tabelul definitiv de creanţe, în termen de 30 de zile de la publicarea acestuia; (...).

(3) Planul va putea să prevadă fie restructurarea şi continuarea activităţii debitorului, fie lichidarea unor bunuri din averea acestuia, fie o combinaţie a celor două variante de reorganizare.

Art. 133.

(1) Planul de reorganizare va indica perspectivele de redresare în raport cu posibilităţile şi specificul activităţii debitorului, cu mijloacele financiare disponibile şi cu cererea pieţei faţă de oferta debitorului şi va cuprinde măsuri concordante cu ordinea publică, inclusiv în ceea ce priveşte modalitatea de selecţie, desemnare şi înlocuire a administratorilor şi a directorilor.

(2) Planul de reorganizare va cuprinde în mod obligatoriu programul de plată a creanţelor. Creanţele înscrise ca beneficiare ale unei cauze de preferinţă în tabelul definitiv al creanţelor pot fi purtătoare de dobânzi şi alte accesorii. (...)

(4) Planul de reorganizare va menţiona:

a) categoriile de creanţe care nu sunt defavorizate, în sensul prezentului titlu;

b) tratamentul categoriilor de creanţe defavorizate;

c) dacă şi în ce măsură debitorul, membrii grupului de interes economic, asociaţii din societăţile în nume colectiv şi asociaţii comanditaţi din societăţile în comandită vor fi descărcaţi de răspundere; (...)".

În aceste condiții, autoritatea contractantă nu poate fi obligată să atribuie un contract pe 36 luni cu un ofertant care se află în procedura insolvenței și nu a demonstrat că are capacitatea de a executa contractul și că a luat măsurile necesare pentru a întocmi un plan de

reorganizare fezabil, respectiv nu a depus informații și documente în cadrul procedurii care să permită o determinare clară a situației sale financiare și a măsurilor pe care le-a adoptat în perioada de observație pentru a permite continuarea activității într-o manieră sustenabilă. Nicio autoritate contractantă nu poate fi obligată să atribuie un contract societăților în insolvență, care înregistrează un risc maxim de a nu își îndeplini obligațiile contractuale din cauza dificultăților financiare în care se găsesc.

În concluzie, pe baza documentelor depuse, urmare solicitărilor de clarificări din partea autorității contractante, nu se poate ajunge la concluzia că sunt îndeplinite condițiile prevăzute la art. 167 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, astfel încât contestatoarea să nu fie exclusă din procedură.

Situația specială a procedurii insolvenței, nu îi asigură ofertantului în mod automat și desemnarea admisibilă a ofertei sale, fiind necesară îndeplinirea anumitor condiții pentru a nu fi exclusă din procedura de achiziție, condiții pe care contestatoarea nu a demonstrat că le îndeplinește.

Din cele relatate, Consiliul apreciază că autoritatea contractantă a decis, în mod corect, respingerea ca inacceptabilă a ofertei asocierii contestatoare, în temeiul art. 167 alin. (1 lit. b) din Legea nr. 98/2016.

Consiliul apreciază faptul că societatea contestatoare *„și-a declarat intenția de reorganizare în cadrul procedurii de insolvență”*, respectiv aceea de redresare a situației sale financiare, dar având în vedere coroborarea normelor legale citate anterior, raportat la etapa în care se află la acest moment în decursul acestei proceduri de insolvență (așa cum s-a arătat anterior), nu se poate face vorbire de incidența art. 167 alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

În justificarea acestei concluzii, Consiliul are în vedere în primul rând practica instanțelor judecătorești care au menținut deciziile emise de CNSC pe acest aspect. Cu titlu de exemplu:

- Decizia CNSC nr. .../21.04.2017, menținută de Curțea de Apel ....i, Secția de contencios administrativ și fiscal prin Hotărârea ....din 13 iunie 2017 (dosar nr. ..../2017, în cadrul căreia se precizează:

„Conform art 167 alin 2 dm Legea 98/2016 . (2} Prin excepţie de la dispoziţiile alin (1) lit b) autoritatea contractantă nu exclude din procedura de atribuire un operator economic împotriva căruia s-a deschis procedura generală de insolvenţă atunci când, pe baza informaţiilor şi/sau documentelor prezentate de opeiatorul economic in cauză, stabileşte că acesta are capacitatea de a executa contractul de achiziţie publică/acordul-cadru. Aceasta presupune că respectivul operator economic se află fie în faza de observaţie şi a adoptat măsurile necesare pentru a întocmi un plan de reorganizare fezabil, ce permite continuarea, de o manieră sustenabilă, a activităţii curente, (...). Norma generală prevede obligaţia autorităţii contractante de a exclude din procedura de atribuire a contractului de achiziţie publică a operatorului economic care se află sub incidenţa dispoziţiilor Legii 85/ 2014 privind procedura insolvenţei.

Totodată se prevede şi o excepţie în dispoziţiile art. 167 alin 2 din Legea 98/2016, de a nu exclude operatorul economic din procedura de achiziţie publică, atunci când pe baza documentelor se stabileşte că operatorul economic are capacitatea de a executa contractul de achiziţie publică.

Conform normelor legale, de strictă interpretare, capacitatea de a executa contractul de achiziţie publică presupune că operatorul economic se află in faza de observaţie şi a adaptat măsurile necesare pentru a întocmi un plan de reorganizare fezabil, ce permite în continuare, de o manieră sustenabilă, a activităţii curente.

În speţă, petenta ... se află în procedura de observaţie conform dispoziţiile Legii 85/2014, la cererea sa din 10 1 2014, iar până în prezent nu a fost întocmit un plan de reorganizare fezabil, astfel încât această condiţie expresă prevăzută de legiuitor nu este îndeplinită.

Critica petentei că intimata a analizat doar situaţia economică şi financiară şi nu capacitatea tehnică şi profesională nu poate fi primită, avându-se în vedere următoarele (...).

Nefiid întrunite condiţiile expres şi cumulativ prev de art 167 alin 2 din Legea 98/2016, respectiv planul de reorganizare fezabil, va reţine că în mod corect oferta petentei a fost respinsă ca inacceptabilă.

Faţă de cele mai sus arătate, în baza art 32 alin 1 din Legea 101/2016 va respinge plângerea formulată împotriva deciziei nr. 860- CI 1/872C1 04 2017 ca nefondată";

- Decizia Consiliului nr. ... /19.05.2017, menținută prin decizia nr. ... din 10 august 2017, emisă de Curțea de Apel ..., Secția de contencios administrativ și fiscal (dosar nr. ... 2017), în cadrul căreia se consemnează:

„Aşadar, de lege lata se permite participarea operatorului aflat în insolvenţă la procedura de achiziţie publică, cu condiţia dovedirii de către acesta a capacităţii de a executa contractul şi a adoptării măsurilor necesare pentru a întocmi un plan de reorganizare fezabil.

In speţă, la data excluderii ofertei asocierii nu numai că nu era întocmit un plan de reorganizare, însă nu era întocmit nici tabelul definitiv de creanţe. Mai mult decât atât, se constată şi existenţa unor discrepanţe între documentele comunicate pentru demonstrarea capacităţii SC ...SRL de executare a contractului Astfel, administratorul judiciar a precizat că ...dispune de 341 angajaţi, în vreme ce din centralizatorul cu numărul mediu de personal calificat al SC ...SRL pe anul 2016 rezultă că acesta este de 584.

Nici cu ocazia soluţionării contestaţiei la CNSC reclamanta nu a adus argumente şi nu a prezentat probe in conformitate cu art. 167 alin. 2 din Legea nr. 98/2016 pentru admiterea sa in procedură.

Abia în cursul soluţionării plângerii de faţă, reclamanta a făcut dovada întocmirii la data de 20.07.2017 a unui plan de reorganizare demers care, in opinia Curţii, nu echivalează cu respectarea exigenţei legale, de vreme ce un atare plan nu a primit încă aprobarea adunării creditorilor şi nici confirmarea judecătorului sindic, potrivit art. 139 din Legea nr 85/2014, neputându-se conchide în acest moment în sensul fezabilităţii sale.

De vreme ce, la data analizării ofertei financiare a asocierii, aceasta nu a fost în măsură să facă dovada îndeplinirii condiţiilor prevăzute la art. 167 alin. 2 din Legea nr. 98/2016, iar planul de reorganizare întocmit recent necesită aprobarea şi confirmarea prevăzute de legea insolvenței, evident cu

decalajul cronologic inerent, faţă de celeritatea impusă procedurii de achiziţie publică, Curtea apreciază că subzistă concluziile CNSC în sensul că AC nu poate fi obligată să atribuie un contract pe 36 de luni unui ofertant care nu oferă certitudinea capacităţii de executare a contractului şi aceasta cu atât mai mult cu cat contribuţia ...asumată la îndeplinirea contractului este în procent de 49%.

(...).

Faptul că unul dintre asociaţi este în procedură de insolvenţă a reclamat din partea AC verificarea îndeplinirii unor condiţii suplimentare, respectiv prezentarea unor documente şi informaţii care să permită o determinare clară a situaţiei financiaie şi a măsurilor adoptate în perioada de observaţie pentru a se putea concluziona cu privire la posibilitatea ofertantului de a continua activitatea într-o manieră sustenabilă.

In condiţiile neîndeplinirii în speţă a cerinţelor legale, soluţia excluderii din procedura de achiziţie a ofertei asocierii reclamante este una legală, astfel cum a concluzionat şi CNSC, urmând a menţine decizia acestuia, cu consecinţa imediată a respingerii plângerii de faţă ca nefondată, dând astfel eficienţă disp. art. 34 alin. (5) din Legea nr. 101/2016";

- Decizia Curții de Apel ... nr. .../10.09.2014 (care a casat Decizia CNSC nr. ... /2780 din 31.07.2014), în cadrul căreia se menționează: „(...) *Cu privire la dispozițiile art. 77 alin. 6 din Legea nr. 85/2014 Curtea apreciază că nu sunt incidente în cauză, întrucât acestea reprezintă regula generală în raport de dispozițiile art. 181 alin. 1 din OUG nr. 34/2006, acestea din urmă aplicându-se cu prioritate de vreme ce constituie dreptul special în material achizițiilor publice. Cum autoritatea contractantă a înțeles să dea eficiență normei speciale, care îi dă dreptul să excludă un ofertant cu o situație financiară incertă, Curtea constată că ofertantul trebuia să îndeplinească cerința stipulată în Fișa de date, în situația contrară oferta fiind declarată inacceptabilă potrivit dispozițiilor art. 36 alin. 1 lit. b) din HG nr. 925/2006. Având în vedere considerentele expuse, Curtea urmează a admite plângerea formulată de autoritatea contractantă cu consecința modificării deciziei CNSC în sensul respingerii contestației formulate de (...)*".

Luând în considerare aspectele de fapt şi de drept mai sus prezentate, în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, pentru considerentele evocate în motivare, Consiliul va respinge, ca nefondată, contestația formulată de SC ...SRL, în calitate de lider al Asocierii SC ...SRL – SC ...SRL, în contradictoriu cu autoritatea contractantă ....

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 și poate fi atacată cu plângere, în temeiul art. 29 din același act normativ.

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

CONSILIUL DECIDE:

Respinge, ca nefondată, contestația depusă de SC ...SRL, cu sediul în ..., str. ... nr. ..., corp ..., sector ..., în calitate de lider al Asocierii SC ...SRL – SC ...SRL, în contradictoriu cu autoritatea contractantă ..., cu sediul în ..., B-dul ...nr. ..., județul ....

Obligatorie.

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

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