CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C.N.S.C.

Str. Stavropoleos nr. 6, sector 3, București, cod poștal 030084, România
Tel: +4 021.310.46.41 Fax: +4 021.890.07.45 și +4 021.310.46.42 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. ...
Data: ....

Prin contestația nr....., înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr...., depusă de ..., cu sediul în ...., în calitate de lider al Asocierii formată din ...- ..., împotriva adresei nr...., reprezentând comunicarea rezultatului procedurii și a răspunsului la notificarea prealabilă nr...., emise de ..., cu sediul în ...., în cadrul procedurii simplificată – într-o singură etapă, derulată on-line, organizată în vederea atribuirii contractului de achiziție publică de lucrări având ca obiect *„**...**”*, cod CPV: 45214100-1, s-au solicitat următoarele:

„- anularea adresei nr.... privind rezultatul procedurii, și a tuturor actelor subsecvente acesteia;

-obligarea autorităţii contractante la reanalizarea ofertei depuse pentru procedura de atribuire a contractului de achiziţie publică în cauză, ţinând cont de toate aspectele sesizate prin prezenta”.

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

Prin contestația înregistrată sub numărul de mai sus, ... critică adresa nr...., reprezentând comunicarea rezultatului procedurii și răspunsul la notificarea prealabilă nr. ..., emise de ..., în cadrul procedurii mai sus amintite, solicitând:

„- anularea adresei nr.... privind rezultatul procedurii, și a tuturor actelor subsecvente acesteia;

-obligarea autorităţii contractante la reanalizarea ofertei depuse pentru procedura de atribuire a contractului de achiziţie publică în cauză, ţinând cont de toate aspectele sesizate prin prezenta".

În motivarea contestației, ... precizează că a îndeplinit procedura notificării prealabile și aduce critici cu privire la decizia de respingere a ofertei sale, considerând-o ca fiind netemeinică și nelegală, întrucât:

- prin adresa nr....., cu termen limită de răspuns 04.05.2018, autoritatea contractantă i-a solicitat clarificări în sensul de prezentare a cazierului judiciar doar pentru Asociatul Unic ...al ..., fără a cere însă cazierul judiciar și pentru asociaţii celorlalţi membrii ai Asocierii ...- ...;

- potrivit art.197 din Legea nr.31/1990 - Legea societăţilor comerciale, *„(1) societatea este administrată de unul sau mai mulţi administratori, asociaţi sau neasociati, numiţi prin actul constitutiv sau de adunarea generală*";

În atare situaţie, după cum se arată, în baza actului constitutiv al ..., administrarea societăţii se face de către doamna ... pe o perioadă nelimitată, iar în conformitate cu cerinţa din fișa de date a achiziţiei s-a ataşat la documentaţia depusa certificatul de cazier judiciar al d-nei ..., administratorul societăţii fiind singurul care are: *„putere de reprezentare, de deciziei sau de control*" în cadrul acestei societăţi.

Față de cele de mai sus, susține contestatorul, trebuie avută în vedere cerința fișei de date a achiziției, constând în prezentarea, de către fiecare ofertant, 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*".

Contestatorul arată că particula disjunctivă „sau" din redactarea fișei are funcția de a separa cele două posibilități ale ofertanților, iar virgula situată în fața acesteia vine să întărească funcția separatoare a opțiunilor.

Menționează că autoritatea contractantă/redactorii fișei de date nu au exprimat înțelesul sintagmei *„celor ce au putere de reprezentare, de decizie sau de control în cadrul operatorului economic*", inspirată din textul art.164 din Legea nr.98/2016.

- având în vedere solicitarea din fișa de date a achiziției, asocierea ...- ... a furnizat autorităţii contractante certificatele de cazier judiciar pentru fiecare dintre societăţile care fac parte din această asociere, precum și pentru ....

Astfel, arată contestatorul, asocierea ...- ... s-a achitat de obligaţia de a prezenta achizitoarei cazierele judiciare al fiecărui operator economic din cadrul asocierii și ale „membrilor organului de administrare, de conducere sau de supraveghere".

- întrucât, cerinţa din fișa de date a achiziţiei a inclus disjuncţia „sau", care a permis asocierii ...- ... să aleagă între a aduce, pe lângă cazierul pentru fiecare operator economic din cadriul asocierii, fie pe cele ale *„membrilor organului de administrare, de conducere sau de supraveghere al respectivului operator economic",* fie pe cele ale *„celor*

ce au putere de reprezentare, de decizie sau de control în cadrul acestuia", contestatorul apreciază că nu era ținut să aducă și cazierele acestora din urmă;

Interpretarea este de ordin funcţional și tributară lui in dubio pro reo, susține contestatorul, în sensul că, dacă persoana optează să depună cazierele judiciare pentru personalul din prima categorie, cerinţa etalon se consideră îndeplinită și nu poate fi obligată să le depună și pentru personalul pentru cea de a doua; disjunctia „sau" nu ar diferi cu nimic de conjuncţia „și", preferată și înlocuită nepermis de către comisia de evaluare în etapa evaluării ofertelor;

Problema verificării admisibilităţii ofertei prin prisma altei cerinţe de calificare, desprinsa din reformularea celei iniţiale, apreciază contestatorul, trebuie tranşată în sensul că autoritatea contractantă nu își poate întemeia decizia de admitere sau respingere a ofertei pe eventuala lipsă a unor documente de calificare care nu au fost solicitate, pentru alte persoane sau față de care ofertantul avea un drept de opţiune ori pe neîndeplinirea unor cerinţe neprevăzute în documentaţie, afirmaţie valabilă și pentru ipoteza controlului jurisdicțional.

În opinia contestatorului, evaluarea fiecărei oferte trebuie să se raporteaze numai la cerinţele de calificare din documentaţia de atribuire, nu la altele (sau la aceleaşi, însă diminuate majorate ori ameliorate/agravate).

Având în vedere cele de mai sus, contestatorul apreciază că oferta Asocierii ...- ... îndeplineşte toate condiţiile impuse prin caietul de sarcini, atât din punct de vedere tehnic, cât și din punct de vedere financiar, situându-se sub valoarea estimată a contractului de achiziţie publică, comunicat ofertanţilor prin invitaţia de participare.

De asemenea, având în vedere adresa nr....., prin care autoritatea contractantă i-a solicitat clarificări și, în conformitate cu prevederile Legii nr.31/1990, autorul contestației învederează că asociatul unic al ... a luat, la data de ...

...

În atare situaţie, opinează contestatorul că, la momentul comunicării rezultatului procedurii prin adresa nr...., adresa care a fost încărcată pe ....

Concluzionează că hotărârea autorităţii contractante de excludere din procedura de atribuire a Asocierii ...- ... este nelegală, motiv pentru care solicită anularea adresei nr.... și revenirea asupra acestei decizii cu consecinţa continuării procedurii.

Ca temei de drept, se invocă dispozițiile art.8 din Legea nr.101/2016, precum și toate celelelte prevederi din cuprinsul contestației.

În probațiune, s-au depus, în copie, documente.

Prin punctul de vedere nr..... a solicitat respingerea contestației formulată de ... și menținerea, ca temeinică și legală, a deciziei nr.....

În motivare, prezentând un scurt istoric al procedurii, autoritatea contractantă menționează că, în cadrul acesteia, a depus ofertă doar asocierea ...- ..., cu lider desemnat ..., iar, în urma evaluării și analizei

documentelor justificative privind îndeplinirea criteriilor de calificare, conform procesului-verbal nr...., comisia de evaluare a constatat că asociatul unic .... persoana fizică ... are înscrise în cazieruk judiciar următoarele fapte penale:

.....

Invocând prevederile art.164 din Legea nr.98/2016, art.18[1] alin.1 din Legea nr.78/2000, cât și dispozițiile documentaţiei de atribuire - fișa de date, proiect tehnic parte scrisă - parte desenată, inclusiv caiet de sarcini, autoritatea contractantă opinează că asociatul unic al societăţii ..., ..., parte a asocierii participante la prezenta procedură, se încadrează în categoria persoanelor pentru care se solicită și trebuia să se prezinte cazier judiciar, fiind persoană cu atribuţii de decizie, de control, de supraveghere a activității persoanei juridice ..., astfel că, analiza conjuncţiei "sau" este de prisos.

Autoritatea contractantă arată că asociatul unic exercită, potrivit legii, toate drepturile și obligaţiile care revin Adunării generale a asociaţilor, respectiv deţine puterea absolută în cadrul societăţii sale, conform art.196[1] din Legea nr.31/1990 a societăţilor (R).

De asemenea, invocând prevederile art.15 și art.194 alin.1 din Legea nr.31/1990, ... afirmă că, potrivit certificatului constatator nr....., calitatea de asociat unic al societăţii ... o deţine dl. ...și având în vedere cerinţa fișei de date și a documentaţiei de atribuire, respectiv prezentarea cazierului judiciar al operatorului economic şi 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, aşa cum rezultă din certificatul constatator emis de ONRC/actul constitutiv, a solicitat, prin adresa nr. 24/25.04.2018, prezentarea cazierului judiciar pentru asociatul unic ..., termenul de răspuns fiind la data de .....

....

... subliniază că, documentele prezentate de contestator, în susţinerea contestaţiei, ce atestă cesiunea părților sociale deţinute de ...în cadrul societăţii ... către persoana fizica ..., sunt ulterioare deciziei comisiei de evaluare nr.... observându-se clar ....

Ca temei de drept, se invocă dispozițiile Legii nr.98/2016, ale H.G. nr.395/2016 și ale Legii nr.101/2016, precum și toate documentele invocate în punctul de vedere.

În probațiune, s-au depus, în copie, documente aflate la dosarul achiziției publice.

Față de înscrisurile aflate la dosarul cauzei, Consiliul reține următoarea situație de fapt:

..., în calitate de autoritate contractantă, a inițiat procedura simplificată – într-o singură etapă, derulată on-line, în vederea atribuirii contractului de achiziție publică de lucrări având ca obiect **„..."**, cod CPV: ...., prin publicarea, în SEAP, a anunțului de participare simplificat nr.....

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

A fost depusă o singură ofertă în cadrul procedurii, respectiv cea a contestatorului Asocierea formată din ...- ...

Prin procesul-verbal nr...., oferta depusă de Asocierea formată din ...- ... a fost respinsă, în temeiul art.164 alin.1 lit.c și alin.2 din Legea nr.98/2016, iar procedura de atribuire a fost anulată, în temeiul art.212 alin.1 lit.a din Legea nr.98/2016.

Împotriva deciziei de respingere a ofertei sale, după parcurgerea procedurii prealabile a notificării autorității contractante, Asocierea formată din ...- ... a depus contestația de față.

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

Oferta depusă de Asocierea formată din ...- ..., potrivit procesului-verbal nr....., a fost respinsă, în temeiul art.164 alin.1 lit.c și alin.2 din Legea nr.98/2016, deoarece *„asociatul unic al operatorului economic ..., dl.... are înscrise fapte în cazierul judiciar, potrivit unei hotărâri judecătorești definitive, privind săvârșirea unei fapte prevăzute de art.18[1] din Legea nr.78/2000, stabilindu-se totodată că, oferta Asocierii ...- ... nu îndeplinește una dintre criteriile de calificare ale documentației de atribuire respectiv, neîncadrarea în prevederile art.164 din Legea nr.98/2016 privind achizițiile publice situație în care, oferta Asocierii ...- ... va fi respinsă.”*

Având a se pronunța asupra legalității deciziei de respingere a ofertei contestatorului, Consiliul reține că, la cap.III.2.1.a) – *„Situația personală a candidatului sau ofertantului*” din fișa de date, se regăsește următoarea cerință cu relevanță în cauză, prin care s-a solicitat ofertanților:

„Cerința nr.1

Declarație privind neîncadrarea în prevederile art.164 din Legea nr.98/2016 privind achizițiile publice; Operatorul economic (lider, asociat, terț susținător, subcontractant) va prezenta formularul DUAE din documentația de atribuire. ***Încadrarea în situația prevăzută la art.164 din Legea nr.98/2016 privind achizițiile publice atrage excludrea ofertantului din procedura aplicată pentru atribuirea contractului de achiziție publică****. (...)*

Documentele justificative *care probează îndeplinirea celor asumate prin completarea DUAE urmează a fi prezentate, la solicitarea autorității contractante doar de către ofertantul de pe primul loc în clasamentul intermediar întocmit la finalizarea evaluării ofertelor. Aceste documente* ***pot fi****: (...)*

*-****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****; (...)”*

După cum rezultă din procesul-verbal nr...., oferta depusă de Asocierea formată din ...- ... a fost declarată admisibilă, astfel că, fiind singura ofertă depusă, prin adresa nr...., autoritatea contractantă a

solicitat asocierii, în temeiul art.132 din H.G. nr.395/2016, depunerea documentelor justificative prin care demonstrează îndeplinirea tuturor criteriilor de calificare, în conformitate cu informațiile cuprinse în DUAE.

Cu adresa nr....., asocierea în discuție a transmis documentele solicitate, printre care, privitor la asociatul ... se regăsesc:

....

De asemenea, urmarea adresei nr...., prin care autoritatea contractantă a solicitat cazierul judiciar al dl...., motivat de faptul că are calitatea de asociat unic al .... conform certificatului emis de ....

În cadrul adresei de răspuns, contestatorul a precizat, printre altele, că:

„-potrivit art.197 din Legea nr.31/1990 – Legea societăților comerciale, (1) societatea este administrată de unul sau mai mulți administratori, asociați sau neasociați, numiți prin actul constitutiv sau de adunarea generală.

-în baza actului constitutiv al ... administrarea societății se face de către doamna ... pe o prioadă nelimitată, iar în conformitate cu cerința din fișa de date a achiziției am atașat la documentația depusă certificatul de cazier judiciar al d-nei .... (...)"

....

Constatând cele înscrise în cazierul judiciar susmenționat, pentru dl...., autoritatea contractantă a reținut incidența dispozițiilor art.164 alin.1 lit.c și art.2 din Legea nr.98/2016, precum și nerespectarea criteriului de calificare impus prin fișa de date.

Problema care se impune a fi dezlegată cu proritate, în raport cu susținerile părților, este aceea dacă autoritatea contractantă trebuia să ia în considerare cazierul judiciar depus de dl...., ca fiind o persoană vizată prin criteriul de calificare impus, așa cum a procedat autoritatea contractantă, ori trebuia ca aceasta să nu ia în considerare respectivul cazier, așa cum susține contestatorul că trebuia procedat.

Analizând cerința susenunțată din fișa de date a achiziției, Consiliul constată că s-au solicitat caziere judiciare al operatorului economic **și** ale membrilor organului de administrare, de conducere sau de supraveghere, **sau** a celor ce au putere de reprezentare, de decizie sau de control, obligația ofertanților fiind, deci, aceea de a depune, pe lângă cazierul propriu, fie pe cele ale „*membrilor organului de administrare, de conducere sau de supraveghere al respectivului operator economic*", fie pe cele ale „*celor ce au putere de reprezentare, de decizie sau de control in cadrul acestuia*".

După cum rezultă din certificatul constatator al ..., acest operator economic este o societate comercială cu răspundere limitată, constituită în baza Legii nr.31/1990, având ca administrator pe d-na ... și ca asociat unic pe dl.....

Potrivit dispozițiilor art.191 și urm. din Legea nr.31/1990, în cazul societăților cu răspundere limitată cu asociat unic, acesta exercită atribuțiile adunării generale a asociaților societății, iar administrarea societății este încredințată unuia sau mai multor administratori.

De asemenea, potrivit art.197 alin.3 coroborat cu art.75 din Legea nr.31/1990, dreptul de a reprezenta societatea aparține fiecărui administrator.

Prin urmare, contestatorul era ținut să prezinte cazierul propriu, precum și pe cele ale *„celor ce au putere de reprezentare, de decizie sau de control în cadrul acestuia*", respectiv al d-nei ..., având calitatea de administrator și putere de reprezentare, dar și pe cel al d-lui ...având calitatea de asociat unic și putere de decizie în cadrul societății, demersul autorității contractante de a solicita prezentarea cazierului judiciar al acestei din urmă persoane apărând justificat.

Potrivit art.164 din Legea nr.98/2016,

*„(1**) **Autoritatea contractantă exclude din procedura de atribuire a contractului de achiziție publică/acord-cadru, orice operator economic** cu privire la care a stabilit, în urma analizei informațiilor și documentelor prezentate de acesta sau a luat la cunoștință în orice alt mod că a fost **condamnat prin hotărâre definitivă a unei instanțe judecătorești, pentru comiterea uneia dintre următoarele infracțiuni**: (...)*

*c) **infracțiuni împotriva intereselor financiare ale Uniunii Europene, prevăzute de art.18[1] – 18[5] din Legea nr.78/2000**, cu modificările și completările ulterioare, sau de dispozițiile corespunzătoare ale legislației penale a statului în care respectivul operator economic a fost condamnat; (...)*

(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 ale respectivului operator economic sau are putere de reprezentare, de decizie sau de control în cadrul acesteia."***

Față de aceste prevederi legale, Consiliul determină că autoritatea contractantă este obligată să constate incidența cazului de excludere din procedură ori de câte ori persoana condamnată printr-o hotărâre definitivă este operatorul economic sau o persoană care „*are putere de reprezentare, de decizie sau de control în cadrul acesteia*".

De altfel, necesitatea depunerii cazierului judiciar al dl....rezidă și din prevederea legală de la alin.2 mai sus redată, în raport cu care autoritatea contractantă are obligația de a face verificări.

Cum, în cadrul cazierului judiciar al dl...., persoană cu putere de decizie în cadrul societății, apar fapte de natura celor prevăzute la art.164 alin.1 lit.c din Legea nr.98/2018, persoana menționată fiind condamnată definitiv prin ..., se constată că în mod corect autoritatea contractantă a reținut incidența cazului de excludere susmenționat, a asocierii din cadrul procedurii.

Nu pot fi primite în soluționare susținerile contestatorului, de vreme ce acesta avea obligația de a prezenta cazierul judiciar pentru persoana în discuție, iar săvârșirea de către aceasta a infracțiunilor de natura celor

prevăzute la art.164 alin.1 lit.c din Lege nr.98/2016 atrage, indibitabil, sancțiunea excluderii din procedură.

Împrejurarea că dl....a cesionat părțile sale sociale către d-na ... nu prezintă, de asemenea, nicio relevanță, nefiind de natură a înlătura aplicarea cazului de excludere, deoarece această operațiune a intervenit ulterior adoptării, de către autoritatea contractantă, a deciziei de respingere, rezoluția directorului ....

Astfel fiind, decizia de respingere a ofertei contestatorului este una legală, urmând a fi menținută.

Pentru considerentele enunțate, în temeiul art.26 alin.6 din Legea nr.101/2106, Consiliul va respinge contestația, ca nefondată.

Decizia este obligatorie, potrivit art.28 alin.1 din Legea nr.101/2016.

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

CONSILIUL DECIDE:

Respinge, ca nefondată, contestația depusă de ..., în contradictoriu cu ....

Obligatorie.

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