



C.N.S.C.

CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

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. 14 alin. (2) și ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de 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. 1294/C3/1387

Data: 01.08.2019

Prin contestația nr. 11141/11.07.2019, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 26818/12.07.2019, înaintată de SA, cu sediul în,, sectorul 1, înregistrată în registrul comerțului sub nr., având CUI, reprezentată legal prin - director general, formulată împotriva rezultatului procedurii cuprins în raportul procedurii nr. 37220/04.07.2019, cu privire la loturile 67, 68, 99, 100, 531, 635, 636, 637, 638, emis de, cu sediul în,, județul, în calitate de autoritate contractantă în procedura licitație deschisă, organizată în vederea încheierii unui acord-cadru având ca obiect „Furnizare medicamente 2018-2020”, inițiată cu anunț de participare nr. CN1003731, publicat în SEAP la 05.09.2018, s-a solicitat Consiliului

**CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR,
asupra cauzei de față, constată următoarele:**

Prin contestația nr. 11141/11.07.2019, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 26818/12.07.2019, SA atacă rezultatul procedurii cuprins în raportul procedurii nr. 37220/04.07.2019, cu privire la loturile 67, 68, 99, 100, 531, 635, 636, 637, 638, emis de autoritatea contractantă, în procedura de atribuire mai sus arătată, considerând nelegală decizia acesteia din urmă de a-i declara inacceptabilă oferta (în temeiul dispozițiilor coroborate ale art. 137 alin. (2) lit. b) din HG nr. 395/2016 și ale art. 215 alin. (2) din Legea nr. 98/2016), având în vedere că a prezentat toate documentele și clarificările solicitate de comisia de evaluare la momentul corespunzător.

Cu toate acestea, nu s-a ținut cont de cele expuse, ignorându-se faptul că cerința din fișa de date prevede condiții alternative și nu cumulative.

Astfel, contestatoarea arată că, în fișa de date a achiziției, Capitolul III.1.1.a) *Situația personală a candidatului sau ofertantului*, este prevăzută expres posibilitatea prezentării de ofertanți câștigători a „cazierului judiciar al operatorului economic și al membrilor organului de administrare, de conducere sau de supraveghere al respectivului operator economic, sau a celor ce au putere de reprezentare, de decizie sau de control în cadrul acestuia, așa cum rezultă din certificatul constatator emis de ONRC/actul constitutiv”.

În acest sens, contestatoarea precizează că a depus cazierul judiciar al domnului, director general al companiei. Celelalte persoane (.....), ale căror caziere judiciare i-au fost solicitate, apar menționate în certificatul constatator cu funcția de administrator, în virtutea calității de membri ai consiliului de administrație ai companiei.

Or, în conformitate cu prevederile art. 143 alin. (1), art. 1431 alin. (1) și art. 1432 alin. (4) din Legea nr. 31/1990, prin actul constitutiv al SA, consiliul de administrație a delegat conducerea societății unui director general, responsabil cu luarea tuturor măsurilor aferente conducerii companiei și care reprezintă compania în raport cu terții (art. 38 alin. 2 și art. 39 alin. 1 și 3 din actul constitutiv al) modificat și actualizat.

Celelalte persoane, trecute în certificatul constatator, cu excepția directorului general, nu au putere de reprezentare, decizie sau de control al societății, aceștia fiind administratori neexecutivi.

Contestatoarea apreciază că, prin prezentarea cazierelor judiciare ale persoanelor cu putere de reprezentare, sunt vizate raporturile societății cu terții, și nicidecum relația dintre organele de conducere ale societății.

Așadar, apreciază contestatoarea, este suficientă prezentarea cazierului judiciar al directorului general, având în vedere că este singura persoană care are putere de control și reprezentare a companiei, lucru dovedit conform cerințelor din fișa de date a achiziției publice.

Prin adresa 39580/17.07.2019, înregistrată la CNSC sub nr. 28050/19.07.2019, autoritatea contractantă a transmis Consiliului punctul de vedere la contestație, prin care solicită respingerea acesteia.

Văzând criticile contestatoarei, autoritatea contractantă precizează că, prin fișa de date a achiziției, a solicitat ofertanților, conform secțiunii III.1.1.a) *Situația personală a candidatului sau ofertantului*:

Ofertanții, terții susținători și subcontractanții nu trebuie să se regăsească în situațiile prevăzute la art. 164, 165, 167 din Legea nr. 98/2016. Modalitatea prin care poate fi demonstrată îndeplinirea cerinței: se va completa DUAЕ de către operatorii economici participanți la procedura de atribuire cu informațiile aferente situației lor. Documentele justificative care probează îndeplinirea celor asumate prin completarea DUAЕ urmează a fi prezentate, la solicitarea autorității contractante [...]

- *cazierul judiciar al operatorului economic și al membrilor organului de administrare, de conducere sau de supraveghere al respectivului operator economic, sau a celor ce au putere de reprezentare, de decizie sau de control în cadrul acestuia, așa cum rezultă din certificatul constatator emis de ONRC/actul constitutiv.*

Autoritatea contractantă susține că cerința mai sus enunțată nu permite ofertantului să aleagă între a aduce, pe lângă propriul cazier judiciar, fie pe cele ale „membrilor organului de administrare, de control sau de supraveghere”, fie pe cele ale „celor ce au putere de reprezentare, de decizie sau de control”.

Prin urmare, considerând că sunt aplicabile dispozițiile coroborate ale art. 215 alin. (2) lit. b) din Legea nr. 98/2016 cu cele ale art. 137 alin. (1) și art. 134 alin. (5) teza a II-a din HG nr. 395/2016, autoritatea contractantă a declarat inacceptabilă oferta depusă de pentru loturile 67, 68, 99, 100, 531, 635, 636, 637, 638, deoarece nu îndeplinește unul dintre criteriile de calificare stabilite în documentația de atribuire.

Odată cu punctul de vedere la contestație, autoritatea contractantă a transmis copii ale documentelor din dosarul achiziției publice.

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

..... a inițiat o procedură de licitație deschisă, organizată în vederea încheierii unui acord-cadru având ca obiect „Furnizare medicamente 2018-2020”, prin publicarea, în SEAP, la 05.09.2018, a anunțului de participare nr. CN1003731 și a documentației de atribuire aferente.

Împotriva rezultatului procedurii cuprins în raportul procedurii nr. 37220/04.07.2019, cu privire la loturile 67, 68, 99, 100, 531, 635, 636, 637, 638, SA a formulat contestația de față, solicitând anularea parțială a lui și obligarea autorității contractante la plata cheltuielilor ocazionate de formularea prezentei contestații.

Pentru a îndeplini procedura stabilită la art. 61¹ alin. (1) din Legea nr. 101/2016, contestatoarea a depus recipisa de consemnare nr. 1156 în valoare de 67.661,00 lei, emisă de BCR SA, în data de 12.07.2019.

Văzând disputa părților, Consiliul constată că pornește de la modul de interpretare a cerinței privind obligația de prezentare a cazierului judiciar pentru alte persoane decât operatorul economic, întrucât acestea au funcții determinante/reprezentative în structura acestuia.

Consiliul are în vedere cerința din Fișa de date a achiziției, ce instituia obligația prezentării cazierului judiciar aparținând *membrilor organului de administrare, de conducere sau de supraveghere al respectivului operator economic, sau a celor ce au putere de reprezentare, de decizie sau de control în cadrul acestuia, așa cum rezultă din certificatul constatator emis de ONRC/actul constitutiv.*

Văzând modul de formulare a cerinței, Consiliul constată că textul utilizat de autoritatea contractantă, de interes în prezenta cauză, reproduce în mare cuprinsul alineatului 2 al art. 164 din Legea nr. 98/2016: (2) *Obligația de a exclude din procedura de atribuire un*

operator economic, în conformitate cu dispozițiile alin. (1), se aplică și în cazul în care persoana condamnată printr-o hotărâre definitivă este membru al organului de administrare, de conducere sau de supraveghere al respectivului operator economic sau are putere de reprezentare, de decizie sau de control în cadrul acestuia.

Textul din reglementarea națională, evocat, a rezultat din transpunerea textului alineatului 1 teza finală a art. 57 din DIRECTIVA 2014/24/UE A PARLAMENTULUI EUROPEAN ȘI A CONSILIULUI din 26 februarie 2014 privind achizițiile publice: [...]este membru al organismului de administrare, de conducere sau de control al respectivului operator economic sau are putere de reprezentare, de decizie sau de control în cadrul acestuia.

Din acestea, trebuie să fie înțeles că motivul de excludere pentru săvârșirea unei fapte penale, dintre cele enumerate în lege, și care ar fi relevantă în cazierul judiciar, s-ar impune în orice situație în care persoana/persoanele care au calitatea/funția/mandat nemijlocit de a administra/conduce/supraveghea/reprezenta/decide respectivul operator economic. Or, cele două enumerări din textul legislativ, ca și din textul fișei de date a achiziției, trebuie înțelese că reglementează diversitatea de organizări/situații de drept în care s-ar putea găsi ofertanți cu organizări diferite.

Este fără dubiu că o societate cu răspundere limitată sau o persoană fizică autorizată nu ar putea deține toate și aceleași funcții de administrare sau de reprezentare ori control cu o societate pe acțiuni sau cu o societate în comandită.

În același timp, funcție de organizarea internă a fiecărui tip de astfel de operatori economici, este posibil ca funcțiile de administrator/reprezentant/conducător să fie delegate unor funcții operative, care ar avea puterea de decizie sau de control, adică situația alternativă ce este regăsită în partea finală a textului ce a determinat disputa.

Prin urmare, nu este alegerea ofertantului să prezinte cazierul judiciar al unei persoane sau alteia, pentru a se sustrage de la verificarea motivului de excludere, precum nu este nici dreptul autorității contractante de a decide, discreționar, că toate persoanele care se regăsesc în toate funcțiile enumerate în text trebuie să prezinte cazierul judiciar. O interpretare de asemenea manieră ar putea lăsa fără efecte practice regula amintită într-o situație în care persoana căreia i-ar fi delegate toate sarcinile de administrare ar fi afectată de motivul de excludere, dar care nu ar fi cunoscut de către achizitor, întrucât respectivul operator economic ar fi transmis doar cazierul administratorilor (delegatarilor) nu și al decidentului în cauză, adică s-ar verifica doar formal respectarea cerinței.

De altfel, Consiliul constată că cerința autorității contractante a fost circumstanțiată practic, finalul ei fiind: *așa cum rezultă din certificatul constatator emis de ONRC/actul constitutiv.*

Astfel, corespondența de solicitare/prezentare a cazierului judiciar trebuia să se rezume la solicitarea și acceptarea, ca fiind suficient pentru

îndeplinirea cerinței din fișa de date a achiziției, a cazierului judiciar pentru Directorul general al contestatoarei.

Conform certificatului constatator ONRC și actului constitutiv al, membrii consiliului de administrație (pentru care autoritatea contractantă a solicitat caziere) nu îndeplinesc funcții de conducere operativă, de reprezentare în relațiile cu terții ori de control a activității curente, ci au doar competențe generale, interne, de organizare și de dezvoltare a societății.

De altfel, în corespondența din 22.05.2019, contestatoarea a lămurit situația specifică a organizării ei, făcând trimitere la prevederile HG nr. 892/1998 privind înființarea, care determină limitele de implicare efectivă a consiliului de administrație și a directorului general, cu posibilitatea de delegare a sarcinilor de reprezentare către acesta (așa cum rezultă din cele evocate de contestatoare).

Prin urmare, solicitarea repetată a cazierelor pentru persoanele care dețin funcția de membru în consiliul de administrație, precum și constatarea că ofertantul nu a răspuns acestora, nu reprezintă un motiv întemeiat de respingere a ofertei, ce nu este afectată de motivul de excludere evocat.

Considerând eronată decizia de excludere a ofertei contestatoarei, în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite contestația, va anula decizia de respingere a ofertelor SA, cu privire la loturile 67, 68, 99, 100, 531, 635, 636, 637, 638, consemnată în raportul procedurii nr. 37220/04.07.2019 și în orice alte subsecvente lui și va obliga autoritatea contractantă la reluarea procedurii, în 15 zile, pornind de la premisa îndeplinirii cerinței de prezentare a cazierului judiciar, de către acest ofertant.

Consiliul va respinge, ca nefondată, solicitarea contestatoarei de acordare a cheltuielilor ocazionate de acțiunea sa, nefiind prezentate dovezi ale avansării lor, conform prevederilor art. 26 alin. (9) din Lege: *Consiliul poate obliga, la cerere, partea în culpă, la plata cheltuielilor efectuate pentru soluționarea contestației. Quantumul, detalierea și documentele doveditoare ale cheltuielilor efectuate sunt prezentate în cerere, care trebuie depusă înainte de pronunțarea deciziei de soluționare a contestației.*

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

CONSILIUL DECIDE:

Admite contestația SA împotriva deciziei de respingere a ofertelor sale pentru loturile 67, 68, 99, 100, 531, 635, 636, 637, 638, consemnată în raportul procedurii nr. 37220/04.07.2019, emis de, în procedura inițiată cu anunțul de participare nr. CN1003731 din 05.09.2018.

Anulează decizia de respingere amintită, cuprinsă în raportul procedurii și toate actele subsecvente lui, și obligă autoritatea contractantă la reluarea procedurii, în 15 zile de la primirea deciziei, pornind de la premisa îndeplinirii cerinței de prezentare a cazierului judiciar, de către contestatoare.

Respinge, ca nefondată, solicitarea de acordare a cheltuielilor ocazionate de formularea contestației.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, dar împotriva ei se poate formula plângere, în termen de 10 zile lucrătoare de la comunicare, în conformitate cu dispozițiile art. 28 alin. (1) și art. 29 din Legea nr. 101/2016, cu modificările la zi.

PREȘEDINTE,

.....

MEMBRU,

.....

MEMBRU,

.....

.....