



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C. N. S. C.

Str. Stavropoleos, nr.6, Sector 3, București, România, CIF 20329980, CP 030084
Tel. +4 021 3104641 Fax. +4 021 3104642, + 4 021.8900745 www.cnsc.ro

În conformitate cu prevederile art. 266 alin. (2) din O.U.G. nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii, aprobată prin Legea nr. 337/2006, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul adoptă următoarea:

DECIZIE

Nr. .../.../...

Data: ...

Prin contestația nr. 324/02.12.2015, înregistrată la CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR sub nr. 23272/ 03.12.2015, formulată de către S.C. ... S.R.L., în calitate de lider al ASOCIERII S.C. ... S.R.L./S.C. ...S.R.L., cu sediul în, înregistrată la O.R.C. sub nr. ..., având CIF ..., reprezentată legal prin ... - Administrator, împotriva rezultatului procedurii, comunicat prin adresa nr. 15361/26.11.2015, emisă de către ..., cu sediul în Municipiul ..., ..., Județul ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de atribuire, prin „cerere de ofertă” offline, a contractului de achiziție publică de lucrări având ca obiect „Modernizarea drumului de acces spre stația de sortare și stația de transfer din Municipiul Petroșani, din cadrul contractului de finanțare nr. 912/04.03.2014, Anexa I.2, poziția 5 - Construire drumuri de acces, aferent Proiectului «Sistem de management integrat al deșeurilor în județul ...»”, cod CPV 45233140-2 – Lucrări de drumuri (Rev.2), având sursa de finanțare: „Program/Proiect: Programul Operațional Sectorial de Mediu – POS Mediu”, s-a solicitat: anularea comunicării rezultatului procedurii, transmisă prin adresa nr. 15361/26.11.2015, a raportului procedurii și a tuturor actelor subsecvente acestuia; dispunerea de măsuri de remediere în sensul obligării autorității contractante de a reevalua oferta depusă de contestator în cadrul procedurii de atribuire, cu respectarea întocmai a cerințelor impuse prin documentația de atribuire.

În baza documentelor depuse de părți,
CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

DECIDE:

Admite contestația formulată de către S.C. ... S.R.L., în contradictoriu cu autoritatea contractantă

Pe cale de consecință, obligă autoritatea contractantă la anularea raportului procedurii nr. 15317/25.11.2015, în partea care privește evaluarea ofertei depuse de către ASOCIEREA S.C. ... S.R.L./S.C. ...S.R.L. și a actelor subsecvente acestuia, inclusiv a comunicării rezultatului procedurii nr. 15361/26.11.2015 și reevaluarea acesteia conform celor menționate în cadrul motivării aferente.

Dispune continuarea procedurii de atribuire în cauză prin aplicarea măsurilor anterior dispuse în termen de 10 (zece) zile de la comunicare.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 280 alin. (1) și (3) din O.U.G. nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare.

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

MOTIVARE

În luarea deciziei s-au avut în vedere următoarele:

Prin contestația nr. 324/02.12.2015, înregistrată la CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR sub nr. 23272/ 03.12.2015, formulată de către S.C. ... S.R.L., în calitate de lider al ASOCIERII S.C. ... S.R.L./S.C. ...S.R.L., împotriva rezultatului procedurii, comunicat prin adresa nr. 15361/26.11.2015, emisă de către ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de atribuire, prin „cerere de ofertă” offline, a contractului de achiziție publică de lucrări având ca obiect „Modernizarea drumului de acces spre stația de sortare și stația de transfer din Municipiul Petroșani, din cadrul contractului de finanțare nr. 912/04.03.2014, Anexa I.2, poziția 5 - Construire drumuri de acces, aferent Proiectului «Sistem de management integrat al deșeurilor în județul ...»”, cod CPV 45233140-2 – Lucrări de drumuri (Rev.2), având sursa de finanțare: „Program/Proiect: Programul Operațional Sectorial de Mediu – POS Mediu”, s-a solicitat: anularea comunicării rezultatului procedurii, transmisă prin adresa nr. 15361/26.11.2015, a raportului procedurii și a tuturor actelor subsecvente acestuia; dispunerea de măsuri de remediere în sensul obligării autorității contractante de a reevalua oferta depusă de contestator în cadrul procedurii de atribuire, cu respectarea întocmai a cerințelor impuse prin documentația de atribuire.

În fapt, contestatorul susține următoarele:

- ulterior depunerii ofertei pentru participarea la procedura de atribuire de mai sus, contestatorul afirmă că oferta acestuia s-a clasat pe primul loc, cu o valoare totală de 446.096,20 lei fără T.V.A., astfel cum rezultă din procesul - verbal al ședinței de deschidere a ofertelor nr. 9282/28.07.2015;
- de asemenea, precizează contestatorul, în data de 07.10.2015, a primit, din partea autorității contractante, adresa nr. 12658, conținând o solicitare de clarificări, potrivit căreia terțul susținător trebuia să prezinte

documente/dovezi din care să rezulte faptul că acesta va putea să își mobilizeze resursele, utilajele, personalul astfel încât să intervină, în cazul în care contractantul întâmpină dificultăți pe parcursul derulării acestuia, în conformitate cu prevederile Instrucțiunii nr. 1/25.08.2015 a A.N.R.M.A.P. publicată în Monitorul Oficial nr. 675/04.09.2015, instrucțiune care nu era însă în vigoare la data publicării invitației de participare;

- prin adresa nr. 240/12.10.2015, înregistrată la autoritatea contractantă cu nr. 12833/12.10.2015, contestatorul afirmă că a răspuns solicitării de mai sus, învederând comisiei de evaluare faptul că dispozițiile Instrucțiunii nr. 1/25.08.2015 a A.N.R.M.A.P., publicată în Monitorul Oficial nr. 675/04.09.2015 nu erau în vigoare la data publicării invitației de participare, fapt care este confirmat inclusiv de faptul că în fișa de date a achiziției /documentația de atribuire, autoritatea contractantă nu a precizat „modalitatea în care terțul susținător demonstrează cum se va implica în derularea contractului, în situația în care contractantul întâmpină dificultăți în implementarea acestuia”;

- de asemenea, contestatorul învederează că în data de 09.11.2015, a primit din partea autorității contractante adresa cu nr. 14398, conținând solicitarea de CLARIFICARE A MODULUI CONCRET în care terțul susținător S.C. CONSTRAD S.R.L. - în insolvență (tehnic și profesional) și-a asumat că va interveni în cazul în care operatorul economic întâmpină dificultăți în conformitate cu prevederile art. 106, alin. (1), lit. a) din Regulamentul nr. 966/2012;

- contestatorul a răspuns acestei solicitări cu adresa nr. 273/12.11.2015, înregistrată la autoritatea contractantă sub nr. 14683/12.11.2015, prin care a înaintat comisiei de evaluare următoarele documente: Declarația terțului susținător prin care își asumă capacitatea de execuție a lucrării în cazul în care operatorul economic întâmpină dificultăți; Lista cu personalul tehnic de specialitate, lista cu utilajele și echipamentele tehnice, lista principalelor lucrări executate în ultimii 5 ani prin care terțul susținător își demonstrează capacitatea în mod concret de a interveni în cazul în care operatorul economic întâmpină dificultăți;

- ulterior, susține contestatorul, în data de 26.11.2015, prin adresa nr. 15361, autoritatea contractantă i-a adus la cunoștință faptul că, în urma analizei ofertelor depuse, oferta sa a fost declarată NECONFORMĂ, în baza art. 79, alin. (1) din H.G. nr. 925/ 2006 deoarece „în urma solicitărilor de clarificări cu nr. 14398/09.11.2015 din partea comisiei de evaluare, cu privire la îndeplinirea cerinței minime de calificare privind experiența similară, având în vedere prevederile art. 106, alin. (1), lit. a) din Regulamentul nr. 966/2012 al Parlamentului European și al Consiliului, răspunsul dvs. a fost neconcludent. Oferta a fost declarată INACCEPTABILĂ în baza prevederilor art. 36, alin. (1), lit. b) din H.G. nr. 925/2006, cu modificările și completările ulterioare, deoarece nu ați îndeplinit următoarele cerințe de calificare stabilite în documentația de atribuire: a) nu ați făcut dovada că în ultimii 5 ani, calculați până la data limită de depunere a ofertelor, a executat și a dus la bun sfârșit lucrări similare în valoare cumulată de minim 640.500 lei fără TVA, la nivelul a

minim un contract - maxim 2 contracte; b) nu ați făcut dovada că dispuneți de un șef de șantier, respectiv de un responsabil pentru asigurarea calității cu experiența profesională solicitată prin fișa de date a achiziției”;

- față de decizia autorității contractante, contestatorul arată că prevederile art. 106, alin. (1) din Regulamentului nr. 966/2012 al Parlamentului European și al Consiliului, se referă la excluderea de la participarea la procedurile de achiziții a candidaților sau ofertanților care se află în stare de faliment, sau fac obiectul unei proceduri de lichidare sau de administrare judiciară, S.C. CONSTRADE S.R.L. - în insolvență, neavând calitatea de ofertant ori candidat, acesta fiind terț susținător;

- totodată, contestatorul afirmă că în cazul în care împotriva unei societăți comerciale se deschide procedura de insolvență, doar în situația în care nu este aprobată reorganizarea acesteia sau în cazul în care, deși se aprobă, aceasta eșuează, operatorul economic urmează să intre în procedura de faliment; falimentul reprezentând doar o fază, posibilă, dar nu și obligatorie a procedurii de insolvență;

- față de cele de mai sus, contestatorul afirmă că, în cuprinsul documentației de atribuire - secțiunea Formulare, autoritatea contractantă a ales să nu pună la dispoziția potențialilor ofertanți modele pentru angajamentele de terță susținere tehnico - profesională; prin urmare, nu este de acord cu faptul că autoritatea contractantă nu a luat în considerare personalul tehnic de specialitate pus la dispoziție de către terțul susținător S.C. CONSTRADE S.R.L.

- în insolvență, invocând faptul că *terțul susținător face obiectul unei proceduri de administrare judiciară.*

Prin adresa nr. 16000/07.12.2015, înregistrată la C.N.S.C. sub nr. 23935/11.12.2015, autoritatea contractantă a transmis punctul de vedere cu privire la contestația în cauză, precizând următoarele:

- autoritatea contractantă a publicat, în S.E.A.P., invitația de participare nr. .../..., stabilind: data limită de depunere a ofertelor pentru 27.07.2015, ora 14:00; deschiderea ofertelor a avut loc în data de 28.07.2015, ora 10:00;

- de asemenea, autoritatea contractantă învederează că până la data și ora limită de depunere a ofertelor, au depus ofertă un număr de 5 operatori economici, ședința de deschidere a ofertelor finalizându-se prin procesul verbal nr. 9282/28.07.2015, semnat de membrii comisiei de evaluare și de reprezentanții împuterniciți ai operatorilor economici prezenți la ședință;

- cu privire la contestația în cauză, autoritatea contractantă susține că ASOCIEREA S.C. ...S.R.L. a prezentat în cadrul ofertei următoarele documente: un angajament ferm privind susținerea tehnică, emis de terțul susținător S.C. CONSTRADE S.R.L. - în insolvență, întocmit la data de 23.07.2015; susținerea terțului a vizat îndeplinirea cerinței minime de calificare privind experiența similară aferentă execuției de lucrări, prin prezentarea contractului cu nr. 73/17.03.2011 încheiat între CONSILIUL JUDEȚEAN ... (în calitate de beneficiar) și ASOCIEREA S.C. CONSTRADE S.R.L./S.C. DRUPO S.R.L. (în calitate de executant), având ca obiect Modernizare DJ 668: DN 66 - Bucium Orlea - Gânțașaga, km 1+200-9+200, în valoare de 1.231.679,68 lei fără TVA; un angajament ferm privind susținerea

profesională, din partea terțului susținător S.C. CONSTRADE S.R.L. - în insolvență, întocmit la data de 23.07.2015, prin acest document terțul susținător angajându-se să pună la dispoziția ofertantului următorul personal de specialitate: șef șantier (Sterian Nicolae) și responsabil cu controlul calității (Oneț Gabriela);

- inițial, precizează autoritatea contractantă, în urma evaluării documentelor de calificare depuse de ofertant, comisia de evaluare a considerat oferta acestuia admisibilă, conform înscrisurilor din procesele - verbale ale ședințelor de evaluare nr. 6/13.10.2015 și nr. 7/05.11.2015;

- ulterior, la data de 05.11.2015, autoritatea contractantă afirmă că observatorii AGENȚIEI NAȚIONALE PENTRU ACHIZIȚII PUBLICE – DIRECȚIA GENERALĂ CONTROL EX - ANTE – SERVICIUL DE VERIFICARE REGIUNEA VEST – COMPARTIMENTUL VERIFICARE ... a transmis comisiei de evaluare recomandarea privind reanalizarea modului de îndeplinire a cerinței de calificare de către ofertantul – ASOCIEREA S.C. INDUSTRIAL CONSTRUCT GEDI S.R.L./S.C. ... S.R.L., având în vedere următoarele aspecte: *răspunsul ofertantului la solicitarea de clarificări a comisiei de evaluare cu nr. 12658/07.10.2015; prevederile art. 106, alin. (1), lit. a) din Regulamentul nr. 966/2012 al Parlamentului European și al Consiliului privind normele financiare aplicabile bugetului general al Uniunii;*

- în ce privește răspunsul ofertantului la solicitarea de clarificări cu nr. 12658 /07.10.2015, autoritatea contractantă menționează că, prin adresa nr. 14398/09.11.2015 a solicitat ofertantului să clarifice modul concret în care terțul susținător - S.C. CONSTRADE S.R.L. în insolvență și-a asumat că va interveni în cazul în care ofertantul va întâmpina dificultăți pe parcursul îndeplinirii contractului;

- urmare a solicitării autorității contractante, ofertantul a precizat că terțul susținător S.C. CONSTRADE S.R.L. în insolvență dispune de personal tehnic de specialitate, utilaje și dotări necesare realizării contractului în cazul în care ASOCIEREA S.C. INDUSTRIAL CONSTRUCT GEDI S.R.L./S.C. ... S.R.L. întâmpină dificultăți pe parcursul îndeplinirii contractului, ofertantul prezentând documente suport în susținerea afirmației făcute, respectiv: *lista contractelor de lucrări similare pe care terțul susținător le-a dus la bun sfârșit și pe care le are în prezent în derulare, din care a rezultat că acesta a realizat 41 lucrări similare și are în derulare 2 contracte de modernizare drum; lista de utilaje și echipamente de care dispune terțul susținător, din care a rezultat că poate dispune de utilaje în număr suficient astfel încât să poată duce la bun sfârșit lucrarea în cazul în care Asociera S.C. Industrial Construct Gedi S.R.L.- S.C. ... S.R.L. va întâmpina dificultăți pe parcursul îndeplinirii contractului; lista personalului de care dispune terțul susținător, din care a rezultat că dispune de specialiști și personal muncitor suficient astfel încât să poată duce la bun sfârșit lucrarea în cazul în care Asociera S.C. Industrial Construct Gedi S.R.L.- S.C. ... S.R.L. va întâmpina dificultăți pe parcursul îndeplinirii contractului;*

- în contextul dat, autoritatea contractantă notifică faptul că a luat în considerare documentele depuse și a considerat răspunsul contestatorului

concludent, în ceea ce privește modul concret în care terțul susținător poate continua lucrările în cazul în care ofertantul întâmpină dificultăți pe perioada derulării contractului;

- față de observația privitoare la Regulamentul nr. 966/2012 al Parlamentului European și al Consiliului privind normele financiare aplicabile bugetului general al Uniunii, comisia de evaluare a constatat că la art. 106, alin. (1), lit. a) din Regulament se precizează următoarele: *"Sunt excluși de la participarea la procedurile de achiziții candidații sau ofertanții care se află în stare de faliment sau fac obiectul unei proceduri de lichidare sau de administrare judiciară, au încheiat concordate judiciare, și-au suspendat activitatea economică sau fac obiectul unei proceduri în urma acestor situații sau se află în situații similare în urma unei proceduri similare prevăzute de legislația sau de reglementările naționale"*;

- totodată, autoritatea consideră că trebuie respectate prevederile Regulamentului nr. 966/2012, care vin în completarea prevederilor Directivei 2004/18/CE, transpusă prin O.U.G. nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, întrucât contractul care face obiectul prezentei contestații este inclus în cadrul Proiectului "Sistem de management integrat al deșeurilor în județul ...", proiect care beneficiază de finanțare din fonduri structurale în cadrul POS Mediu 2007-2013;

- astfel, autoritatea contractantă precizează că, în conformitate cu prevederile art. 181, lit. a) din O.U.G. nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, autoritatea contractantă are dreptul de a exclude dintr-o procedură pentru atribuirea contractului de achiziție publică orice ofertant/candidat față de care judecătorul sindic a decis, prin sentință, intrarea în faliment;

- în ceea ce privește susținerea tehnică și profesională, acordată de o terță persoană, art. 190, alin. (2) teza a II-a din O.U.G. nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, precizează că persoana care asigură această susținere nu trebuie să se afle în situația care determină excluderea din procedura de atribuire, conform prevederilor art. 180 și ale art. 181, lit. a), lit. c¹ și lit. d) din același act normativ;

- față de cele de mai sus, autoritatea contractantă învederează că anterior luării deciziei de respingere a ofertei contestatorului, comisia de evaluare, prin adresa nr. 14398/09.11.2015, a adus la cunoștința ASOCIERII S.C. INDUSTRIAL CONSTRUCT GEDI S.R.L./S.C. ... S.R.L. aspectele constatate în urma observațiilor primite, respectiv faptul că ofertantul nu poate beneficia de susținere tehnică din partea unui operator economic aflat în insolvență, raportat la obligativitatea respectării Regulamentului nr. 966/2012, regulament ce vizează implicit aplicarea normelor și procedurilor adecvate pentru acordarea finanțărilor din fondurile Uniunii Europene, solicitându-i contestatorului să clarifice îndeplinirea cerinței minime de calificare privind experiența similară;

- răspunsul primit din partea ofertantului a fost considerat neconcludent de autoritatea contractantă, deoarece acesta a menționat că situația terțului susținător nu intră în sfera de aplicare a Directivei 2004/18/CE, respectiv a Regulamentului nr. 966/2012, terțul susținător neaflându-se în stare de

faliment, lichidare, încetare a activității, nici în stare de administrare judiciară sau de concordat preventiv și nici nu face obiectul unei astfel de proceduri, dar în conformitate cu informațiile apărute oficial pe site-ul Curții de Apel Alba Iulia (dosar nr. 5788/97/2014 litigiu privind achizițiile publice, înregistrat la data de 23.07.2015) a rezultat foarte clar că reclamantul este S.C. CONSTRADE S.R.L. ... SOCIETATE ÎN INSOLVENȚĂ PRIN ADMINISTRATOR JUDICIAR C.I.I. HOLHOȘ GRIGORE; prin urmare terțul susținător face obiectul unei proceduri de administrare judiciară;

- concluzionând, autoritatea contractantă afirmă că nu a putut lua în considerare experiența similară și personalul de specialitate pus la dispoziție de terțul susținător S.C. Constrade S.R.L. în insolvență, considerând cele două cerințe ca fiind neîndeplinite și oferta depusă de ASOCIEREA S.C. ... S.R.L. - S.C. ... S.R.L. inacceptabilă.

Ultimul document, aferent dosarului cauzei, îl reprezintă adresa nr. 16000/07.12.2015, emisă de către autoritatea contractantă și înregistrată la C.N.S.C. sub nr. 23935/11.12.2015.

Analizând susținerile părților și documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarele:

..., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura de atribuire, prin „cerere de ofertă” offline, a contractului de achiziție publică de lucrări având ca obiect „Modernizarea drumului de acces spre stația de sortare și stația de transfer din municipiul Petroșani, din cadrul contractului de finanțare nr. 912/04.03.2014, Anexa I.2, poziția 5 - Construire drumuri de acces, aferent Proiectului «Sistem de management integrat al deșeurilor în județul ...»”, cod CPV 45233140-2 – Lucrări de drumuri (Rev.2), având sursa de finanțare: „Program/Proiect: Programul Operațional Sectorial de Mediu – POS Mediu”.

În acest sens, a elaborat documentația de atribuire aferentă și a publicat, în S.E.A.P., invitația de participare nr. .../..., potrivit căreia valoarea totală estimată, fără TVA, este de 649.081 RON, reprezentând echivalentul a 144.867,98 EURO, fără T.V.A.; la pct. IV.2.1) din cadrul invitației de participare în cauză, s-a precizat că a fost ales criteriul de atribuire „prețul cel mai scăzut”.

În cadrul procesului – verbal al ședinței de deschidere a ofertelor nr. 9282/28.07.2015, pag. 123 – 135, autoritatea contractantă a consemnat denumirea ofertanților, documentele de calificare și prețul, fără T.V.A., aferent ofertelor depuse, după cum urmează: S.C. ROM ADRIA PREST CONSTRUCT S.R.L. – 582.900,74 lei; ASOCIEREA S.C. INDUSTRIAL CONSTRUCT GEDI S.R.L./S.C. ... S.R.L. – 446.096,20 lei; ASOCIEREA S.C. ZONA D S.R.L./S.C. TED TRANS 2002 S.R.L./S.C. SERCOTRANS S.R.L. – 647.056,20 lei; ASOCIEREA S.C. BRT TRUST S.R.L./S.C. ARCHISTUDIO S.R.L. – 529.792,43 lei; ASOCIEREA S.C. TRANS CONSTRUCT IMPORT EXPORT S.R.L./S.C. PRIMEX CONS S.R.L. – 635.820,37 lei.

Ulterior, în cadrul raportului procedurii nr. 15317/25.11.2015, pag. 330 – 414, autoritatea contractantă a precizat următoarele:

- „oferta aparținând ASOCIERII S.C. ... S.R.L./S.C. ... S.R.L. – oferta a fost considerată neconformă în baza prevederilor art. 79 alin. (1) din H.G. nr. 925/2006 (...) a fost considerată inacceptabilă în baza prevederilor art. 36 alin. (1) din H.G. nr. 925/2006;
- oferta desemnată câștigătoare aparține ASOCIERII S.C. TRANS CONSTRUCT IMPORT EXPORT S.R.L./S.C. PRIMEX CONS S.R.L., cu o propunere financiară, fără T.V.A., de 512.758,36 lei”.

Decizia de mai sus a fost adusă la cunoștința ASOCIERII S.C. INDUSTRIAL CONSTRUCT GEDI S.R.L./S.C. ... S.R.L. prin adresa nr. 15361/26.11.2015, pag. 415 – 417; în urma luării la cunoștință a conținutului acesteia, ofertantul în cauză a formulat contestația dedusă soluționării, afirmând că „nu este de acord cu faptul că autoritatea contractantă nu a luat în considerare personalul tehnic de specialitate pus la dispoziție de către terțul susținător S.C. CONSTRAD S.R.L. - în insolvență, invocând faptul că *terțul susținător face obiectul unei proceduri de administrare judiciară*”.

Cu privire la fondul cauzei, Consiliul va lua în considerare că, în conformitate cu dispozițiile art. 275 alin. (5) din O.U.G. nr. 34/2006, *„procedura în fața Consiliului este scrisă (...)”*; cu alte cuvinte, Consiliul are obligația să se pronunțe, în cauzele deduse soluționării, în mod esențial, prin raportare la dovezile existente la dosarul cauzei.

Corelativ, tot cu privire la fondul cauzei, Consiliul constată și incidența principiului disponibilității, consacrat în dispozițiile articolului 22 alin. (6) din NCPC, potrivit căruia *„judecătorul trebuie să se pronunțe asupra a tot ceea ce s-a cerut, fără însă a depăși limitele investiției în afară de cazurile în care legea dispune altfel”*.

Prin urmare, Consiliul urmează a soluționa contestația în cauză, analizând modul în care autoritatea contractantă a evaluat oferta aparținând ASOCIERII S.C. ... S.R.L./S.C. ... S.R.L., cu luarea în considerare a legislației în vigoare în domeniul achizițiilor publice și a argumentelor transmise de către petenți.

Astfel, cu privire la contestația în cauză, Consiliul apreciază că se impune reiterarea dispozițiilor art. 207 alin. (2) lit. b) din O.U.G. nr. 34/2006, conform cărora *„în cadrul comunicării (...), autoritatea contractantă are obligația de a informa ofertanții/candidații care au fost respinși sau a căror ofertă nu a fost declarată câștigătoare asupra motivelor care au stat la baza deciziei respective, după cum urmează: b) pentru fiecare ofertă respinsă, motivele concrete care au stat la baza deciziei de respingere, detaliindu-se argumentele în temeiul căror oferta a fost considerată inacceptabilă și/sau neconformă, îndeosebi elementele ofertei care nu au corespuns cerințelor de funcționare și performanță prevăzute în caietul de sarcini”*.

Subsecvent, procedând la analiza documentelor anexate dosarelor cauzei, Consiliul va lua în considerare că, referitor la oferta aparținând contestatorului, în cadrul adresei nr. 15361/26.11.2015, se precizează că *„ (...) oferta depusă de dumneavoastră a fost considerată neconformă în baza prevederilor art. 79 alin. (1) din H.G. nr. 925/2006 (...) inacceptabilă în baza prevederilor art. 36 alin. (1) din H.G. nr. 925/2006 (...) deoarece:*

- 1. Ați prezentat un angajament ferm privind susținerea tehnică, din partea terțului susținător S.C. CONSTRADE S.R.L. – în insolvență, care a vizat îndeplinirea cerinței minime de calificare referitoare la experiența similară: „Ofertantul va face dovada că în ultimii 5 ani, calculați până la data limită de depunere a ofertelor, a executat și dus la bun sfârșit lucrări similare în valoare cumulată de minim 640.500 lei fără T.V.A., la nivelul a minim un contract – maxim 2 contracte”;

- Inițial, în urma evaluării documentelor prezentate de dvs, comisia de evaluare a considerat că îndepliniți cerința minimă de calificare precizată anterior. Observatorii A.N.A.P. au recomandat comisiei de evaluare reanalizarea modului de îndeplinire a cerinței de calificare de către dvs., având în vedere următoarele aspecte: prevederile art. 106 alin. (1) lit. a) din Regulamentul nr. 966/2012 al Parlamentului European și al Consiliului privind normele financiare aplicabile bugetului general al Uniunii; răspunsul dvs. la solicitarea de clarificări a comisiei de evaluare cu nr. 12658/ 07.10.2015. Prin urmare, comisia de evaluare a luat cunoștință de observațiile primite și a reanaliza documentele prezentate de dvs.

- În ceea ce privește observația cu privire la Regulamentul nr. 966/2012 al Parlamentului European și al Consiliului privind normele financiare aplicabile bugetului general al Uniunii, comisia de evaluare v-a adus la cunoștință aspectele sesizate și a solicitat clarificări referitoare la îndeplinirea cerinței minime de calificare privind experiența similară, prin adresa nr. 14398/09.11.2015.

- În urma clarificărilor, ați precizat următoarele:

- procedura insolvenței include procedura de reorganizare și/sau pe cea de faliment, relația dintre acestea din urmă, raportate la procedura insolvenței, fiind o relație de tip parte – întreg; falimentul reprezintă doar o fază posibilă, dar nu și obligatorie a procedurii de insolvență;

- potrivit art. 181 lit. a) din O.U.G. nr. 34/2006, autoritatea contractantă are dreptul de a exclude un ofertant care a intrat în faliment ca urmare a hotărârii pronunțate de judecătorul sindic; prin urmare legiuitorul din România a stabilit pentru autoritatea contractantă un drept (nu o obligație) de a exclude din procedură doar ofertantul care a intrat în faliment, nu și pe cel împotriva căruia a început o procedură generală de insolvență; prevederea este expresă nefiind permis autorității contractante să își exercite dreptul său și în ceea ce privește alte situații ale debitorului de-a lungul procedurii de insolvență;

- la art. 45 alin. (2) din Directiva 2004/18/CE se prevede că „poate fi exclus de la participare” ceea ce înseamnă că autoritatea contractantă are dreptul de a stabili incidența vreunuia dintre cazurile care atrag excluderea și, în funcție de situația concretă, de a aprecia dacă se impune excluderea ofertantului din procedură, excluderea neintervenind automat;

- în situația de față prevederile Directivei 2004/18/CE nu sunt aplicabile în mod direct, aceasta are forță obligatorie pentru statul membru numai în ceea ce privește rezultatul de atins, autoritățile naționale urmând să hotărască alegerea formei și metodei sale de aplicare;

- situația terțului susținător nu intră în sfera de aplicare a Directivei, acesta neaflându-se în stare de faliment, lichidare, încetare a activității, nici în stare de administrare judiciară sau de concordat preventiv și nici nu face obiectul unei astfel de proceduri;

- În urma analizei răspunsului primit, comisia de evaluare a constatat următoarele:

- art. 106 alin. (1) lit. a) din Regulamentul nr. 966/2012 al Parlamentului European și al Consiliului privind normele financiare aplicabile bugetului general al Uniunii, precizează următoarele: „Criteriile de excludere aplicabile participării la proceduri de achiziție: (1) Sunt excluși de la participarea la procedurile de achiziții candidații sau ofertanții care: (a) se află în stare de faliment sau fac obiectul unei proceduri de lichidare sau de administrare judiciară, au încheiat concordate judiciare, și-au suspendat activitatea economică sau fac obiectul unei proceduri în urma acestor situații sau se află în situații similare în urma unei proceduri similare prevăzute de legislația sau de reglementările naționale”;

Prin urmare acest articol precizează foarte clar că sunt excluși de la participarea la procedurile de achiziții, candidații sau ofertanții care se află în stare de faliment sau fac obiectul unei proceduri de lichidare sau de administrare judiciară (...) în concluzie excluderea acestora intervine automat, nu este lăsată la aprecierea autorității contractante.

- conform prevederilor art. 5 din Legea nr. 287/2009 privind N.C.C. „în materiile reglementate de prezentul cod, normele dreptului Uniunii Europene se aplică prioritar, indiferent de calitatea sau statutul părților”. Prin urmare, deoarece contractul care face obiectul prezentei proceduri este inclus în cadrul proiectului „Sistem de management integrat al deșeurilor, în județul Hunedoare” proiect finanțat din fonduri structurale în cadrul POS Mediu 2007 – 2013, normele dreptului Uniunii Europene se aplică prioritar față de prevederile legislației naționale;

- ați menționat în răspunsul la clarificări că terțul susținător nu face obiectul unei proceduri de administrare judiciară, dar în conformitate cu informațiile apărute oficial pe site-ul CURȚII DE APEL ALBA IULIA (dosar nr. 5788/97/2014 litigiu privind achizițiile publice, înregistrat la data de 23.07.2015) a rezultat foarte clar că reclamantul este S.C. CONSTRAD S.R.L. ... SOCIETATE ÎN INSOLVENȚĂ PRIN ADMINISTRATOR JUDICIAR C.I.I. HOLHOȘ GRIGORE; prin urmare, terțul susținător face obiectul unei proceduri de administrare judiciară;

Având în vedere cele expuse anterior, comisia de evaluare a considerat neconcludent răspunsul dvs. (...) neputând să ia în considerare experiența similară prezentată de terțul susținător (...);

-2. Ați prezentat un angajament ferm privind susținerea profesională, din partea terțului susținător S.C. CONSTRAD S.R.L.- în insolvență, prin care acesta s-a obligat să pună la dispoziția dvs. următorul personal de specialitate: șef șantier (Sterian Nicolae) și responsabilul cu controlul calității (Oneț Gabriela) (...) Având în vedere cele expuse anterior la punctul 1,

comisia de evaluare nu a putut lua în considerare personalul de specialitate pus la dispoziție de S.C. CONSTRADE S.R.L. – în insolvență (...)”.

În soluționarea prezentei cauze, Consiliul apreciază că se impune și reiterarea dispozițiilor art. 11¹ din H.G. nr. 925/2006, conform cărora:

- alin (1) - *În cazul în care, în conformitate cu prevederile art. 186 și 190 din ordonanța de urgență, ofertantul/candidatul își demonstrează situația economică și financiară ori capacitatea tehnică și/sau profesională prin prezentarea unui angajament de susținere din partea unui terț, autoritatea contractantă are obligația de a lua în considerare această susținere pentru verificarea îndeplinirii cerințelor minime impuse în cadrul documentației de atribuire;*

- alin. (2) - *Pentru a fi luată în considerare susținerea acordată, angajamentul ferm prevăzut la art. 186 alin. (2) și la art. 190 alin. (2) din ordonanța de urgență trebuie să reprezinte un instrument juridic care să asigure dreptul autorității contractante de a solicita, în mod legitim, îndeplinirea anumitor obligații de către persoana susținătoare;*

- alin. (3) - *În cazul în care susținerea terțului se referă la asigurarea unor resurse care pot fi puse efectiv la dispoziția ofertantului - fonduri financiare, utilaje, echipamente, personal -, angajamentul ferm prezentat de ofertant/candidat trebuie să prevadă care sunt resursele respective și să evidențieze faptul că disponibilizarea acestora se va realiza necondiționat, în funcție de necesitățile care apar pe parcursul îndeplinirii contractului în cauză;*

- alin. (4) - ***În cazul în care susținerea terțului vizează îndeplinirea unor cerințe minime de calificare cum ar fi experiența similară reflectată prin prezentarea unor liste de produse/servicii/lucrări furnizate/prestate/executate într-o perioadă anterioară sau îndeplinirea unui nivel minim al cifrei de afaceri în domeniul de activitate aferent obiectului contractului de achiziție publică, angajamentul ferm prezentat de ofertant/candidat trebuie să garanteze autorității contractante faptul că, în cazul în care contractantul întâmpină dificultăți pe parcursul derulării contractului, persoana susținătoare se obligă să asigure îndeplinirea completă și reglementară a obligațiilor contractuale prin implicarea sa directă***”.

Dispozițiile de mai sus sunt în strânsă corelare cu cele de la art. 7, respectiv 95 alin. (1) din cadrul aceluiași act normativ, care stipulează următoarele:

- art. 7 - *„Criteriile de calificare și selecție, astfel cum sunt prevăzute la art. 176 din ordonanța de urgență, au ca scop demonstrarea potențialului tehnic, financiar și organizatoric al fiecărui operator economic participant la procedură, potențial care trebuie să reflecte posibilitatea concretă a acestuia de a îndeplini contractul și de a rezolva eventualele dificultăți legate de îndeplinirea acestuia, în cazul în care oferta sa va fi declarată câștigătoare;*

- art. 95 alin. (1) - ca anexe ce devin parte integrantă a contractului de achiziție publică se constituie cel puțin următoarele documente: a) caietul de sarcini; b) propunerea tehnică și propunerea financiară; c) graficul de îndeplinire a contractului; d) graficul de plăți; e) garanția de bună execuție,

dacă este cazul; f) **angajamentul ferm de susținere din partea unui terț, dacă este cazul**".

Altfel spus, „în cazul în care contractantul întâmpină dificultăți pe parcursul derulării contractului, persoana susținătoare se obligă să asigure îndeplinirea completă și reglementară a obligațiilor contractuale prin implicarea sa directă”, conform caietului de sarcini, propunerii tehnice/financiare, graficului de lucrări și angajamentului ferm de susținere.

Față de cele de mai sus, Consiliul, procedând la analiza documentelor de calificare prezentate de către contestator, reține că acesta a prezentat următoarele documente, emise de către S.C. CONSTRAD E S.R.L. – în insolvență, în calitate de terț susținător:

- formularul nr. 15 – angajament privind susținerea tehnică – experiență similară a ofertantului, pag. 43, 45;
- anexa 1 la angajamentul ferm privind susținerea tehnică – Experiența similară – Declarație privind experiența similară, pag. 44, 46;
- formular nr. 1 – declarație privind neîncadrarea în prevederile art. 180 din O.U.G. nr. 34/2006, pag. 47;
- formular nr. 2 – declarație privind neîncadrarea în prevederile art. 181 din O.U.G. nr. 34/2006, pag. 48;
- formular nr. 4 – declarație privind neîncadrarea în prevederile art. 69¹ din O.U.G. nr. 34/2006, pag. 49;
- formular nr. 8 – experiența similară, pag. 50 – 96.

În conformitate cu dispozițiile art. 190 alin. (1) și (2) din O.U.G. nr. 34/2006, „capacitatea tehnică și profesională a ofertantului/candidatului poate fi susținută, pentru îndeplinirea unui contract, și de o altă persoană, indiferent de natura relațiilor juridice existente între ofertant/candidat și persoana respectivă; alin. (2) În cazul în care ofertantul/candidatul își demonstrează capacitatea tehnică și profesională invocând și susținerea acordată, în conformitate cu prevederile alin. (1), de către o altă persoană, atunci acesta are obligația de a dovedi susținerea de care beneficiază, de regulă, prin prezentarea unui angajament ferm al persoanei respective, prin care aceasta confirmă faptul că va pune la dispoziția candidatului/ ofertantului resursele tehnice și profesionale invocate. Persoana care asigură susținerea tehnică și profesională nu trebuie să se afle în situația care determină excluderea din procedura de atribuire, conform prevederilor art. 180 și ale art. 181 lit. a), c¹) și d)”.

Conform prevederilor art. 181 lit. a), c¹) și d), din ordonanța de urgență, „autoritatea contractantă are dreptul de a exclude dintr-o procedură pentru atribuirea contractului de achiziție publică orice ofertant/candidat care se află în oricare dintre următoarele situații: a) a intrat în faliment ca urmare a hotărârii pronunțate de judecătorul-sindic;

c¹) în ultimii 2 ani nu și-a îndeplinit sau și-a îndeplinit în mod defectuos obligațiile contractuale, din motive imputabile ofertantului în cauză, fapt care a produs sau este de natură să producă grave prejudicii beneficiarilor acestuia; d) a fost condamnat, în ultimii trei ani, prin hotărârea definitivă a

unei instanțe judecătorești, pentru o faptă care a adus atingere eticii profesionale sau pentru comiterea unei greșeli în materie profesională”.

Prin urmare, în cazul terțului susținător, autoritatea contractantă, raportându-se la cadrul juridic anterior invocat, trebuie să verifice dacă acesta *„a intrat în faliment ca urmare a hotărârii pronunțate de judecătorul - sindic;*

în ultimii 2 ani nu și-a îndeplinit sau și-a îndeplinit în mod defectuos obligațiile contractuale, din motive imputabile ofertantului în cauză, fapt care a produs sau este de natură să producă grave prejudicii beneficiarilor acestuia; a fost condamnat, în ultimii trei ani, prin hotărârea definitivă a unei instanțe judecătorești, pentru o faptă care a adus atingere eticii profesionale sau pentru comiterea unei greșeli în materie profesională”; ulterior, în baza principiului asumării răspunderii, consacrat la art. 2 alin. (2) lit. g) din O.U.G. nr. 34/2006, fiind lăsată la latitudinea autorității contractante decizia aferentă.

Procedând la analiza documentelor anexate dosarului cauzei, Consiliul va lua în considerare că, în urma verificării documentelor de calificare ale contestatorului, conform celor precizate în cadrul procesului – verbal nr. 2/02.09.2015, pag. 153 – 209, referitor la terțul susținător, prin adresa nr. 10918/02.09.2015, pag. 210 – 211, autoritatea contractantă a solicitat acestuia *„un document suport din care să rezulte care a fost valoarea lucrărilor executate de către (...) S.C. CONSTRADE S.R.L.”*; contestatorul a răspuns prin adresa nr. 213/11153/08.09.2015, pag. 212 – 239.

Ulterior, în cadrul procesului – verbal nr. 5/07.10.2015, pag. 286 – 287, autoritatea contractantă precizează următoarele: *„oferta depusă de ASOCIEREA S.C. ... S.R.L./S.C. ...S.R.L. beneficiază de susținerea tehnico – profesională (experiența similară) din partea S.C. CONSTRADE S.R.L. în insolvență; în conformitate cu instrucțiunea ANRMAP nr. 1/25.08.2015, emisă în aplicarea prevederilor art. 186 și 190 din O.U.G. nr. 34/2006, comisia de evaluare va solicita ofertantului să prezinte, din partea terțului susținător, dovezi/documente din care să rezulte cum va putea terțul susținător să își mobilizeze resursele/utilajele/personalul, astfel încât să intervină în cazul în care contractantul întâmpină dificultăți pe parcursul îndeplinirii contractului”*; solicitarea în cauză fiind transmisă contestatorului prin adresa nr. 12658/07.10.2015, pag. 288.

Din verificarea actelor prezentate la dosarul cauzei, contestatorul răspunde, prin adresa nr. 240/12833/12.10.2015, pag. 291 – 292, astfel *„Instrucțiunea ANRMAP nr. 1/25.08.2015 (...) are ca dată de intrare în vigoare 04.09.2015. Procedura de atribuire (...) are ca dată limită de depunere a ofertelor 27.07.2015. În acest context considerăm faptul că solicitările autorității contractante bazate pe Instrucțiunea ANRMAP nr. 1/25.08.2015, care la data procedurii nu erau în vigoare depășesc cadrul legal, la data organizării procedurii”*.

Față de răspunsul anterior prezentat, conform celor menționate în cadrul procesului – verbal nr. 6/13.10.2015, pag. 215 – 296, autoritatea contractantă, în baza principiului asumării răspunderii, consacrat la art. 2 alin.

(2) lit. g) din O.U.G. nr. 34/2006, a considerat „răspunsul concludent și oferta admisibilă”.

Cu toate acestea, aceiași autoritate contractantă, tot cu privire la oferta contestatorului, în cadrul procesului – verbal nr. 8/09.11.2015, pag. 302 – 303, a precizat că:

- „în cadrul procesului – verbal al ședinței de evaluare din data de 05.11.2015, observatorii A.N.A.P. – Direcția Generală Control Ex –Ante – Serviciul de Verificare Regiunea Vest – Compartimentul Verificare Hunedoare (...) au făcut unele observații cu privire la stabilirea admisibilității ofertei depuse de ofertantul ASOCIEREA S.C. ... S.R.L./S.C. ...S.R.L. și au recomandat comisiei de evaluare reanalizarea documentelor de calificare depuse de ofertantul amintit anterior referitoare la îndeplinirea cerinței minime de calificare privind experiența similară și a răspunsului ofertantului la solicitarea de clarificări nr. 12658/ 07.10.2015;

- totodată observatorii au recomandat comisiei de evaluare respectarea prevederilor Regulamentului nr. 966/2012 a Parlamentului European și al Consiliului, privind normele financiare aplicabile bugetului general al Uniunii (...);

- art. 106 alin. (1) lit. a) din Regulamentul nr. 966/2012 a Parlamentului European și al Consiliului - „Criterii de excludere aplicabile participării la proceduri de achiziții (1) (a): Sunt excluși de la participarea la procedurile de achiziții candidații sau ofertanții care: (a) se află în stare de faliment sau fac obiectul unei proceduri de lichidare sau administrare judiciară, au încheiat concordate judiciare, și-au suspendat activitatea economică sau fac obiectul unei proceduri în urma acestor situații sau se află în situații similare în urma unei proceduri similare prevăzute de legislația sau de reglementările naționale (...)”.

De asemenea, Consiliul va reține că, în etapa următoare, autoritatea contractantă transmite contestatorului solicitarea de clarificări nr. 14398/09.11.2015, prin care solicită acestuia „să clarifice modul concret în care terțul susținător S.C. CONSTRADE S.R.L. în insolvență și asumat că va interveni în cazul în care va întâmpina dificultăți pe parcursul îndeplinirii contractului”, pag. 304 – 307; contestatorul a răspuns prin adresa nr. 273/146863/12.11.2015, pag. 308 – 317.

Corelativ, Consiliul va lua în considerare faptul că autoritatea contractantă, în urma analizării documentelor mai sus menționate, referitor la oferta contestatorului, a precizat în cadrul procesului – verbal nr. 9/16.11.2015, pag. 319 – 321, următoarele:

- „(...) răspunsul a fost considerat concludent (...);

- (...) ofertantul a menționat în răspunsul la clarificări că terțul susținător nu face obiectul unei proceduri de administrare judiciară, dar în conformitate cu informațiile apărute oficial pe site-ul CURȚII DE APEL ALBA IULIA (dosar nr. 5788/97/2014 litigiu privind achizițiile publice, înregistrat la data de 23.07.2015) a rezultat foarte clar că societatea S.C. CONSTRADE S.R.L. în insolvență are administrator judiciar pe C.I.I. HOLHOȘ GRIGORE (reclamant: S.C. CONSTRADE S.R.L. ... SOCIETATE ÎN INSOLVENȚĂ PRIN

ADMINISTRATOR JUDICIAR C.I.I. HOLHOȘ GRIGORE) (...) având în vedere cele expuse anterior, comisia de evaluare a considerat răspunsul ofertantului neconcludent”.

Față de cele mai sus reținute, cu titlu generic, Consiliul apreciază că, în mod categoric, dispozițiile art. 11¹ alin. (4) în H.G. nr. 925/2006, conform căroră „:alin. (4) - În cazul în care susținerea terțului vizează îndeplinirea unor cerințe minime de calificare cum ar fi experiența similară reflectată prin prezentarea unor liste de produse/servicii/lucrări furnizate/prestate/ executate într-o perioadă anterioară sau îndeplinirea unui nivel minim al cifrei de afaceri în domeniul de activitate aferent obiectului contractului de achiziție publică, **angajamentul ferm prezentat de ofertant/candidat trebuie să garanteze autorității contractante faptul că, în cazul în care contractantul întâmpină dificultăți pe parcursul derulării contractului, persoana susținătoare se obligă să asigure îndeplinirea completă și reglementară a obligațiilor contractuale prin implicarea sa directă**”, erau în vigoare.

Față de cele de mai sus, Consiliul reiterează că respectarea dreptului european și rangul acestuia în raport cu dreptul național este o obligație a României ca stat membru al Uniunii Europene și o obligație a judecătorilor în aplicarea normelor de drept; regulamentele împreună cu directivele, deciziile și deciziile-cadru, reprezentând dreptul secundar al Uniunii Europene.

În ceea ce privește Regulamentele Parlamentului European și ale Consiliului, acestea, prin definiție, sunt direct aplicabile în legislația internă, regulamentul urmând a se insera automat în ordinele juridice naționale, *excluzând orice măsură de receptare națională sau tot ceea ce ar putea disimula natura și efectele unui regulament*. În consecință, atunci când într-un litigiu partea adversă se prevalează de norme naționale contrare vreunui Regulament, norma din Regulament înlătură norma națională fără nici cea mai mică posibilitate de discuție. Astfel, Regulamentul are aplicabilitate generală, ca o lege internă, fiind obligatoriu în toate părțile sale și se aplică nemijlocit în fiecare stat membru. Pe cale de consecință, judecătorul va aplica regulamentul, fără să fie necesară adoptarea unei legi naționale de aplicare.

Prin urmare, având în vedere cadrul juridic anterior invocat, Consiliul nu va lua în considerare alegațiile autorității contractante, respectiv ale contestatorului, potrivit căroră „prevederile Directivei (...) nu sunt aplicabile în mod direct, aceasta are forță obligatorie pentru statul membru numai în ceea ce privește rezultatul de atins, autoritățile naționale urmând să hotărască alegerea formei și metodei sale de aplicare”, deoarece, aplicând, în concurs, prevederile respective, rezultă, în mod indubitabil, că autoritatea contractantă este obligată să se asigure că angajamentul ferm, emis de terțul susținător și prezentat de ofertant, „garantează” implicarea directă a terțului susținător, în cazul de față S.C. CONSTRAD S.R.L.

Opinieii Consiliului se reliează și cea a instanței de judecată (ex. CURTEA DE APEL CRAIOVA – SECȚIA CONTENCIOS ADMISNITRATIV ȘI FISCAL – Decizia nr. 3262/15.10.2015), care, în mod definitiv, stipulează că „se impune clarificare modului concret în care susținătorul poate pune la dispoziție

resursele prezentate în oferta de susținere, în vederea îndeplinirii, în condițiile impuse prin contract, a obligațiilor asumate”.

Din această perspectivă, Consiliul apreciază că autoritatea contractantă, în temeiul dispozițiilor art. 72 alin. 2) lit. b) din HG nr. 925/2006, în cadrul cărora se prevede, în mod expres, obligația acesteia de „a verifica îndeplinirea criteriilor de calificare de către ofertanți/candidați, în cazul în care acestea au fost solicitate prin documentația de atribuire” trebuia să verifice în ce măsură S.C. CONSTRADE S.R.L. – în insolvență, este în măsură să-și respecte obligațiile asumate.

Potrivit definiției clasice, conform Legii nr. 85/2006, insolvența „reprezintă acea stare a patrimoniului debitorului care se caracterizează prin insuficiența fondurilor bănești disponibile pentru plata datoriilor exigibile: a) insolvența este prezumată ca fiind vădită atunci când debitorul, după 30 de zile de la scadență, nu a plătit datoria sa față de unul sau mai mulți creditori; b) insolvența este iminentă atunci când se dovedește că debitorul nu va putea plăti la scadență datoriile exigibile angajate, cu fondurile bănești disponibile la data scadenței”.

Subsecvent, Consiliul reiterează că scopul Legii nr. 85/2006, privind procedura insolvenței, conform art. 2, constă în crearea unei proceduri colective pentru acoperirea pasivului debitorului aflat în insolvență, prin una din următoarele posibilități: reorganizarea debitorului și a activității acestuia, inclusiv lichidarea unor bunuri din averea lui până la stingerea pasivului sau falimentul.

În opinia Consiliului, demn de remarcat este faptul că procedura insolvenței are caracter judiciar, deoarece se dezbate în fața instanței de judecată sub autoritatea și prin intermediul acesteia, în timp ce administrarea efectivă a procedurii se realizează cu ajutorul mai multor organe, respectiv, instanțele judecătorești, judecătorul - sindic, administratorul judiciar și lichidatorul; conform art. 5 alin. (2) din actul normativ anterior invocat, „*Organele care aplică procedura: instanțele judecătorești, judecătorul sindic, administratorul judiciar și lichidatorul au îndatorirea să asigure efectuarea cu celeritate a actelor și operațiunilor prevăzute de prezenta lege, precum și realizarea în condițiile legii a drepturilor și obligațiilor participanților la aceste acte și operațiuni*”.

Or, în cazul de față, în condițiile în care autoritatea contractantă a luat la cunoștință de situația tertului susținător - „S.C. CONSTRADE S.R.L. ... SOCIETATE ÎN INSOLVENȚĂ PRIN ADMINISTRATOR JUDICIAR C.I.I. HOLHOȘ GRIGORE”, aceasta s-a limitat la a consemna o informație publicată pe portalul instanțelor de judecată, fără însă a lua legătura, în mod direct, cu administratorul judiciar pentru a ajunge la o concluzie certă, aspect care, de altfel, este probat și de modul contradictoriu, în care aceasta a concluzionat, în cadrul aceluiași document (procesul – verbal nr. 9/16.11.2015) că răspunsul contestatorului este, în același timp, „concludent și neconcludent”.

Față de cele de mai sus, Consiliu constată că autoritatea contractantă nu a aplicat, în mod corespunzător, dispozițiile art. 72 alin. (2) lit. b) din H.G. nr. 925/2006, care prevăd printre obligațiile acesteia și pe cea privind

„verificarea îndeplinirii criteriilor de calificare de către ofertanți/candidați, în cazul în care acestea au fost solicitate prin documentația de atribuire”.

Pe cale de consecință, Consiliul apreciază că aprofundarea motivelor anterior enunțate devine obligatorie pentru autoritatea contractantă, în condițiile în care, pe de-o parte, conform art. 78 alin. (1) din H.G. nr. 925/2006 „Comisia de evaluare stabilește care sunt clarificările și completările formale sau de confirmare, necesare pentru evaluarea fiecărei oferte, precum și perioada de timp acordată pentru transmiterea clarificărilor. Comunicarea transmisă în acest sens către ofertant trebuie să fie clară, precisă și să definească în mod explicit și suficient de detaliat în ce constă solicitarea comisiei de evaluare”, iar, pe de altă parte, *orice decizie a autorității contractante privind admiterea/respingerea unei oferte trebuie fundamentată pe o evaluare temeinică a ofertei, sub toate aspectele acesteia, și pe probe concludente, iar nu pe elemente insuficiente/neclare sau incerte - care nu permit realizarea unei evaluări obiective a acesteia, autoritatea contractantă fiind nevoită să deducă respectarea cerinței în cauză pe baze absolut subiective.*

În opinia Consiliului, concluzia de mai sus este în consonanță și cu practica instanțelor Uniunii Europe, respectiv Tribunalul de Primă Instanță de la Luxemburg, care, în hotărârea sa din 10 decembrie 2009, cauza T-195/08, Antwerpse Bouwwerken NV împotriva Comisiei Europene, la pct. 56 și 57 a statuat că „este contrar principiului buneii administrări ca această ofertă să fie respinsă de Comisie fără ca aceasta să își exercite posibilitatea de a solicita precizări. A i se recunoaște, în asemenea împrejurări, o putere discreționară absolută ar fi contrar principiului tratamentului egal (a se vedea în acest sens Hotărârea Tribunalului din 27 septembrie 2002, Tideland Signal/Comisia, T-211/02, Rec., p.II-3781, punctele 37 și 38). Mai mult, principiul proporționalității impune ca actele instituțiilor să nu depășească limitele a ceea ce este adecvat și necesar în scopul realizării obiectivelor urmărite, înțelegându-se că, în cazul în care este posibilă o alegere între mai multe măsuri adecvate, trebuie să se recurgă la cea mai puțin constrângătoare, iar inconvenientele cauzate nu trebuie să fie disproporționate în raport cu scopurile urmărite (Hotărârea Curții din 5 mai 1998, National Farmers' Union și alții, C-157/96, pct. 60). Acest principiu impune autorității contractante, atunci când aceasta se confruntă cu o ofertă ambiguă, iar **o cerere de precizări cu privire la conținutul ofertei menționate ar putea asigura securitatea juridică** în același mod precum respingerea imediată a ofertei în cauză, să solicite precizări candidatului vizat, mai degrabă, decât să opteze pentru respingerea pură și simplă a ofertei acestuia (a se vedea în acest sens Hotărârea Tideland Signal/Comisia, pct. 56 de mai sus, pct. 43)".

În acest sens, Consiliul consideră că autoritatea contractantă trebuie să aplice dispozițiile art. 11 alin. (3) din H.G. nr. 925/2006, conform cărora „În cazul în care există incertitudini sau neclarități în ceea ce privește anumite documente prezentate, autoritatea contractantă are dreptul de a solicita detalii, precizări sau confirmări suplimentare atât de la ofertantul/candidatul în cauză, cât și de la autoritățile competente care pot furniza informații în

acest sens. În orice situație, autoritatea contractantă are obligația de a asigura o perioadă rezonabilă de timp pentru furnizarea precizărilor/confirmărilor solicitate” și să solicite informațiile aferente administratorului judiciar „C.I.I. HOLHOȘ GRIGORE”.

Corelativ, Consiliul apreciază că în demersurile sale, având în vedere finanțarea contractului de achiziție publică aferent din fondurile alocate prin POS MEDIU, autoritatea contractantă poate opta inclusiv pentru solicitarea unui punct de vedere autorității de management competentă.

Față de cele precizate anterior, în temeiul prevederilor art. 278 alin. (2), (4) și (6) din O.U.G. nr. 34/2006, Consiliul va admite contestația formulată de către S.C. ... S.R.L., în contradictoriu cu autoritatea contractantă ... și va obliga autoritatea contractantă la continuarea procedurii de atribuire în cauză prin anularea raportului procedurii nr. 15317/25.11.2015, în partea care privește evaluarea ofertei depuse de către ASOCIEREA S.C. ... S.R.L./S.C. ...S.R.L. și a actelor subsecvente acestuia, inclusiv a comunicării rezultatului procedurii nr. 15361/26.11.2015 și reevaluarea acesteia conform celor menționate în cadrul motivării aferente.

PREȘEDINTE COMPLET

...

MEMBRU COMPLET

...

MEMBRU COMPLET

...

Redactată în 4 (patru) exemplare originale, conține 18 (optsprezece) pagini.