CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR
C.N.S.C.
Str. Stavropoleos, nr. 6, sector 3, Bucureşti, România, CP 030084, CIF 20329980
Tel. +4 021 3104641 Fax. +4 021 3104642, +40218900745 www.cnsc.ro

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

DECIZIE

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

Prin contestația nr. ...../....., înregistrată la Consiliul Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor sub nr. ...../....., înaintată de SC ..... SA, cu sediul în ....., ..., județul ....., înmatriculată la Oficiul Registrului Comerţului sub nr. ....., având CUI ....., reprezentată legal de ..... – Vice-Președinte al Consiliului de administrație, formulată împotriva rezultatului evaluării DUAE, ce i-a fost comunicat prin adresa nr. 157/11.08....., emis de ....., cu sediul în ....., în calitate de autoritate contractantă în procedura simplificată organizată în vederea atribuirii contractului de achiziție publică având ca obiect „Execuție lucrări de renovare și modernizare cămin cultural în localitatea Galu în cadrul proiectului Renovare, modernizare și dotare cămin cultural în satul Galu, comuna ....., finanțat prin Fondul European Agricol pentru Dezvoltare Rurală, submăsura 7.6.”, cu anunț de participare simplificat nr. ....., publicat în SEAP la data de ....., s-a solicitat Consiliului .....

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

Consiliul a fost legal sesizat şi este competent, potrivit dispoziţiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluţioneze contestaţia de faţă, prin care ofertantul SC ..... SA atacă rezultatul evaluării DUAE, ce i-a fost comunicat prin adresa nr. 157/11.08....., potrivit căruia oferta sa a fost respinsă, fiind declarată inacceptabilă în temeiul

dispozițiilor art. 137 alin. (1) și (2) din HG nr. 395/2016, motivat de faptul că societatea se află în concordat preventiv, iar potrivit dispozițiilor art. 57 alin. (4) din Directiva 2014/24/UE, autoritatea contractantă poate exclude un operator economic dintr-o procedură de achiziție publică dacă se află într-o astfel de situație.

Pe de o parte, contestatoarea arată că, potrivit prevederilor din fișa de date a achiziției, Cap. III.2. *Condiții de participare*, subcapitolul III.2.1. *Situația personala a candidatului sau ofertantului*, „ofertanții, terții susținători și subcontractanții nu trebuie să se regăsească în situațiile prevăzute la art. 164, art. 165 și art. 167 din Legea nr. 98/2016. Modalitatea prin care poate fi demonstrată îndeplinirea cerinței: se va completa DUAE de către operatorii economici participanți la procedura de atribuire (inclusiv eventualii terți și subcontractanți) cu informațiile aferente situației lor".

În conformitate cu prevederile art. 167 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 98/2016, autoritatea contractantă exclude din procedura de atribuire a contractului de achiziții publice orice operator economic care se află în procedura insolvenței sau lichidare, în supraveghere judiciară sau în încetarea activității.

Potrivit dispozițiilor art. 137 alin. (2) lit. b) din HG nr. 395/2016, contestatoarea precizează că a completat formularul DUAE (formular standard aprobat de Comisia Europeană) cu datele solicitate, care cuprind informații legate și de situația de concordat preventiv. Astfel, SC ..... SA se află în concordat preventiv, potrivit Încheierii nr. 74/F/2016 din data de 28.01.2016.

Pe de altă parte, contestatoarea menționează că, potrivit dispozițiilor art. 57 alin. (4) din Directiva 2014/24/UE, autoritatea contractantă poate exclude, sau statele membre le pot solicita acestora să excludă, de la participarea la procedura de achiziție publică, orice operator economic aflat în oricare din următoarele situații: *(b) dacă operatorul economic este în stare de faliment, sau în situații de insolvență sau lichidare, de administrare judiciară, de concordat preventiv, de încetare a activității sau în orice altă situație similară care rezultă în urma unei proceduri de aceeași natură, prevăzute de legislația și reglementările naționale.*

Analizând prevederile legislației și reglementările naționale, respectiv Legea nr. 85/25.06.2014 și art. 167 din Legea nr. 98/2016, care nu fac în niciun fel referire la excluderi ale operatorilor economici aflați în concordat preventiv, din procedurile de achiziții publice, contestatoarea consideră că autoritatea contractantă a interpretat în mod eronat prevederile art. 57 alin. (4) din Directiva 2014/24/UE, referitoare la concordatul preventiv, aplicat la legislația națională din România și, în consecință, nu avea dreptul de a-i considera inacceptabilă oferta.

Prin adresa nr. 168/....., înregistrată la CNSC sub nr. 35404/24.08....., autoritatea contractantă a transmis Consiliului punctul de vedere la contestație, solicitând respingerea acesteia.

În fapt, autoritatea contractantă arată că SC ..... SA a completat „DA” în formularul DUAE, partea a III-a Motive de excludere, ce vizează Concordatul preventiv, nefiind astfel îndeplinită cerința minimă de calificare solicitată prin fișa de date a achiziției, Cap. III.2. Condiții de participare, subcapitolul III.2.1. Situația personală a candidatului sau ofertantului, fiind incidente prevederile art. 137 alin. (2) lit. b) din HG nr. 395/2016.

Astfel, conform dispozițiilor art. 167 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 98/2016, autoritatea contractantă a decis excluderea contestatoarei din prezenta procedură, întrucât acesta a bifat „DA” la unul din motivele de excludere prevăzute în DUAE, motive de excludere stabilite în conformitate cu prevederile art. 57 alin. (4) din Directiva 2014/24/UE.

De asemenea, susține autoritatea contractantă, sunt incidente şi prevederile art. 106 din Regulamentul (EU, EUROTOM) 2015/1929 al Parlamentului European şi al Consiliului din 28 octombrie 2015, potrivit cărora „autoritatea contractantă exclude un operator economic de la participarea la proceduri de achiziții reglementate de prezentul regulament în cazul în care: (a) operatorul economic este în stare de faliment, în situație de insolvență sau de lichidare, activele sale sunt administrate de un lichidator sau de o instanță, se află în stare de concordat preventiv, de suspendare a activității sau în orice altă situație similară care rezultă în urma unei proceduri similare prevăzute în legislația sau în reglementările naționale (...)”.

Drept urmare, criticile contestatoarei referitoare la faptul că "(,..) autoritatea contractantă a interpretat în mod eronat prevederile art. 57 alin. (4) din Directiva 2014/24/UE, privind concordatul preventiv (...)” sunt nefundamentate și lipsite de veridicitate, având în vedere următoarele aspecte:

- conform prevederilor art. 5 din Codul Civil, „aplicarea prioritară a dreptului Uniunii Europene: în materiile reglementate de prezentul cod, normele dreptului Uniunii Europene se aplică în mod prioritar, indiferent de calitatea sau statutul părților”;
- opinia Consiliului National de Soluționare a Contestațiilor, care stipulează următoarele, într-o decizie a sa:

„Față de cele de mai sus, Consiliul reiterează că respectarea dreptului european şi rangul acestuia în raport cu dreptul național este o obligație a României ca stat membru al Uniunii Europene, regulamentele împreună cu directivele, deciziile reprezentând dreptul secundar al Uniunii Europene. În ceea ce privește Regulamentele Parlamentului European şi ale Consiliului European, 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 ce ar putea disimula natura şi 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 posibilitatea de discuție. Astfel, Regulamentul are aplicabilitatea generală, ca o lege internă, fiind

obligatoriu în toate părțile sale şi se aplică nemijlocit de fiecare stat membru”.

Pe de altă parte, Legea nr. 85/25.06.2014, invocată de contestatoare nu este relevantă în vederea susținerii cererii sale, această prevedere legală privind procedurile de prevenire a insolvenței şi de insolvență şi nicidecum participarea sau nu a unui operator economic aflat în concordat preventiv la procedurile de achiziții publice.

Prin urmare, autoritatea contractantă, având în vedere dispozițiile Legii nr. 98/2016 şi ale HG nr. 395/2016, consideră legală şi în acord cu prevederile legislative în materia achizițiilor publice comunicarea de respingere a ofertei, detaliată în adresa nr. 157/11.08....., motivul de declarare a ofertei drept inacceptabil fiind corect stabilit în baza prevederilor art. 137 alin. (1) şi (2) lit. b) din HG nr. 395/2016.

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

Pentru atribuirea contractului achiziție publică având ca obiect „Execuție lucrări de renovare și modernizare cămin cultural în localitatea Galu în cadrul proiectului Renovare, modernizare și dotare cămin cultural în satul Galu, comuna ....., finanțat prin Fondul European Agricol pentru Dezvoltare Rurală, submăsura 7.6.”, ... (în calitate de autoritate contractantă), a inițiat procedura simplificată prin publicarea, în SEAP, a anunțului de participare simplificat nr. ..... din ....., precum și a documentației de atribuire.

Nemulțumită de decizia autorității contractante de a-i declara inacceptabilă oferta (măsură ce i-a fost comunicată prin adresa nr. 157/11.08.....), SC ..... SA a înaintat Consiliului contestația de față, solicitând anularea actului atacat și obligarea autorității contractante la reluarea procedurii prin constatarea acceptabilității ofertei sale.

Analizând contestația depusă de SC ..... SA, Consiliul constată că respingerea ofertei sale, ca inacceptabilă, a fost determinată de faptul că: a depus în SEAP formularul DUAE, unde la partea a III-a, intitulată ”Motive de excludere” a bifat cu ”DA” la motivul de excludere ce vizează ”Concordatul preventiv”, nefiind astfel îndeplinită cerința minimă de calificare solicitată de autoritatea contractantă în fișa de date, la capitolul III.2) Condiții de participare, punctul II.2.1.a) Situația personală a candidatului sau ofertantului conform căreia: ”Ofertanții, terții susținători și subcontractanții nu trebuie să se regăsească în situațiile prevăzute la art. 164, 165, 167 din Legea nr. 98/2016”, fiind incidente prevederile articolului 137, alineatul (2), litera b) din HG 395/2016.

În speță, Consiliul consideră relevante următoarele prevederi legale:

- art. 167 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 98/2016 care prevede că:

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

(...)

b) se află în procedura insolvenței sau în lichidare, în supraveghere judiciară sau în încetarea activității.

- art. 57 alin. (4) din Directiva nr. 24/2014 a Parlamentului European şi Consiliului Uniunii Europene privind achizițiile publice şi de abrogare a Directivei 2004/18/CE care prevede că:

(4) Autoritățile contractante pot exclude sau statele membre le pot solicita acestora să excludă de la participarea la o procedură de achiziție publică orice operator economic aflat în oricare din următoarele situații:

(...)

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

- Legea nr. 85/2014 privind procedurile de prevenire a insolvenței şi de insolvență care: *stabilește regulile în domeniul prevenirii insolvenței şi al insolvenței,* iar potrivit art. 5 pct. *17. concordat preventiv este un contract încheiat între debitorul în dificultate financiară, pe de o parte, şi creditorii care dețin cel puțin 75% din valoarea creanțelor acceptate şi necontestate, pe de altă parte, omologat de judecătorul-sindic, contract prin care debitorul propune un plan de redresare şi de realizare a creanțelor acestor creditori, iar creditorii acceptă să sprijine eforturile debitorului de depășire a dificultății în care se află.*

La TITLUL I Proceduri de prevenire a insolvenței, art. 6 se precizează că: *Prezentul titlu se aplică debitorilor aflați în dificultate financiară,* iar în cadrul acestui titlu *CAPITOLUL III* este despre *Concordatul preventiv,* ceea ce arată că, în fapt, este una din procedurile de prevenire a insolvenței și nu una de insolvență. Astfel, coroborat cu prevederile art. 167 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 98/2016, ce fac referire la operatori economici care: *se află în procedura insolvenței sau în lichidare, în supraveghere judiciară sau în încetarea activității,* rezultă că în legislația națională aplicabilă în domeniul achizițiilor publice nu există prevederi vizând posibilitatea de respingere din procedurile de achiziție publică a unor operatori economici aflați în *proceduri de prevenire a insolvenței*, în speță într-un *concordat preventiv*.

De asemenea, este de reținut că prin fișa de date a achiziției, la pct. III.2.1.a) *Situația personală a candidatului sau ofertantului,* s-a prevăzut că: *1. Ofertanții, terții susținători și subcontractanții nu trebuie să se regăsească în situațiile prevăzute la art. 164, 165, 167 din Legea nr. 98/2016*.

În aceste condiții, Consiliul constată că autoritatea contractantă a precizat, în cadrul fișei de date a achiziției, că în procedură sunt aplicabile prevederile/dispozițiile Legii nr. 98/2016, respectiv ale art. 167, cu referire la operatori economici care: *se află în procedura insolvenței sau în lichidare, în supraveghere judiciară sau în încetarea activității.* Or, astfel aceasta nu mai poate invoca, pentru respingerea

ofertei depuse de contestatoare, prevederile art. 5 din Codul Civil - *Aplicarea prioritară a dreptului Uniunii Europene: în materiile reglementate de prezentul cod, normele dreptului Uniunii Europene se aplică în mod prioritar, indiferent de calitatea sau statutul părților,* deoarece aceasta nu a fost menționată nicăieri în cuprinsul documentației de atribuire, publicată în SEAP.

Mai mult decât atât, contractul de concordat preventiv se încadrează printre procedurile de prevenire a insolvenței, și nu printre cele ale insolvenței, care sunt clar precizate în cuprinsul art. 167 din Legea nr. 98/2016.

Nefiind menționată aplicabilitatea în tot, în cadrul prezentei proceduri de atribuire, a prevederilor Directivei nr. 24/2014 a Parlamentului European şi Consiliului Uniunii Europene privind achizițiile publice, autoritatea contractantă nu avea dreptul de a respinge nicio ofertă raportat la acele prevederi care nu au fost transpuse în legislația națională, aplicabilă în domeniul achizițiilor publice.

De altfel, directiva în cauză u a impus statelor membre sau autorităților contractante să decidă excluderea din procedură în cazul concordatului preventiv, ci a lăsat la latitudinea legiuitorului național să includă sau nu, la nivel național, o astfel de condiție.

Invocarea de către autoritatea contractantă a Regulamentului 2015/1929 al Parlamentului European și al Consiliului, precum și a altei Decizii a CNSC nu are relevanță, întrucât regulile de aplicabilitate a Regulamentului și directivelor sunt diferite, iar cele amintite în cauză nu au aplicabilitate în speță.

Pentru cele ce preced, Consiliul consideră că autoritatea contractantă, în mod eronat, a declarat inacceptabilă oferta SC ..... SA, motiv pentru care, în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, va admite contestația SC ..... SA. Consiliul va dispune anularea raportului procedurii, în partea dedicată ofertei SC ..... SA precum şi adresele de comunicare a rezultatului procedurii, ca acte subsecvente.

În baza art. 26 alin. (2) şi (5) din lege, Consiliul va obliga autoritatea contractantă ca, în termen de 15 zile de la primirea deciziei Consiliului, să reanalizeze oferta depusă de SC ..... SA, cu luarea în considerare a acestuia din punctul de vedere analizat, în conformitate cu prevederile legale în vigoare, așa cum s-a menționat în motivare.

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

CONSILIUL DECIDE:

Admite, contestația SC ..... SA, anulează raportul procedurii, în partea dedicată ofertei SC ..... SA precum şi adresele de comunicare a rezultatului procedurii, ca acte subsecvente.

Obligă autoritatea contractantă ca, în termen de 15 zile de la primirea deciziei Consiliului, să reanalizeze oferta depusă de SC ..... SA, cu luarea în considerare a acestuia din punctul de vedere analizat, în conformitate cu prevederile legale în vigoare, așa cum s-a menționat în motivare.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, dar împotriva ei se poate formula plângere, în termen de 10 zile de la comunicare, în temeiul art. 29 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

PREŞEDINTE, **MEMBRU,** **MEMBRU,**

. **.** **.**

.