CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C.N.S.C.

Str. Stavropoleos nr. 6, Sectorul 3, București, România, CP 030084, CIF 20329980
Tel. +4 021 3104641, Fax. +4 021 3104642, Fax. +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. 2051/29.12.2020, transmisă prin e-mail și înregistrată la Consiliu sub nr. ..., formulată de SC .....SRL, în calitate de lider al asocierii .....SRL – ..... SRL – ..... SRL, cu sediul în municipiul ....., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ,,,,,, reprezentată legal prin administrator d-na sediu ales și pentru comunicarea actelor de procedură, împotriva rezultatului procedurii, comunicat prin adresa nr. 32.962 din 22.12.2020, de către ....., cu sediul în ....., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii simplificată – într-o singură etapă, derulată online în vederea atribuirii contractului de achiziție publică de lucrări având ca obiect ***„Proiectare – faza adaptare la amplasament, execuție lucrări și asistență tehnică din partea proiectantului pe perioada execuției lucrărilor pentru obiectivul de investiție: «Construire bazin de înot didactic în localitatea …..»”***, cod CPV 45200000-9 lucrări de construcții complete sau parțiale și lucrări publice (rev.2), (anunț de participare simplificat .....), s-au solicitat următoarele: *anularea adresei nr. 32.962 din 22.12.2020, a tuturor actelor care au stat la baza emiterii acesteia, precum și a celor subsecvente; anularea raportului procedurii de atribuire nr. 8842 L/22.12.2020, a tuturor actelor care au stat la baza emiterii acesteia, precum și a celor subsecvente; anularea deciziei autorității contractante prin care oferta depusă de .....SRL – ..... SRL – ..... SRL a fost respinsă ca inacceptabilă, iar, pe cale de consecință, anularea deciziei autorității contractante prin care a fost anulată procedura de atribuire și obligarea ..... la reluarea procedurii de atribuire*

de la etapa verificării admisibilității ofertei Asocierii .....SRL – ..... SRL – ..... SRL.

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

Prin contestația nr. 2051/29.12.2020, transmisă prin e-mail și înregistrată la Consiliu sub nr. ... formulată de SC .....SRL, în calitate de lider al asocierii .....SRL – ..... SRL – ..... SRL, împotriva rezultatului procedurii, comunicat prin adresa nr. 32.962 din 22.12.2020, de către ..... în cadrul procedurii simplificată – într-o singură etapă, derulată online în vederea atribuirii contractului de achiziție publică de lucrări având ca obiect *„Proiectare – faza adaptare la amplasament, execuție lucrări și asistență tehnică din partea proiectantului pe perioada execuției lucrărilor pentru obiectivul de investiție: «Construire bazin de înot didactic în localitatea .....»”,* se solicită cele menționate în partea introductivă.

Asocierea contestatoare menționează că a fost singurul ofertant în cadrul procedurii de atribuire susmenționată iar, în etapa de verificare a documentelor depuse în susținerea informațiilor din DUAE, în considerarea stării de insolvență în care se află asociatul ..... SRL, autoritatea contractantă, printr-o serie de adrese, i-a solicitat să facă dovada capacității de a executa contractul de achiziție publică, astfel:

- prin adresa nr. 5656L/11.09.2020, comisia de evaluare i-a solicitat documente din care să rezulte că ..... SRL are capacitatea de a executa contractul de achiziție publică/acordul-cadru, respectiv fie că operatorul economic se află în faza de observație și a adoptat măsurile necesare pentru a întocmi un plan de reorganizare fezabil, fie este în faza de reorganizare judiciară și respectă integral graficul de implementare a planului de reorganizare aprobat de instanță, conform prevederilor art. 167 alin. (1) lit. b) coroborat cu alin. (2) din Legea nr. 98/2016;

- prin adresa nr. 7291L/05.11.2020, comisia de evaluare i-a solicitat să demonstreze că este solvabil pentru a duce la îndeplinire obiectul prezentei proceduri, având în vedere că ..... SRL, care de altfel se afla și în insolvență, înregistrează datorii atât la bugetul local, cat și la bugetul de stat;

- prin adresa nr. 8238L/04.12.2020, comisia de evaluare, făcând referire la faptul că SC ..... SRL înregistrează datorii la bugetul de stat și la bugetul local, peste minimul admis de legislație, i-a solicitat să demonstreze cum poate duce la îndeplinire contractul în aceste condiții.

Contestatoarea arată că, în considerarea celor solicitate de către comisia de evaluare, a prezentat autorității contractante argumente prin care a făcut dovada capacității de a realiza obiectul contractului, împreună cu o serie de documente în susținere, precum și justificări prin care a arătat că certificatele de atestare fiscală depuse fac referire la

creanțe anterioare intrării în procedura insolvenței de către ..... SRL, creanțe care nu pot sta la baza deciziei de excludere a unui ofertant, întemeiată pe dispozițiile art. 165 din Legea nr. 98/2016.

Asocierea contestatoare menționează că, analizând răspunsurile la solicitările de clarificări, autoritatea contractantă a decis respingerea ca inacceptabilă a ofertei sale, în temeiul dispozițiilor art. 134 alin. (5) coroborate cu cele ale art. 137 alin. (2) lit. b) H.G. nr. 395/2016, apreciind că răspunsul la solicitările de clarificări este neconcludent, iar oferta a fost depusă de un ofertant care nu îndeplinește unul sau mai multe dintre criteriile de calificare stabilite în documentația de atribuire.

Astfel, comisia de evaluare a reținut, în esență, că răspunsurile la solicitările de clarificări nu sunt concludente, deoarece nu a demonstrat cum poate duce la îndeplinire în mod concret contractul în situația în care ..... SRL înregistrează datorii la bugetul general consolidat și la bugetul local.

De asemenea, făcând referire la prevederile art. 165 alin. (1) lit. b) și ale art. 166 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, comisia de evaluare a reținut în adresa de comunicare că asocierea nu se află în niciuna dintre excepțiile prevăzute de legislația achizițiilor publice, deoarece datoriile înregistrate de asociat depășesc cuantumul de 10.000 lei și nici nu a prezentat vreun document din care să rezulte că sumele datorate au fost eşalonate sau că ..... SRL beneficiază de facilități fiscale.

În opinia sa, decizia ..... de respingere a ofertei sale este netemeinică și nelegală, fiind emisă cu nerespectarea legislației în materia achizițiilor publice, dar și a celei privind procedurile de prevenire a insolvenței și de insolvență, în condițiile în care:

- creanțele anterioare deschiderii procedurii insolvenței nu pot fi avute în vedere la evaluarea admisibilității unui operator economic participant la procedura de atribuire;

- operatorului economic aflat în procedura insolvenței nu îi sunt aplicabile dispozițiile art. 165 din Legea nr. 98/2016;

- asocierea a făcut dovada că are capacitatea de a derula obiectul viitorului contract de achiziție publică.

Precizează că, astfel cum a arătat prin răspunsul la solicitările de clarificări, aspect care rezultă cu evidență din înscrisurile depuse în susținerea admisibilității ofertei sale, prin încheierea de şedință din data de ,,, a admis cererea ..... SRL și a dispus deschiderea procedurii insolvenței în forma generala prevăzută de Legea nr. .., fiind desemnat administrator judiciar ... SPRL, hotărâre definitivă prin neapelare.

Contestatoarea susține că, în acest moment, ... SRL se află în perioada de observație din cadrul procedurii de insolvență, perioadă premergătoare propunerii unui plan de reorganizare, etapa condiționată de întocmirea tabelului definitiv al creditorilor și de finalizarea procedurii de evaluare a bunurilor aflate în patrimoniul debitoarei, perioada de observație fiind prelungită față de existența pe rolul ... a mai multor

dosare asociate, având ca obiect contestații formulate împotriva tabelului preliminar al creanțelor, dosare în prezent aflate în curs de soluționare.

De asemenea, precizează că a arătat comisiei de evaluare că asociatul ..... SRL are, atât în prezent, pe toată perioada de observație a procedurii insolvenței, cât și la momentul în care va fi propus, aprobat și confirmat un plan de reorganizare si pe toata perioada desfășurării acestuia, drept deplin de administrare, sub supravegherea administratorului judiciar, în ceea ce priveşte desfășurarea activității curente, având capacitatea deplină de a executa contractele în care urmează să fie parte, implicit și cel care face obiectul prezentei proceduri de atribuire.

Prin urmare, arată că, deși împotriva asociatului în cauza s-a dispus deschiderea procedurii insolvenței, acesta poate participa în continuare la procedurile organizate în temeiul Legii nr. 98/2016 în vederea contractării de lucrări specifice obiectului său de activitate, în aceleaşi condiții cu alți operatori economici care nu se află sub incidența Legii nr. 85/2014, independent de orice datorii născute anterior deschiderii procedurii.

Asocierea contestatoare menționează că, în pofida celor expuse, fără a ține cont de legislația speciala în materie de insolvență, comisia de evaluare a decis respingerea ofertei sale ca inacceptabilă, iar reținând incidența prevederilor art. 134 alin. (5) și ale art. 137 alin. (2) lit. b) din anexa la H.G. nr. 395/2016, existența datoriilor la bugetul consolidat și la cel local fiind apreciată drept motiv de excludere reglementat la art. 165 din Legea nr. 98/2016.

Reiterând faptul că decizia autorității contractante este netemeinică și nelegală, solicită Consiliului să aibă în vedere că, potrivit, ...

Totodată, menționează că, potrivit informațiilor din cuprinsul celor doua certificate de atestare fiscală avute în vedere de comisia de evaluare pentru a dispune respingerea ofertei sale, ... SRL figurează cu următoarele datorii la bugetul consolidat al statului și la bugetului local, datorii înregistrate anterior deschiderii procedurii insolvenței:

- Certificatul de atestare fiscală nr. 1010370 din 27.10.2020 - suma de 29.210.053 lei;

- Certificatul de atestare fiscală pentru persoane juridice privind impozitele și taxele locale și alte venituri datorate bugetului local - suma de 58.343 lei.

Precizează că, astfel cum a arătat și în răspunsul la solicitările de clarificări ale autorității contractante, fiind datorii anterioare deschiderii procedurii insolvenței, acestea nu pot sta la baza excluderii unui ofertant dintr-o procedura de atribuire, sens în care trebuie avute în vedere prevederile: art. 5 alin. (1) pct. 21, pct. 29, art. 75 alin. (1), art. 76 alin. (6), art. 84 alin. (1), art. 87 alin. (1), art. 102 alin. (1) și (6) din Legea nr. 85/2014, potrivit cărora orice plată către bugetul de stat a unei creanțe anterioare deschiderii procedurii insolvenței este nelegală, fiind făcută în mod discreționar, cu încălcarea principiului concursual al

procedurii de insolvență, întrucât se consideră a fi făcută în dauna celorlalți creditori pentru datoriile anterioare deschiderii procedurii au formulat declarații de creanță.

Astfel, fiind în prezența unor creanțe anterioare deschiderii procedurii insolvenței, acestea au dobândit un regim special, iar orice plată efectuată de debitor este nulă de drept.

În sensul nelegalității achitării unei creanțe născute anterior datei deschiderii procedurii insolvenței, creanță despre care susține că este înscrisă în tabelul preliminar al creditorilor, petenta invocă ....

Menționează că, inclusiv în jurisprudența națională s-a reținut că este nelegală decizia autorității contractante prin care o ofertă este respinsă pentru existența unor datorii anterioare deschiderii procedurii insolvenței.

Raportându-se la dispozițiile art. 165 din Legea nr. 98/2016, reținute de către autoritatea contractantă, precum și la prevederile art. 157 alin. (2) lit. d) și art. 266 alin. (9) din Legea nr. 207/2015, contestatoarea susține că, pe perioada derulării procedurii insolvenței sunt suspendate prin efectul legii, acțiunile și măsurile contra debitorului, efectul suspensiv producându-se până la decizia judecătorului sindic cu privire la modalitatea de reorganizare a activității.

Concluzionează că niciunul dintre creditorii înscriși la masa credală, dar nici autoritatea contractantă nu pot considera ca fiind exigibile și supuse executării obligațiile privind plata impozitelor, taxelor sau a contribuțiilor la bugetul general consolidat, afectate de suspendarea legală, respectiv cele anterioare deschiderii procedurii insolvenței, sens în care, fiind în imposibilitatea legala de a proceda la achitarea creanțelor către bugetul statului, ... a dispus în mod nelegal respingerea ofertei în temeiul dispozițiilor art. 165 din Legea nr. 98/2016.

Învederează faptul că existenta datoriilor la bugetul de stat, anterioare deschiderii procedurii insolvenței în privința ..... SRL, nu a reprezentat un impediment pentru operatorul economic de a participa și la alte proceduri de atribuire, acesta fiind desemnat câștigător la mai multe proceduri de atribuire.

Asocierea contestatoare susține că operatorului economic aflat în procedura insolvenței nu îi sunt aplicabile dispozițiile art. 165 din Legea nr. 98/2016, iar la art. 166 alin. (2) din acelaşi act normativ legiuitorul a statuat că: *„Prin excepție de la dispozițiile art. 165 alin. (1) si (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".*

Precizând că, în actul atacat, comisia de evaluare a decis respingerea sa din procedura de atribuire motivat de existența în certificatele de atestare fiscală a unor datorii la bugetul de stat anterioare deschiderii procedurii insolvenței, cu privire la care nu a prezentat niciun document din care să rezulte că sumele datorate au fost eşalonate sau că ..... SRL beneficiază de facilități fiscale, asocierea

contestatoare apreciază cp, *„și de această dată, autoritatea contractanta este în eroare cu privire la posibilitatea unui operator economic aflat în procedura insolvenței de a beneficia de eşalonarea datoriilor la bugetul de stat”,* întrucât datoriile anterioare deschiderii procedurii insolvenței au un regim special, modalitatea de stingere a acestora fiind supusă dispozițiilor Legii nr. 85/2014,

Pentru aceste motive, autoarea contestației solicită Consiliului ca, la soluționarea contestației, să aibă în vedere prevederile art. 186 alin. (1) lit. c) din Codul de procedura fiscală potrivit cărora *„Pentru acordarea unei eșalonării la plată de către organul fiscal central, debitorul trebuie să îndeplinească cumulativ următoarele condiții: (...) c) să nu se afle în procedura insolvenței”.*

În contextul celor expuse, apreciază ca fiind evident faptul că .... SRL nu poate beneficia de situația de excepție prevăzută la art. 166 alin. (2) din acelaşi act normativ, o eventuala decizie de excludere din procedura putând fi luată, în mod exclusiv, în temeiul art. 167 alin. (1) lit. b) și numai în cazul în care operatorul economic nu poate face dovada că are capacitatea de a executa contractul de achiziție publică/acordul-cadru, ceea ce nu este cazul în prezenta procedura, asocierea demonstrând ca are capacitatea de a executa contractul de achiziție publică.

În aceste condiții, susține că ..... SRL nu are posibilitatea legală de a beneficia de prevederile art. 166 alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

Asocierea .....SRL – ..... SRL – ..... SRL afirmă că are capacitatea de a executa contractul de achiziție publică în condițiile stabilite de autoritatea contractantă prin documentația de atribuire, iar prin adresa nr. 3971/11.09.2020 de răspuns la solicitarea de clarificări din partea comisiei de evaluare a prezentat o serie de documente privind deținerea capacității tehnice – utilaje, a resurselor umane, a experienței profesionale și a capacității financiare.

Totodată, arată că, prin adresa de răspuns nr. 4636 din 09.11.2020, a pus la dispoziția comisiei de evaluare o serie de înscrisuri privind capacitatea de a executa lucrările care fac obiectul contractului care urmează a fi atribuit, respectiv extras din raportul de cauze întocmit de administratorul judiciar privind posibilitatea de reorganizare a activității ..... SRL, precum și extras din raportul privind contractele aflate în derulare.

Mai mult, menționează că, prin răspunsul la solicitarea de clarificări a autorității contractante nr. 8238L/04.12.2020, făcând referire la conținutul acordului de asociere nr. 5/25.08.2020, a arătat comisiei de evaluare următoarele:

„În cadrul aceluiaşi document, parte integrantă a ofertei depuse de câte asociere în cadrul procedurii respectiv Acordul de asociere nr. 5/25.08.2020, la art. 7 se prevedere faptul ca Asociații convin să se susțină ori de câte ori va fi nevoie; pe tot parcursul realizării contractului acordându-și sprijin de natură tehnică, managerială sau și/logistică ori

de câte ori situația o cere, rezultând faptul că ceilalți asociați și-au asumat inclusiv posibilitatea de a executa și cota-parte ce revine Asociatului ..... SRL în cazul apariției, pe parcursul derulării viitorului contract, a unei/unor situații care l-ar pune pe acesta în imposibilitatea îndeplinirii obligațiilor ce-i revin potrivit Acordului de asociere".

Apreciază că, toate aceste aspecte, coroborate inclusiv cu faptul ca în cadrul procedurii ..... SRL, potrivit acordului de asociere, are o cota de doar 10% din viitorul contract, relevă faptul că asocierea are capacitatea deplina de a executa lucrările aferente obiectivului de investiție, fapt ce conduce la concluzia că decizia autorității contractante este netemeinică și nelegală.

Având în vedere cele expuse, solicită Consiliului ca, prin decizia pe care o va pronunța, sa dispună admiterea contestației astfel cum a fost formulată.

În drept, au fost invocate prevederile Legii nr. 101/2016, Legii nr. 98/2016 și ale H.G. nr. 395/2016.

Invocând prevederile art. 19 din Legea nr. 101/2016, petenta solicită accesul la dosarul achiziției publice, depus de către autoritatea contractantă la Consiliu, precum și fotocopierea documentelor necesare.

În probațiune, au fost depuse înscrisuri.

Prin punctul de vedere nr. 146/05.01.2020, înregistrat la C.N.S.C. sub nr..... a solicitat respingerea contestației formulată de SC .....SRL, în calitate de lider al asocierii .....SRL – ..... SRL – ..... SRL, ca nefondată, în baza prevederilor art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare.

Autoritatea contractantă menționează că, la procedura în cauză, a participat un ofertant, respectiv asocierea .....SRL – ..... SRL – ..... SRL, iar, în conformitate cu prevederile art. 212 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 98/2016, cu modificările si completările ulterioare, comisia de evaluare a decis anularea procedurii de atribuire, deoarece *„nu a fost depusă nicio ofertă admisibilă".*

Referitor la susținerea asocierii contestatoare vizând nelegalitatea şi netemeinicia hotărârii comisiei de evaluare de a considera neconcludente răspunsurile sale la solicitările de clarificări, autoritatea contractantă arată că, prin adresa nr. 7291L/05.11.2020, comisia de evaluare a solicitat ofertantului să demonstreze că este solvabil pentru a duce la îndeplinire obiectul procedurii, având în vedere că un membru al său, respectiv ..... SRL care este şi în insolvenţă, înregistrează datorii, atât la bugetul de stat, cât şi la bugetul local, astfel cum rezultă din certificatele transmise.

Precizează că ofertantul a răspuns în termen, transmiţând documentele înregistrate cu nr. 7710L/20.11.2020, respectiv adresa nr. 4636/09.11.2020, în care a precizat că, întrucât este în insolvență nu îi poate fi îngrădita posibilitatea de a participa la procedură, iar datoriile care rezultă din certificatele transmise, sunt născute anterior deschiderii procedurii insolvenţei.

Totodată, menționează că asocierea contestatoare a prezentat și un tabel al contractelor pe care le are în derulare şi un raport asupra cauzelor şi împrejurărilor care au dus la apariţia insolvenţei.

Organizatoarea procedurii menționează că, analizând răspunsul la solicitarea de clarificări, comisia de evaluare a hotărât să revină, cu adresa nr. 8238L/04.12.2020, prin care i-a solicitat justificări suplimentare privind solvabilitatea sa pentru a duce la îndeplinire obiectul procedurii de atribuire, având în vedere că ..... SRL înregistrează datorii atât la bugetul local (în cuantum de 58.343,00 lei), cât şi la bugetul de stat (în cuantum de 29.210.053 lei), iar, în răspunsul la solicitarea de clarificări anterioară, societatea în discuție nu a prezentat modalitatea de îndeplinire a contractului, ţinând cont de aceste datorii.

Arată că ofertantul a răspuns în termen solicitării de clarificări şi a transmis documentele înregistrate cu nr. 8491L/14.12.2020, reiterând, faptul că, întrucât se află în insolvenţă, nu îi poate fi îngrădit accesul la procedura de atribuire.

Totodată, prin acest răspuns la clarificări, ofertantul a transmis un document denumit *„Angajament*", semnat de administratorul special, doamna ....., în care a precizat că societatea poate duce la bun sfârşit cota sa parte din contractul ce face obiectul procedurii. De asemenea ofertantul a transmis documentul denumit *„Punct de vedere",* în care a arătat că situaţia economică a operatorului economic ..... permite ducerea la îndeplinire a procentului asumat în acordul de asociere nr. 5/25.08.2020. Documentul intitulat *„Punct de vedere*" fiind nedatat și nesemnat.

De asemenea, menționează că, în urma analizării răspunsurilor la solicitările de clarificări, comisia de evaluare a considerat că ambele răspunsuri sunt neconcludente, deoarece ofertantul nu a făcut dovada că poate duce la îndeplinire în mod concret contractul în situaţia în care înregistrează datorii la bugetul consolidat.

Analizând ambele răspunsuri la solicitările de clarificari menţionate anterior, comisia de evaluare a constatat că *„în temeiul prevederilor art. 165 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 98/2016, autoritatea contractantă «poate demonstra prin orice mijloace adecvate că respectivul operator economic şi-a încălcat obligaţiile privind plata impozitelor, taxelor sau a contribuţiilor la bugetul general consolidat»",* aspect rezultând din certificatele de atestare fiscală (nr. 1010370 din 27.10.2020, emis de ....

Astfel, potrivit certificatelor . a fost elibert certificatul, acesta înregistra datorii la bugetul local în sumă de 58.343,00 lei.

Invocând prevederile art. 165 alin. (2) și art. 166 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, autoritatea susține că singurele excepţii conform cărora ofertantul nu poate fi exclus din procedură în situatia în care înregistrează datorii la bugetul consolidat sunt următoarele:

- *„dacă, anterior deciziei de excludere, operatorul îşi îndeplineşte obligaţiile prin plata impozitelor, taxelor sau contribuţiilor la bugetul general consolidat datorate ori prin alte modalităţi de stingere a acestora*

sau beneficiază, în condiţiile legii, de eşalonarea acestora ori de alte facilităţi în vederea plăţii acestora, inclusiv, după caz, a eventualelor dobânzi ori penalităţi de întârziere acumulate sau a amenzilor";

- „cuantumul impozitelor, taxelor şi contribuţiilor la bugetul general consolidat datorate și restante este mai mic de 10.000 lei."

Precizează că, în acest context, comisia de evaluare a constatat că ofertantul nu se află in niciuna din excepţiile prevăzute de legislaţia privind achiziţiile publice, deoarece datoriile înregistrate depăşesc cuantumul de 10.000 lei și nu a prezentat niciun document din care să rezulte că sumele datorate au fost eşalonate sau a beneficiat de alte facilităţi fiscale.

Prin urmare, apreciază că, în baza principiului asumării răspunderii, astfel cum rezultă din prevederile art. 2 alin. (2) lit. f) din Legea nr. 98/2016, cu modificările şi completările ulterioare, comisia de evaluare a hotărât în mod corect respingerea ofertei ca inacceptabilă în temeiul prevederilor art. 134 alin. (5) coroborat cu art. 137 alin. (2) lit. b) din H.G. nr. 395/2016, deoarece răspunsul la solicitările de clarificări este neconcludent, iar oferta *„a fost depusă de un ofertant care nu îndeplineşte unul sau mai multe dintre criteriile de calificare stabilite în documentaţia de atribuire",*

Mai mult, subliniază că oferta a fost respinsă deoarece *„nu îndeplineşte unul sau mai multe dintre criteriile de calificare stabilite în documentaţia de atribuire",* respectiv ofertantul înregistrează datorii la bugetul consolidat care nu pot fi încadrate în excepţiile prevăzute de legislaţia privind achiziţiile publice, şi nu pentru faptul că ofertantul se află în insolvenţă.

Autoritatea contractată susține că a respectat întocmai prevederile art. 167 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 privind achiziţiile publice, cu modificările şi completările ulterioare, permiţând accesul asocierii contestatoare la procedura de atribuire, în condiţiile în care un membru al acesteia se află în insolvenţă.

În opinia sa, dispozițiile legale susmenționate prevăd doar obligativitatea comisiei de evaluare de a nu elimina din procedură ofertantul aflat în insolvenţă, nu însă şi obligativitatea de a-l desemna câştigător.

Organizatoarea procedurii precizează că asocierea contestatoare a fost singurul ofertant la prezenta procedură, motiv pentru care, critica acesteia privind nerespectarea principiului tratamentului egal în evaluarea ofertelor nu este justificată, deoarece în sine, acest principiu devine aplicabil în momentul în care la procedură participă mai mulţi ofertanţi.

Astfel, conform jurisprudenţei CJUE, principiul tratamentului egal obligă ca situaţiile comparabile să nu fie tratate în mod diferit şi situaţiile diferite să nu fie tratate în acelaşi mod, cu excepţia cazului în care un astfel de tratament este justificat în mod obiectiv.

Subliniază faptul că, întrucât fiecare procedură are caracter de sine stătător, în cauză nu devine aplicabil principiul tratamentului egal, deoarece oferta asocierii contestatoare a fost singura depusă în cadrul procedurii şi, prin urmare, nu a fost nici comparată cu o altă ofertă şi nici dezavantajată în favoarea alteia.

Astfel, autoritatea contractantă apreciază că, în mod corect, comisia de evaluare, a respins oferta contestatoarei, întrucât aceasta se află în insolvenţă şi nu a prezentat un plan aprobat de judecătorul sindic, astfel cum prevede art. 167 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 cu modificările şi completările ulterioare, precizând că documentele care au stat la baza deciziei comisiei de evaluare au fost certificatele de atestare fiscală al căror cuantum depăşeşte cu mult limita prevăzută prin excepţie de art. 166 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 cu modificările şi completările ulterioare.

De asemenea, menționează că, în baza principiului asumării răspunderii, nu a dorit să îşi asume riscul încheierii contractului cu un ofertant care este în insolvenţă şi are datorii ce însumează un total de 29.268.396 lei.

Concluzionând, față de cele exupuse anterior, autoritatea contractantă afirmă: *„comisia de evaluare a procedat temeinic şi legal, în baza principiului asumării răspunderii, respingând oferta prezentată de asocierea .....SRL, deoarece acesta înregistrează datorii la bugetul de stat care nu pot fi încadrate în excepţiile prevăzute de legislaţia privind achiziţiile publice şi prin răspunsul la solicitările de clarificări nu a făcut dovada că poate duce la îndeplinire contractul în această situație”.*

În drept, au fost invocate dispozițiile Legii nr. 98/2016, H.G. nr. 395/2016 și Legii nr. 101/2016.

În probațiune, au fost depuse, în copie certificată documente ale dosarului achiziției publice.

Prin adresa nr. 47/08.01.2021, înregistrată la C.N.S.C. sub nr. 1207/08.01.2021, SC .....SRL, în calitate de lider al asocierii .....SRL – ..... SRL – ..... SRL a transmis documentul intitulat *„Note de răspuns la punctul de vedere al autorității contractante”,* în care precizează că, *„fără a reitera argumentele dezvoltate pe larg în cuprinsul contestației, înțelegem să arătăm Consiliului motivele pentru care cele susținute de ..... nu pot fi primite la soluționarea raportului juridic litigios”,* astfel:

- este eronată concluzia comisiei de evaluare potrivit căreia asocierea nu s-ar afla în niciuna dintre excepţiile prevăzute de legislaţia achiziţiilor publice, pentru simplul considerent ca, pe parcursul procedurii insolvenței, datoriile anterioare înregistrate de .... SRL, evidențiate în tabelul creditorilor au un regim special, fiind achitate potrivit regulilor stabilite prin prevederile Legii nr. 85/2014. Practic, fiind datorii anterioare intrării în procedura insolvenței, acestora nu le sunt aplicabile prevederile art. 165 și ale art. 166 din Legea nr. 98/2016;

- în punctul de vedere, ... se regăsesc afirmaţii contradictorii în încercarea de a susţine rezultatul nelegal al procedurii de atribuire. Astfel, daca iniţial susţinea că *„oferta Asocierii ..... nu a fost respinsă pentru că operatorul economic ..... SRL se află în insolvență, în mod cu totul surprinzător, la pag. 7 din punctul de vedere, autoritatea contractantă învederează Consiliului că în mod corect comisia de evaluare a respins oferta asocierii, întrucât aceasta se afla în procedura insolvenței și nu a prezentat un plan aprobat de judecătorul sindic*”;

- în raport de afirmațiile contradictorii ale autorității contractante, trebuie reținut este faptul că, în prezenta procedura de atribuire oferta sa a fost respinsă pentru singurul motiv comunicat, respectiv existența datoriilor la bugetul de stat înregistrate de ..... SRL, datorii, evidențiate în certificatele de atestare fiscală și înregistrate anterior intrării în procedura insolvenței;

- prin actul atacat, ... nu a decis respingerea ofertei pentru existența ..... SRL în procedura insolvenței, sens în care la soluţionarea contestaţiei acest presupus motiv de respingere nu poate fi avut în vedere; temeiul de drept avut în vedere de comisia de evaluare la respingerea ofertei este art. 165 din Legea nr. 98/2016, iar nu art. 167 alin. (1) lit. b) din acelaşi act normativ;

- în legătură că afirmaţiile autorității privitoare la situația operatorului ..... SRL, în primul rând ..... SA nu înțeles să arate argumentele pentru care prin răspunsurile la solicitările de clarificări asocierea nu a făcut dovada că are capacitatea de a derula în mod corespunzător obiectul contractului care urmează a fi atribuit, aspect este contrar prevederilor art. 215 alin. (2) lit. b) din Legea nr. 98/2016;

- contrar celor susținute de autoritatea contractantă, existența stării de insolvență in ceea ce priveşte asociatul ..... SRL nu poate reprezenta, în sine, un argument care să conducă la imposibilitatea derulării corespunzătoare a contractului, situație care rezulta cu evidență din actele de la dosarul cauzei, ofertant în prezenta procedură fiind asocierea .....SRL – ..... SRL – ..... SRL, nu ..... SRL;

- în raport de toate documentele puse la dispoziţia comisiei de evaluare și luând în considerare inclusiv conținutul acordului de asociere, este speculativă susţinerea autorității contractante potrivit căreia operatorul economic ..... SRL nu ar fi în măsură să-și respecte obligaţiile în cadrul viitorului contract, întrucât capacitatea asocieriii de realizare a obiectului contractului nu poate fi analizată doar prin raportare la capacitatea asociatului, care este parte a unei asocieri cu un procent de 10%;

- este relevant faptul că, ulterior intrării în procedura insolvenței, asociatul ..... SRL a fost desemnat câștigător la mai multe proceduri de

atribuire, unde valoarea contractelor a fost mult mai mare decât în procedura contestată;

- referitor la susținerea autorității contractante potrivit căreia în mod corect comisia de evaluare ar fi respins oferta asocierii, întrucât ..... SRL se află în procedura insolvenței și nu a prezentat un plan aprobat de judecătorul sindic, un astfel de motiv de respingere nu a fost comunicat prin adresa contestată, iar ..... SA a prezentat prezintă trunchiat dispoziţiile art. 167 alin. (2) din Legea nr. 98/2016;

- legiuitorul a prevăzut două situații de excepţie în care autoritatea contractantă nu exclude din procedura de atribuire un operator economic împotriva căruia s-a deschis procedura generala de insolvență, respectiv aceea în care: operatorul economic se află, fie în faza de observaţie și a adoptat măsurile necesare pentru a întocmi un plan de reorganizare fezabil, ce permite continuarea, de o maniera sustenabilă a activității curente; operatorul economic este în cadrul fazei de reorganizare judiciară și respectă integral graficul de implementare a planului de reorganizare aprobat de instanță:

- în prezent, ... SRL se afla în prima situație de excepţie, când nu este necesară prezentarea planului de reorganizare, concluzia autorității contractante fiind eronată și sub acest aspect;

- contrar susţinerilor autorității contractante, situația de insolvență în care se afla ..... SRL nu poate prezenta niciun risc pentru aceasta, dat fiind că, fiind datorii anterioare intrării procedurii insolvenței, în raport de prevederile Legii nr. 85/2014 orice executare silită este suspendată, fiind mai mult decât evident că existenta datoriilor nu poate împiedica asocierea să execute în mod corespunzător obiectul contractului de achiziţie publică;

- argumentele privind principiul tratamentului egal nu pot fi primite la soluţionarea contestației, în condiţiile în care niciun operator economic nu va avea parte de un tratament egal în situația în care starea de insolvență (în curs) este privită drept motiv de excludere, fiind create premisele pentru anularea artificială a procedurii, în scopul favorizării unor operatori care nu se afla într-o situație de excepţie ca ..... SRL.

Ca urmare a solicitării din cuprinsul contestației, Consiliul, prin adresa nr. ....., contestatoarei SC .....SRL, în calitate de lider al asocierii .....SRL – ..... SRL – ..... SRL, a transmis invitația de a studia dosarul, iar reprezentantul convențional al acesteia s-a prezentat la sediul CNSC în data de 11.01.2020, a studiat dosarul, nu a solicitat fotocopii și a precizat că înțelege să nu mai formuleze concluzii scrise.

Prin adresa înregistrată la CNSC cu nr. .... contestatoarea a depus înscrisuri, în susținerea apărărilor sale.

Din documentele depuse la dosarul cauzei și din susținerile părților, Consiliul reține următoarele:

....., în calitate de autoritate contractantă, a organizat simplificată – într-o singură etapă, derulată online în vederea atribuirii contractului de achiziție publică de lucrări având ca obiect *„Proiectare – faza adaptare la amplasament, execuție lucrări și asistență tehnică din partea proiectantului pe perioada execuției lucrărilor pentru obiectivul de investiție: «Construire bazin de înot didactic în localitatea .....»”,* cod CPV 45200000-9 lucrări de construcții complete sau parțiale și lucrări publice (Rev.2), prin publicarea, în S.E.A.P., a anunțului de participare simplificat nr. ....., căruia i-a fost atașată documentația de atribuire sub forma fișierelor de date.

La pct. II.1.5) din cadrul acestuia, s-a precizat că valoarea estimată a contractului este de 8.921.230 lei, fără TVA, iar la pct. II.2.5) s-a menționat criteriul de atribuire utilizat, respectiv *„prețul cel mai scăzut”.*

Conform raportului procedurii, înregistrat la emitent sub nr. 8842L/22.12.2020, în cadrul prezentei proceduri de atribuire a depus ofertă asocierea .....SRL – ..... SRL – ..... SRL, iar în urma evaluării, aceasta a fost declarată admisibilă, cu o propunere financiară în valoare de 8.475.167 lei, fără TVA. Ulterior verificării documentelor suport DUAE ale asocierii .....SRL – ..... SRL – ..... SRL, comisia de evaluare a decis respingerea ofertei acesteia, ca inacceptabilă, în temeiul prevederilor art. 134 alin. (5) coroborat cu art. 137 alin. (2) lit. b) din H.G. nr. 395/2016, deoarece răspunsul la solicitările de clarificări a fost neconcludent, iar oferta *„a fost depusă de un ofertant care nu îndeplinește unul sau mai multe dintre criteriile de calificare stabilite în documentația de atribuire”.* Procedura de atribuire a fost anulată, în baza prevederilor art. 212 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 98/2016, *„deoarece nu a fost depusă nicio ofertă admisibilă”.*

Nemulțumită de acest rezultat al procedurii, comunicat prin adresa nr. 32962/22.12.2020, Asocierea .....SRL – ..... SRL – ..... SRL a formulat contestația ce face obiectul prezentei cauze.

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

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 .....SRL – ..... SRL – ..... 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. ...

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 contractantă, prin adresa nr. 32962/22.12.2020, a transmis contestatoare următoarele:

«oferta prezentată de către dumneavoastră (...) a fost respinsa ca inacceptabila in temeiul prevederilor art. 134 alin. (5) coroborat cu art. 137 alin. (2) lit. b) din Normele metodologice aprobate prin HG 395/ 2016, (...) „a fost depusă de un ofertant care nu îndeplineşte unul sau mai multe dintre criteriile de calificare stabilite în documentaţia de atribuire."

(...)

Analizand ambele răspunsuri la solicitările de clarificari mentionate anterior, comisia de evaluare constata ca in temeiul prevederilor art. 165 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 98/2016, autoritatea contractanta „poate demonstra prin orice mijloace adecvate că respectivul operator economic şi-a încălcat obligaţiile privind plata impozitelor, taxelor sau a contribuţiilor la bugetul general consolidat."

Astfel cum rezulta din certificatele transmise, asociatul inregistreaza datorii, atat la bugetul de stat, cat si la bugetul local, dupa cum urmeaza:

-

Având in vedere cele mentionate anterior, comisia de evaluare constata faptul ca dumneavoastra nu va aflaţi in niciuna din excepţiile prevăzute de legislaţia privind achiziţiile publice, deoarece datoriile inregistrate depasesc cuantumul de 10.000 lei si nu prezentati niciun document din care sa rezulte ca sumele datorate au fost eşalonate sau beneficiaţi de facilitati fiscale.

In sensul celor mentionate anterior, în baza principiului asumarii răspunderii,astfel cum rezulta din prevederile art. 2 alin. (2) lit. f) din Legea nr. 98/2016 ..., comisia de evaluare hotărăște respingerea ofertei ca inacceptabilă, (...).

Procedura (...) se anulează în baza prevederilor art. 212 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 98/2016 (...)".

Nemulțumită de conținutul adresei de mai sus, SC .....SRL a înaintat prezenta contestație, solicitând anularea acestei adrese, precum și a deciziei de anulare a procedurii de atribuire în cauză și obligarea autorității *„la reluarea procedurii de atribuire de la etapa verificării admisibilității ofertei Asocierii .....SRL – ..... SRL – ..... SRL".*

Față de cele evocate, Consiliul are în vedere fișa de date a achiziției, unde la cap. III.1.1.a) *Situatia personala a candidatului sau ofertantului,* se solicită, printre altele: *„Ofertanții, terții susținători și subcontractanții nu trebuie să se regăsească în situațiile prevăzute la art.164, 165,* ***167 d i*** *. (...) Aceste documente pot fi: •* ***c r (. . .);*** *• după caz, documente prin care se demonstrează faptul ca operatorul economic poate beneficia de derogările prevăzute la art. 166 alin. (2), art.* ***167 a l*** *art. 171 din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice;(...)”*

Analizând conținutul *Declarației privind neîncadrarea în Art. 167 din Legea nr. 98/2016* (filele 152-154), întocmită de către SC ..... SRL, membru al asocierii contestatoare, Consiliul constată că acest operator economic se află în procedura de insolvență, prezentând informații în acest sens.

Față de acest aspect autoritatea contractantă, în temeiul art. 209 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, coroborat cu art. 134 alin. (1) din HG nr. 395/2016, a solicitat contestatoarei clarificări, astfel:

1. - Prin adresa nr. 5656L/11.09.2020:

„(...) Având în vedere că asociatul SC ..... SRL este în insolvență (...), vă solicităm să prezentați documente din care să reiasă că acesta are capacitatea de a executa contractul de achiziție publică/acordul cadrul, respectiv fie ca operatorul economic se află în faza de observaţie şi a adoptat măsurile necesare pentru a întocmi un plan de reorganizare fezabil, fie este în cadrul fazei de reorganizare judiciară şi respectă integral graficul de implementare a planului de reorganizare aprobat de instanţă, conform prevederilor art. 167 alin. (1) lit. b) coroborat cu alin. (2) din Legea 98/2016. (...)”.

Răspunsul contestatoarei a fost comunicat cu adresa nr. 3971/ 11.09.2020, în cadrul căreia a prezentat situația sa, în sensul că se află *„în perioada de observație*”, atașând:

- Încheierea emisă de .., potrivit căreia: *„În temeiul art. 71 alin. 1 din Legea nr. 85/2014 privind procedurile de prevenire a insolvenţei şi de insolvenţă, deschide procedura generală împotriva debitoarei”;*
- extrase de pe portalul instanței;
- tabel cu utilajele, extras state funcții,
- extras din Buletinul procedurilor de insolvență nr. 6572/ 21.04.2020.

2. Prin adresa nr. 7291L/05.11.2020:

„(...) Să demonstrați cum sunteți solvabil pentru a duce la îndeplinire obiectul prezentei proceduri, având în vedere că un membru al asocierii (.....), care de altfel se află în insolvență, înregistrează datorii atât la bugetul local, cât și la bugetul de stat, astfel cum rezultă din următoarele documente: .”.

Contestatoarea a răspuns prin adresa nr. 4636/09.11.2020 prezentând informații în ceea ce privește starea de insolvență a SC ....., afirmând că: *„debitorul nu poate fi sancționat pentru motivul că are datorii bugetare neachitate anterior deschiderii procedurii (...) se află în prezent în perioada de observație (...) nu se încadrează în cazurile de excludere de la procedura de atribuire (...) are deplina capacitate de a executa contractul (...) neînregistrând datorii curente către bugetele locale respectiv cel consolidat (...)”;* atașând extrase din Buletinul procedurilor de insolvență nr. . Raportul privind analizarea contractelor de lucrări aflate în curs de derulare în cadrul procedurii de insolvență a debitorilor etc.

3. Prin adresa nr. 8238L/04.12.2020:

„Analizând răspunsul la solicitarea de clarificări nr. 7291/ 05.11.2020, comisia de evaluare constată că documentele depuse sunt insuficiente, deoarece ...nu clarificați situația economică a operatorului ....., creanțele sale rămânând neschimbate (...)”.

Contestatoarea a răspuns prin adresa înregistrată la sediul autorității cu nr. 8491L/14.12.2020, în cadrul căreia a reluat informațiile prezentate în răspunsurile anterioare, făcând trimitere la Acordul de asociere nr. 5/25.08.2020; experiența similară a SC ..... SRL, la propunerea tehnică a asocierii etc.

Accesând .. 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 02.07.2020, soluția pe scurt: *„pentru continuarea procedurii, în vederea finalizării evaluării bunurilor amână cauza (...)”,* iar pe de altă parte, că următorul termen de soluționare a acestui dosar este *21.01.2021*.

Având în vedere cele prezentate anterior, problema ce se impune a fi dezlegată vizează posibilitatea participării SC ..... SRL, societate aflată în procedura insolvenței la procedura de achiziție publică în condițiile în care acesta din urmă înregistrează datorii la bugetul local și la bugetul de stat.

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 întocmit un plan de reorganizare fezabil, aspect recunoscut chiar de contestatoare prin afirmațiile: *„am arătat comisiei de evaluare că SC ..... SRL are atât în prezent, pe toată perioada de observație a procedurii insolvenței, cât și la momentul* ***în care va fi*** *propus, aprobat și conformat un plan de reorganizare (...)”.*

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.

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 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.

În susținerea celor prezentate anterior, 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. 860/C11/872/21.04.2017, menținută de Curțea de Apel Galați, Secția de contencios administrativ și fiscal prin Hotărârea 1324 din 13 iunie 2017 (dosar nr. 397/44/2017, 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 (...).

Nefiind 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. 1185/C2/1357/19.05.2017, menținută prin decizia nr. 2035 din 10 august 2017, emisă de Curtea de Apel Galați, Secția de contencios administrativ și fiscal (dosar nr. 475/44/2017), 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 ... 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 ... 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 financiare 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 Timișoara nr. 6837/10.09.2014 (care a casat Decizia CNSC nr. 2309/C8/2780 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 (...)*";

- Decizia CNSC nr. 2212/C6/2345 din 07.08.2018 menținută prin decizia 2774/24.09.2018, emisă de Curtea de Apel Suceava, Secția de contencios administrativ și fiscal (dosar nr. 531/39/2018), în cadrul căreia se consemnează: *„(...) Dispoziţiile art.167 din Legea nr.98/2016 enumeră situaţiile de excludere a unui operator economic din procedura de atribuire a contractului de achiziţie publică/acordului cadru, printre respectivele situaţii fiind şi cea reglementată la lit. b) «se află în procedura de insolvcnţă sau în lichidare, în supraveghere judiciară sau in încetarea activităţii».*

Excepţiile de la prevederile art.167 lit. b din Lege, respectiv de la obligaţia autorităţii contractante de a exclude operatorul economic care se află în procedura insolvenţei, în lichidare, în supraveghere judiciară sau în încetare de plăţi sunt strict reglementate de alin.2 al art.167 din Lege şi care reprezintă transpunerea în legislaţia internă a Directivei 2014/24/UE (art.80 alin. 1, teza finală).

Interpretarea coroborată a celor două texte ale art. 167 din Lege - la care s-a făcut trimitere mai sus - conduce la concluzia potrivit cu care aflarea în procedura insolvenţei a unui operator economic este o situaţie sensibilă, care se derulează şi finalizează într-o perioadă de timp îndelungată şi care se desfăşoară, potrivit legislaţiei de specialitate. în mai multe etape (perioada de observaţie, procedura de reorganizare judiciară şi procedura falimentului) şi implică multe riscuri din partea autorităţii contractante, care are obligaţia să considere interesul public mai presus de orice alt interes.

Din perspectiva considerentelor mai sus evocate, revine autorităţii contractante obligaţia ca, prin intermediul comisiei de evaluare, înainte de a lua decizia de excludere în temeiul art. 167 lit. b din Lege, să solicite operatorului economic informaţii din care să reiasă îndeplinirea condiţiilor prevăzute la art.167 (2) din Lege, corelativ cu obligaţia operatorului economic de a furniza dovezi considerate suficient de relevante şi convingătoare din care să rezulte că are capacitatea de a îndeplini contractul de achiziţie publică.

Verificarea lucrărilor dosarului pune în evidenţă comportamentul legal al comisiei de evaluare, în acord cu normele speciale mai sus invocate, sens în care Curtea observă că prin adresa nr.22506/ 28.06.2018, comisia de evaluare a solicitat petentei (ofertant) furnizarea informaţiilor relevante în sensul dispoziţiilor an. 167 (2) din Lege. informaţii pe care petentă nu le-a furnizat, aşa încât decizia autorităţii contractante de excludere a petentei este în acord cu dispoziţiile art.167 lit.b din Lege.(...)".

În ceea ce privește certificatele de atestare fiscală, emise pe numele asociatului SC ..... SRL, Consiliul reține că în conținutul acestora se regăsesc următoarele informații:

-

solicitarea autorității contractante, pe acest aspect, Consiliul constată că informațiile furnizate de asocierea contestatoarei nu sunt concludente, astfel că, în mod corect, oferta acesteia a fost respinsă ca inacceptabilă, în temeiul art. 134 alin. (5) din HG nr. 395/2016, potrivit căruia: *„În cazul în care comisia de evaluare solicită unui candidat/ofertant clarificări şi, după caz, completări ale documentelor prezentate de acesta în cadrul ofertei sau solicitării de participare, potrivit dispoziţiilor 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 sa va fi considerată inacceptabilă*".

Relevante, pe acest aspect, sunt dispozițiile art. 165 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, care stabilesc: *„(1) Autoritatea contractantă exclude din procedura de atribuire orice operator economic despre care: a) fie are cunoştinţă că* ***şi-a încălcat obligaţiile privind plata impozitelor, taxelor sau a contribuţiilor la bugetul general consolidat****, iar acest lucru a fost stabilit printr-o hotărâre judecătorească sau decizie administrativă având caracter definitiv şi obligatoriu în conformitate cu legea statului în care respectivul operator economic este înfiinţat sau cu cele ale statului membru al autorităţii contractante; b) fie poate demonstra prin orice mijloace adecvate că respectivul operator economic*

şi-a încălcat obligaţiile privind plata impozitelor, taxelor sau a contribuţiilor la bugetul general consolidat."

De asemenea, de reținut sunt și prevederile alin. (2) al articolului de mai sus, conform cărora: *„Operatorul economic nu este exclus din procedura de atribuire dacă, anterior deciziei de excludere, îşi îndeplineşte obligaţiile prin plata impozitelor, taxelor sau contribuţiilor la bugetul general consolidat datorate ori prin alte modalităţi de stingere a acestora sau beneficiază, în condiţiile legii, de eşalonarea acestora ori de alte facilităţi în vederea plăţii acestora, inclusiv, după caz, a eventualelor dobânzi ori penalităţi de întârziere acumulate sau a amenzilor",* care dau posibilitatea ofertantului de a plăti respectivele datorii.

Or, nedovedind că s-ar fi prevalat de norma legală citată anterior, este evident că devin incidente dispozițiile art. 165 alin. (1) din Legea nr. 98/2016.

Referitor la afirmația contestatoarei potrivit căreia existența datoriilor la bugetul de stat, anterioare deschiderii procedurii insolvenței în privința ..... SRL, nu a reprezentat un impediment pentru operatorul economic de a participa și la alte proceduri de atribuire, acesta fiind desemnat câștigător, Consiliul nu o va reține, întrucât, nu are competență în a se pronunța asupra respectivelor proceduri, ci doar cu privire la procedura de atribuire în cauză.

Mai mult, în materia achizițiilor publice, nu există nicio normă legală care să deroge de la dispozițiile art. 165 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, citate mai sus, astfel încât să permită acceptarea unui ofertant care să aibă datorii la bugetul local și la bugetul de stat, în cazul existenței stării de insolvență. Singurele excepții, în acest sens, sunt date de prevederile art. 166 alin. (1) și (2) din același act normativ, potrivit cărora:

„(1) Prin excepţie de la dispoziţiile art. 164 alin. (1) şi (2), în cazuri excepţionale, autoritatea contractantă are dreptul de a nu exclude din procedura de atribuire un operator economic care se află într-una dintre situaţiile prevăzute la art. 164 alin. (1) şi (2), pentru motive imperative de interes general, precum sănătatea publică sau protecţia mediului.

(2) Prin excepţie de la dispoziţiile art. 165 alin. (1) şi (2), un operator economic nu este exclus din procedura de atribuire atunci când cuantumul impozitelor, taxelor şi contribuţiilor la bugetul general consolidat datorate şi restante este mai mic de 10.000 lei",

care, în cazul de față, nu sunt aplicabile.

Legat de toate aceste aspecte, Consiliul are în vedere dispozițiile art. 160 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, care dau posibilitatea operatorului economic interesat să solicite clarificări autorității contractante cu privire la documentația de atribuire, contestatoarea neprevalându-se de această normă legală astfel încât, știind situația asociatului ..... SRL, să solicite autorității lămuriri în acest sens.

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 .....SRL – ..... SRL – ..... 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 formulată de către SC .....SRL, în calitate de lider al asocierii .....SRL – ..... SRL – ..... SRL, cu sediu în municipiul ....., în contradictoriu cu autoritatea contractantă ....., cu sediul în .....,

Obligatorie.

Împotriva prezentei decizii, se poate formula plângere, în termen de 10 zile de la comunicare, conform dispozițiilor art. 29 din Legea nr. 101/2016.