



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) 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, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul adoptă următoarea:

DECIZIE

Nr.....

Data:.....

Prin contestația nr. ..., înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. ..., depusă de SA- SRL, prin liderul asocierii, ..., societate, cu sediul social în, înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului de pe lângă Tribunalul sub nr., CUI, reprezentată legal de ..., în calitate de director general, reprezentat convențional prin societatea, cu sediul social în, str. .. de ordine în Registrul Comerțului ..., Autorizație de funcționare nr. ..., număr de înmatriculare în, reprezentată legal de ..., în calitate de director general, în baza împuternicirii din data de 25.09.2020, prin, cu sediul profesional în, str. nr., sectorul, sediu ales pentru comunicarea actelor de procedură, privind procedura de licitație deschisă pentru încheierea acordului-cadru având ca obiect „SERVICII DE ASIGURARE RCA și CASCO, ...", cod CPV 66516100-1, organizată de ..., prin, cu sediul în, str. ..., județul, în calitate de autoritate contractantă, s-a solicitat:

- anularea deciziei de respingere, ca inacceptabilă, a ofertei asocierii, transmisă prin comunicarea rezultatului procedurii nr. 15673/23.12.2020, anularea raportului procedurii nr. 15671/23.12.2020 și a oricăror acte subsecvente acestuia;
- obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertei asocierii, în sensul stabilirii ca fiind admisibilă a acesteia;
- continuarea procedurii de atribuire, cu respectarea dispozițiilor documentației de atribuire și a legislației aplicabile privind achizițiile publice.

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

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestația de față, prin care S.A. -, prin liderul asocierii, ... critică rezultatul procedurii, comunicat prin adresa nr. 15673/23.12.2020, conform căruia oferta acesteia a fost declarată inacceptabilă, în baza art. 134 alin. (5) și art. 137 alin. (2) lit. b) din HG nr. 395/2016, cu modificările și completările ulterioare, deoarece răspunsul la solicitarea autorității contractante de documente justificative actualizate DUAE este incomplet și informațiile preliminare din DUAE nu sunt demonstrate, în condițiile în care, prin adresa nr. 14735/04.12.2020 i-autoritatea contractantă îi comunică că oferta asocierii a fost declarată admisibilă și a fost clasată pe locul 1 în clasament, după aplicarea criteriului de atribuire, solicitându-i să depună documentele justificative care probează îndeplinirea criteriilor de calificare și selecție, în conformitate cu informațiile cuprinse în DUAE, cu termen limită de răspuns la 11.12.2020.

La această solicitare, ofertanta susține că a răspuns, în termenul indicat, prin adresa nr. 20.612/11.12.2020, menționând următoarele:

1. S-a remis și s-a postat documentele justificative actualizate prin care se demonstrează îndeplinirea criteriilor de calificare și selecție, în conformitate cu informațiile cuprinse în DUAE pentru toți operatorii economici membri ai asocierii.

2. Pentru certificatul de atestare fiscală nr. 2627206/04.11.2020, eliberat de către ..., emis pentru operatorul economic ... (membru al asocierii), a cărei valabilitate expira în data de 04.12.2020 (termenul de valabilitate fiind de 30 de zile de la data emiterii, conform Ordinului președintelui ... nr. 3.654/2015 privind aprobarea procedurii de eliberare a certificatului de atestare fiscală, a certificatului de obligații bugetare, precum și a modelului și conținutului acestora, așa cum a fost modificat și completat prin Ordinul nr. 3008/2019), având în vedere că documentele justificative trebuie să fie valide la data prezentării către autoritatea contractantă, s-a făcut precizarea expresă că a fost solicitat, conform print screen-ului inserat în adresa de răspuns, o solicitare de actualizare a acestuia către instituția respectivă.

3. Având în vedere faptul că, potrivit prevederilor HG nr. 395/2016, autoritatea contractantă stabilește durata acordată ofertanților pentru a transmite răspunsurile la solicitările de clarificări, în funcție de volumul și complexitatea clarificărilor și completărilor formale sau de confirmare necesare pentru evaluarea fiecărei oferte, s-a solicitat acesteia (în considerarea împrejurării că organismul împuternicit printr-un act normativ să stabilească un termen poate să dispună și modificarea acestuia) să dispună prelungirea

corespunzătoare a termenului de răspuns la clarificările și completările solicitate, pentru a permite obținerea documentului actualizat, solicitat de din partea ...

Certificatul de atestare fiscală nr. 2750637/15.12.2020, obținut de ..., ca urmare a cererii nr. 2750637/10.12.2020, atestă că contribuabilul NU figurează cu niciun fel de obligații fiscale și obligații bugetare.

Procedând astfel, autoritatea contractantă a emis o decizie nelegală și disproporționată, cu încălcarea prevederilor art. 165 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, care prevede: *„(1) Autoritatea contractantă exclude din procedura de atribuire orice operator economic despre care:*

a) fie are cunoștință că și-a încălcat obligațiile privind plata impozitelor, taxelor sau a contribuțiilor la bugetul general consolidat, iar acest lucru a fost stabilit printr-o hotărâre judecătorească sau decizie administrativă având caracter definitiv și obligatoriu în conformitate cu legea statului în care respectivul operator economic este înființat sau cu cele ale statului membru al autorității contractante;

b) fie poate demonstra prin orice mijloace adecvate că respectivul operator economic și-a încălcat obligațiile privind plata impozitelor, taxelor sau a contribuțiilor la bugetul general consolidat”.

Contestatorul supune atenției faptul că apare ca excesiv și nefondat motivul invocat de autoritatea contractantă, în sensul că: *„Asocierea a solicitate prelungirea termenului de răspuns pentru postarea Certificatului de atestare fiscală pentru operatorul economic asociat S.C. ... S.A. (asociat), fără însă a specifica clar o dată, ci doar o adresă ce conține un print-screen cu cererea solicitării de actualizare a Certificatului de atestare fiscală. Conform acestui print-screen, data solicitării este 10.12.2020. Cum autoritatea a solicitat documentele în data de 04.12.2020 (NB! Chiar data la care expira valabilitatea certificatului de atestare fiscală depus de Asociere pentru S.A., așa cum menționam mai sus), cu termen de postare 11.12.2020, faptul că cererea de solicitare a certificatului de atestare fiscală a fost făcută în data de 0.12.2020 (la 6 zile de la solicitarea autorității contractante), arată că ofertantul nu a depus toate diligentele pentru obținerea acestuia în timp util. Cu atât mai mult, cererea de prelungire a termenului de răspuns nu specifică în mod concret care este acest termen, ceea ce demonstrează lipsa de implicare a ofertantului”.*

De asemenea, nu este corectă reținerea autorității contractante, deoarece, în adresa nr. 20.612/11.12.2020, s-a precizat că se solicită prelungirea corespunzătoare a termenului de răspuns raportat la momentul furnizării certificatului, astfel încât să se permită obținerea documentul actualizat solicitat din partea termenul de eliberare fiind expres menționat în print screen-ul cu datele de înregistrare a solicitării de eliberare a certificatului fiscal (date pe care autoritatea

contractantă le-a reținut și le-a redat în conținutul comunicării respingerii ofertei asocierii) .

Astfel, din coroborarea informațiilor cuprinse în certificatul de atestare fiscală nr. 2627206/04.11.2020, eliberat de către ...- depus în procedură, cu împrejurarea că ... nu figura pe niciun fel de liste oficiale de debitori (cu atât mai mult cu cât asocierea a indicat că a fost deja solicitată emiterea unui alt certificat de atestare fiscală actualizat, care să confirme menținerea aceleiași situații cu privire la inexistența obligațiilor privind plata impozitelor, taxelor sau a contribuțiilor la bugetul general consolidat - așa cum se atestă prin certificatul precedent, a cărui valabilitate tocmai expirase), în condițiile art. 202 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, care prevede: *„(2) în ceea ce privește plata impozitelor, taxelor și a contribuțiilor la bugetul general consolidat, se poate solicita un certificat suplimentar de la orice operator economic înscris pe o listă oficială sau care deține un certificat, atunci când se atribuie un contract de achiziție publică/acord-cadru”,* și a prevederilor art. 165 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, rezultă că:

- autoritatea contractantă și-a încălcat obligația legală de a analiza documentele prezentate de subscrisa prin prisma "mijloacelor adecvate" prin care s-a demonstrat că NU s-au încălcat obligațiile privind plata impozitelor, taxelor sau a contribuțiilor la bugetul general consolidat;

- măsura excluderii din procedură, prin declararea inacceptabilă a ofertei asocierii, constituie o măsură care încalcă principiul proporționalității, prevăzut la art. 2 alin. (2) lit. e) din Legea nr. 98/2016.

În legătură cu împrejurarea reținută de autoritatea contractantă, că asocierea ar fi transmis: *„doar unele din cazierele judiciare ale persoanelor împuternicite, astfel cum sunt înscrise în certificatele constatatoare emis de O.N.R.C.”*, contestatorul arată că, potrivit secțiunii III.1.1.a) în cadrul fișei de date a achiziției, care a stabilit îndeplinirea următoarelor cerințe: *„Situația personală a candidatului sau ofertantului Informații și formalități necesare pentru evaluarea respectării cerințelor menționate: Cerința nr. 1. Operatorii economici participanți la procedură - ofertant, ofertant asociat, subcontractant, terț susținător - nu trebuie să se regăsească în situațiile prevăzute la art. 164, art. 165 și art. 167 din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice.*

Modalitatea de îndeplinire: *„Completare DUAЕ” de către operatorii economici participanți la procedura de atribuire (ofertant, ofertant asociat, subcontractant, terț susținător), cu informațiile aferente situației lor, urmând ca la finalizarea evaluării ofertelor autoritatea contractantă să solicite ofertantului clasat pe primul loc (ofertant, ofertant asociat, subcontractant, terț susținător), următoarele documente justificative: (...) d) Cazierul judiciar, valabil la data de depunere, 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”, rezultă că operatorii economici aveau obligația de a depune următoarele înscrisuri: cazierul judiciar al operatorului economic și cazierul judiciar 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”.

De unde rezultă, fără putință de tăgadă, faptul că prin folosirea conjuncției disjunctive "sau", autoritatea contractantă a impus îndeplinirea unor cerințe alternative și nu cumulative, lăsând la alegerea fiecărui operator economic care din caziere le va depune pe lângă cazierul judiciar: cazierul judiciar al membrilor organului de administrare, cazierul judiciar al membrilor organului de conducere, cazierul judiciar al membrilor organului de supraveghere al respectivului operator economic sau cazierul judiciar ale persoanelor ce au putere de reprezentare, de decizie sau de control în cadrul acestuia „așa cum rezultă din certificatul constatator emis de ONRC/actul constitutiv”.

Față de aceste mențiuni, la data de 11.12.2020, asocierea contestatoare a transmis documentele justificative cu privire la criteriile de calificare și selecție conform DUAЕ, printre acestea și certificatul de cazier judiciar al operatorilor economici membri ai asocierii precum și certificatele de cazier judiciar ale următoarelor persoane cu putere de reprezentare în cadrul operatorilor economici asociați, așa cum rezultă din certificatele constatatoare emise de ONRC și în conformitate cu prevederile actelor constitutive, iar, în urma verificării, comisia de evaluare reține, în comunicarea rezultatului procedurii nr. 15673/23.12.2020, că nu a regăsit caziere judiciare pentru următoarele persoane împuternicite:

A. Pentru - (lider asociere): ... (administrator), d-nul ... (administrator), d-nul ... (administrator), d-na ... (director) (în realitate are funcția de director general adjunct, așa cum rezultă expres din certificatul constatator mai sus menționat), d-nul (director) (în realitate are funcția de director general adjunct, așa cum rezultă din certificatul constatator mai sus menționat).

Asocierea a transmis/postat certificatul de cazier judiciar al directorului general al SC- d-nul ..., în conformitate cu dispozițiile actului constitutiv actualizat al acestui operator economic și cu cerința prevăzută la secțiunea III.1.1.a) cerința nr. 1 lit. d) din fișa de date a achiziției - ca fiind persoană "ce are putere de reprezentare" în cadrul societății, conform prevederilor actului constitutiv al societății din data de 08.07.2020, înregistrat la ..., și din certificatul constatator emis de ... nr.

Prin actul constitutiv al societății din data de 08.07.2020, la art. 18.4, se menționează că este delegată conducerea societății către conducerea executivă *„în conformitate cu prevederile legii”*, iar conform prevederilor art. 20.5, membrii conducerii executive reprezintă legal societatea, *„Actele semnate de conducătorul executiv sunt opozabile societății și angajează societatea față de terți”*. În acest sens, art. 20.1 coroborat cu art. 20.7 din actul constitutiv îl desemnează cu putere de reprezentare în raporturile cu terții pe directorul general (d-nul - pentru care a fost depus certificatul de cazier judiciar), cei doi directori generali adjuncți fiind înlocuitorii de drept ai directorului general.

Astfel, ... este o societate pe acțiuni administrată în sistem unitar, potrivit art. 143 alin. (4) din Legea societăților nr. 31/1990: *„în cazul în care consiliul de administrație delegă directorilor atribuțiile de conducere a societății în conformitate cu art. 143, puterea de a reprezenta societatea aparține directorului general”*, fiindu-i aplicabile următoarele dispoziții din Legea nr. 31/1990, republicată, cu modificările și completările ulterioare:

- art. 138¹:

„(1) În cazul în care într-o societate pe acțiuni are loc delegarea atribuțiilor de conducere către directori, conform art. 143, majoritatea membrilor consiliului de administrație va fi formată din administratori neexecutivi.

(2) În înțelesul prezentei legi, membri neexecutivi ai consiliului de administrație sunt cei care nu au fost numiți directori, în conformitate cu art. 143”;

- art. 143:

„(1) Consiliul de administrație poate delega conducerea societății unuia sau mai multor directori, numind pe unul dintre ei director general.

(2) Directorii pot fi numiți dintre administratori sau din afara consiliului de administrație. [...]

(4) în cazul societăților pe acțiuni ale căror situații financiare anuale fac obiectul unei obligații legale de auditare financiară, delegarea conducerii societății în conformitate cu alin. (1) este obligatorie”;

- art. 143²:

„(1) Consiliul de administrație reprezintă societatea în raport cu terții și în justiție. În lipsa unei stipulații contrare în actul constitutiv, consiliul de administrație reprezintă societatea prin președintele său.

(2) Prin actul constitutiv, președintele și unul sau mai mulți administratori pot fi împuterniciți să reprezinte societatea, acționând împreună sau separat. O astfel de clauză este opozabilă terților.

(3) Prin acordul lor unanim, administratorii care reprezintă societatea doar acționând împreună pot împuternici pe unul dintre ei să încheie anumite operațiuni sau tipuri de operațiuni.

(4) În cazul în care consiliul de administrație delegă directorilor atribuțiile de conducere a societății în conformitate cu art. 143, puterea de a reprezenta societatea aparține directorului general. Dispozițiile alin. (2) - (4) se aplică directorilor în mod corespunzător. Consiliul de administrație păstrează însă atribuția de reprezentare a societății în raporturile cu directorii”.

Prin urmare, în cazul (liderul asocierii), certificatul de cazier judiciar a fost depus pentru persoana care are puterea de a reprezenta societatea, anume directorul general, Dl.

B. Pentru (asociat): d-nul (membru în consiliu de supraveghere), d-nul (membru în consiliul de supraveghere), d-na (membru în consiliul de supraveghere).

Din certificatul constatator emis de ... pentru, reiese că persoanele împuternicite sunt: d-nul ... (membru în directorat), d-na ... (membru în directorat), d-nul ... (membru în directorat), în timp ce d-nul, d-nul și d-na sunt membri în consiliul de supraveghere.

..... este o societate pe acțiuni administrată în sistem dualist, fiindu-i aplicabile dispozițiile art. 153 din Legea societăților nr. 31/1990 republicată, cu modificările și completările ulterioare, care prevede:

„(1) Directoratul reprezintă societatea în raport cu terții și în justiție.

(2) În lipsa unei stipulații contrare în actul constitutiv, membrii directoratului reprezintă societatea doar acționând împreună.

(3) În situația în care membrii directoratului reprezintă societatea doar acționând împreună, prin acordul lor unanim, aceștia îl pot împuternici pe unul dintre ei să încheie anumite operațiuni sau tipuri de operațiuni.

(4) Consiliul de supraveghere reprezintă societatea în raporturile cu directoratul.

(5) Directoratul înregistrează la registrul comerțului numele membrilor săi, menționând dacă ei acționează împreună sau separat. Aceștia vor depune la registrul comerțului specimene de semnătură”.

Pe cale de consecință, pentru asociatul au fost prezentate certificatele de cazier judiciar ale tuturor directorilor - membri ai directoratului societății, în calitate de persoane care au puterea de reprezentare și decizie în cadrul societății (și nu pentru membri ai consiliului de supraveghere), în considerarea dispozițiilor art. 11.1. din actul constitutiv al societății din data de 29.06.2020, depus și înregistrat la Registrul Comerțului, care prevede: „*Membrii Directoratului au sarcina să asigure conducerea activității curente a Societății, având autoritatea și puterea de a angaja legal Societatea și a o reprezenta în raport cu terții*”;

Din certificatul constatator emis de ... pentru (asociat), reiese că persoana împuternicită este d-nul (administrator) - cerință îndeplinită prin depunerea certificatului de cazier judiciar.

În plus față de cele expuse, contestatorul atrage atenția asupra modului excesiv și disproporționat în care autoritatea contractantă nu a înțeles să uzeze de dreptul său reglementat de art. 196 alin. (3) coroborat cu alin. (2) din Legea nr. 98/2016: *„(2) Înainte de atribuirea contractului de achiziție publică/acordului-cadru, cu excepția situației contractelor subsecvente atribuite în executarea unui acord-cadru, autoritatea contractantă solicită ofertantului clasat pe primul loc după aplicarea criteriului de atribuire să prezinte documente justificative actualizate prin care să demonstreze îndeplinirea tuturor criteriilor de calificare și selecție, în conformitate cu informațiile cuprinse în DUAE, cu excepția procedurilor desfășurate în mai multe etape când documentele justificative sunt solicitate înainte de transmiterea invitațiilor pentru etapa a doua către candidații selectați. [...] (3) Autoritatea contractantă poate invita candidații/ofertanții să completeze sau să clarifice documentele prevăzute la alin. (1) sau (2)”*.

Totodată, contestatorul subliniază interpretarea autorității contractante, cu privire la propria cerință de calificare, prevăzută în Secțiunea III.1.1.a) Cerința nr. 1 lit. d) din fișa de date a achiziției, care, pe lângă faptul că este una abuzivă, este și contrară celor impuse a fi îndeplinite de operatorii economici ofertanți. În această etapă a procedurii de verificare a documentelor justificative prin care se demonstrează îndeplinirea tuturor criteriilor de calificare, autoritatea contractantă nu poate modifica cerințele documentației de atribuire, care au devenit obligatorii, atât pentru ofertanți, cât și pentru comisia de evaluare.

Concluzionând, contestatorul reține că, prin formalismul excesiv de care a dat dovadă în evaluarea ofertei sale din prezenta cauză, autoritatea contractantă a respins în mod eronat, ca inacceptabilă, oferta acesteia.

Prin adresa nr. ..., înregistrată la Consiliu cu nr. ..., ... SA- a depus originalul recipisei de consemnare a cauțiunii nr. ..., din data de 05.01.2021, emisă de ..., în valoare de lei.

Prin adresa nr. ..., înregistrată la CNSC cu nr. ..., ..., prin, transmite punct de vedere privind contestația depusă de S.A. -, prin liderul asocierii, ..., solicitând respingerea contestației, ca nefondată, și menținerea actelor atacate, ca temeinice și legale, pentru următoarele motive:

Autoritatea contractantă precizează că a procedat la suspendarea procedurii până la soluționarea prezentei cauze de către Consiliu.

Ca și chestiune prealabilă, autoritatea contractantă apreciază ca fiind inadmisibil capătul 2 de cerere din contestației, în modalitatea formulată, care excedă prevederilor art. 26 din Legea nr. 101/2016. Cel mult, Consiliul va putea eventual să oblige autoritatea contractantă la reevaluarea ofertei, dar nu o va putea obliga să

stabilească ca admisibilă o anume ofertă, acest din urma aspect fiind atributul autorității contractante, prin comisia de evaluare.

Cu privire la fondul contestației, autoritatea contractantă precizează următoarele:

- în urma parcurgerii documentelor de calificare, a propunerilor tehnice și financiare, oferta asocierii(lider) - - SC a fost declarată admisibilă, iar în urma aplicării criteriului de atribuire, cel mai bun raport calitate-preț, oferta acesteia a ocupat locul I în clasament.

În conformitate cu prevederile art. 196 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 prin adresa nr. 14735/04.12.2020, autoritatea contractantă a solicitat depunerea documentelor în vederea confirmării celor menționate în DUAЕ, cu termen limită de răspuns 11.12.2020;

- astfel, conform cerinței din fișa de date III.1.1.a) *„Cerința nr. 1. Operatorii economici participanți la procedura - ofertant, ofertant asociat, subcontractant, terț susținător - nu trebuie să se regăsească în situațiile prevăzute la art. 164, art. 165 și art. 167 din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice.*

Modalitatea de îndeplinire: „Completare DUAЕ” de către operatorii economici participanți la procedura de atribuire (ofertant, ofertant asociat, subcontractant, terț susținător), cu informațiile aferente situației lor, urmând ca la finalizarea evaluării ofertelor autoritatea contractantă să solicite ofertantului clasat pe primul loc (ofertant, ofertant asociat, subcontractant, terț susținător), următoarele documente justificative: (...) a) Certificat fiscal emis de ANAF care să ateste lipsa datoriilor restante la momentul depunerii”, asocierea contestatoare a știut de la bun început modul de îndeplinire a acesteia, respectiv prezentarea certificatelor fiscale emise de ANAF la solicitarea autorității contractante, certificate care trebuie să fie valabile la momentul depunerii.

Prin urmare, contestatorul nu poate invoca faptul că a fost în imposibilitatea de a cunoaște ce anume documente trebuia să transmită, întrucât în fișa de date a achiziției publice se menționează tot parcursul pe care îl va urma la această procedură. La momentul solicitării documentelor suport DUAЕ, asocierea știa că certificatul fiscal emis de ANAF pentru (asociat) este expirat, acesta trebuind reînnoit;

- termenul acordat pentru depunerea certificatelor fiscale, de 5 zile lucrătoare, ar fi fost suficient atât timp cât asocierea ar fi depus toate diligențele pentru obținerea acestuia în timp util.

Cum autoritatea contractantă a solicitat documentele justificative în data de 04.12.2020, cu termen de postare a răspunsului 11.12.2020, faptul că cererea de solicitare a certificatului de atestare fiscală a fost făcută în data de 10.12.2020 (la 6 zile de la solicitarea autorității contractante SAU cu 1 zi înainte de expirarea termenului de răspuns) arată lipsa de diligență din partea

contestatorului și în esență lipsa de interes pentru participarea la procedură;

- solicitarea de prelungire a termenului de răspuns pentru postarea certificatului de atestare fiscală pentru (asociat), fără însă a specifica clar o dată, ci doar o adresă ce conține un print-screen cu cererea solicitării de actualizare a certificatului de atestare fiscală, nu a putut fi apreciată ca întemeiată de către comisia de evaluare.

Simpla solicitare a contestatarului *„solicităm prelungirea corespunzătoare a termenului de răspuns raportat la momentul furnizării certificatului astfel încât...”*, este neconcludentă fără specificarea unui termen clar;

- în opinia contestatorului, autoritatea contractantă ar fi trebuit să solicite la nesfârșit clarificări la informațiile pe care operatorul economic nu le depune din motive necunoscute autorității, tergiversându-se o procedură publică, în condițiile în care aceasta avea nevoie de realizarea legală și cu celeritate a achiziției în cauză.

Riscul întocmirii răspunsului la solicitarea documentelor justificative, cade în sarcina operatorului economic, el neputând să își invoce propria culpă ca motiv al nedepunerii în cadrul răspunsului, a documentelor solicitate de către autoritatea contractantă, în condițiile în care autoritatea contractantă a menționat în mod expres, în cadrul documentației de atribuire care sunt criteriile de calificare și selecție;

- neprezentarea certificatului fiscal emis de ANAF pentru este o consecință a depunerii întârziată a cererii de solicitare a acestuia (cu o zi înainte de expirarea termenului), în condițiile în care avea cunoștință ca acesta este un document necesar în vederea demonstrării criteriilor de calificare și selecție care trebuie să fie valabil la momentul prezentării.

După cum rezultă și din comunicarea transmisă, respingerea ofertei nu s-a făcut pe lipsa certificatului de atestare fiscală, autoritatea contractantă nedând curs solicitării de prelungire a termenului din cauza lipsei cazierelor judiciare;

- modalitatea de îndeplinire a cerinței referitoare la cazierul judiciar, cerința cap. III.1.1.a) din fișa de date, corespunde *ad literam* cu exprimarea din formatul recomandat de ANAP (site-ul anap.gov.ro/web/modele-fda/ în conținutul FIȘEI DE DATE achiziții publice - versiunea decembrie 2016 (actualizată cu erata din 18 mai 2017));

- totodată, speța 370 de pe site-ul <https://achizitiipublice.gov.ro/questions/view/86/370/true>) publicată la data 15.12.2017, clarifică modalitatea de verificare de către comisia de evaluare a încadrării în prevederile art. 164 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, astfel:

„Potrivit prevederilor art. 164 alin. (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”.

Pentru aplicarea în practică a acestui articol în procesul de analiza a documentelor suport solicitate conform legislației în domeniul achizițiilor publice, se va avea în vedere forma juridică de organizare și de modul de administrare a operatorului economic participant la procedura de atribuire (în calitate de ofertant, ofertant asociat, candidat, terț susținător sau subcontractant). Astfel, reglementările cadru din domeniul funcționării societăților comerciale sunt cuprinse în Legea societăților comerciale nr. 31/1990, act normativ care conține prevederi privind conducerea, administrarea, funcționarea și controlul gestiunii societății de către organele statutare. Legea societăților comerciale nr. 31/1990 conține reguli diferite privind conducerea și administrarea societății în funcție de forma juridică a acesteia.

.....
Societatea pe acțiuni este administrată de unul sau mai mulți administratori, numărul acestora fiind totdeauna impar. Când sunt mai mulți administratori, ei constituie un consiliu de administrație. Societățile pe acțiuni ale căror situații financiare anuale fac obiectul unei obligații legale de auditare sunt administrate de cel puțin trei administratori (art. 137). Potrivit dispozițiilor art. 143 din Legea nr. 31/1990, consiliul de administrație poate delega conducerea societății unuia sau mai multor directori, numind pe unul dintre ei director general. Tot cu privire la societatea pe acțiuni, dispozițiile art. 153 din Legea nr. 31/1990 prevăd că prin actul constitutiv se poate stipula că societatea pe acțiuni este administrată de un directorat și de un consiliu de supraveghere.

.....
Față de cele mai sus, în conformitate cu prevederile legislației naționale referitoare la societățile comerciale, comisia de evaluare va solicita cazierul judiciar persoanelor care, potrivit Certificatului constatator emis de Oficiul Național Registrul Comerțului, figurează la nivelul formularului drept persoane fizice și/sau juridice împuternicite, având în vedere ca acest document reflecta informațiile din actul constitutiv de înființare a operatorului economic în cauză. Astfel, rezultă că în cazul asociațiilor/acționarilor, comisia de evaluare va solicita cazierul judiciar al acestora numai în situația în care figurează printre persoanele fizice și/sau juridice împuternicite. În cazul operatorilor economici nerezidenți, comisia de evaluare va proceda în mod similar cu cele de mai sus, pe baza datelor înscrise în documentele suport depuse de aceștia (extras act constitutiv, etc.)”;

- astfel comisia de evaluare a procedat conform recomandărilor speței 370, verificând neîncadrarea în prevederile art. 164 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, în concordanță cu aceasta.

Mai mult situația descrisă de speța 674 (site-ul: <https://achizitiipublice.gov.ro/questions/view/86/674/true>), întărește faptul că pentru neîncadrarea în prevederile art. 164, alin. (2) din Legea nr. 98/2016 sunt necesare: „...prezentarea de caziere judiciare pentru toate persoanele împuternicite înscrise în certificatul ONRC al respectivului operator economic în calitate de membri ai organului de administrare, de conducere sau de supraveghere, sau în calitate de persoane cu putere de reprezentare, de decizie sau de control, în vederea confirmării celor menționate în DUAE”;

- din certificatul constatator nr. ..., emis de ..pentru (lider asociere), reiese că persoanele împuternicite sunt: d-na ... (calitate: administrator, funcție: președinte consiliu de administrație), d-nul ... (calitate: administrator, funcție: membru în cons. de administrație), d-nul ... (calitate: administrator, funcție: membru în consiliul de administrație), d-nul (calitate: director, funcție: director general), d-na (calitate: director, funcție: director general adjunct), d-nul ... (calitate: director, funcție: director general adjunct).

- din certificatul constatator nr. ..., emis de ONRC pentru (asociat), reiese că persoanele împuternicite sunt: d-nul (calitate: membru în directorat, funcție: președinte al directoratului), d-na ... (calitate: membru în directorat, funcție: vicepreședinte al directoratului), d-nul ... (calitate: membru în directorat), d-nul (calitate: membru în consiliul de supraveghere, funcție: președinte consiliu de supraveghere), d-nul (calitate: membru în consiliul de supraveghere, funcție: vicepreședinte), d-na (calitate: membru în consiliul de supraveghere);

- din certificatul constatator nr. ..., emis de ... pentru (asociat), reiese că persoana împuternicită este d-nul (calitate: administrator, funcție nespecificată);

- în urma verificării, comisia de evaluare nu a regăsit caziere judiciare pentru următoarele persoane împuternicite:

- pentru (lider asociere): d-na ... (calitate: administrator, funcție: președinte consiliu de administrație), d-nul (calitate: administrator, funcție: membru în cons. de administrație), d-nul ... (calitate: administrator, funcție: membru în cons. de administrație), d-na ... (calitate: director, funcție: director general adjunct), d-nul ... (calitate: director, funcție: director general adjunct),

- pentru (asociat): d-nul (calitate: membru în consiliul de supraveghere, funcție: președinte consiliu de supraveghere), d-nul (calitate: membru în consiliul de supraveghere, funcție: vicepreședinte), d-na (calitate: membru în consiliul de supraveghere).

Ori, prin nepostarea tuturor cazierelor judiciare ale persoanelor care apar ca împuternicite în certificatele ..., asocierea nu a dovedit îndeplinirea în totalitate a cerinței din fișa de date, cap. III.1.1.a).

În lipsa cazierelor judiciare pentru toate persoanele împuternicite, comisia de evaluare nu poate verifica neîncadrarea în

situațiile prevăzute la art. 164 din Legea nr. 98/2016, respectiv îndeplinirea criteriilor de calificare și selecție. În această situație, oferta asocierii ... - este considerată inacceptabilă, conform art. 137, alin. (2) lit. b) din HG nr. 395/2016.

Ținând cont de prevederile art. 196 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, potrivit căroră: *„Înainte de atribuirea contractului de achiziție publică/acordului-cadru, cu excepția situației contractelor subsecvente atribuite în executarea unui acord-cadru, autoritatea contractantă solicită ofertantului clasat pe primul loc după aplicarea criteriului de atribuire să prezinte documente justificative actualizate prin care să demonstreze îndeplinirea tuturor criteriilor de calificare și selecție, în conformitate cu informațiile cuprinse în DUAE...”*, autoritatea contractantă a transmis contestatorului adresa nr. 14735, postată în SEAP în data 04.12.2020, prin care s-au solicitat, până la data de 11.12.2020, *„documente justificative actualizate prin care să demonstrați îndeplinirea tuturor criteriilor de calificare și selecție, în conformitate cu informațiile cuprinse în DUAE (S.C. .. S.R.L asociat)”*, fiind atrasă atenția în mod expres asupra prevederilor art. 134, alin. (5) din HG din. 395/2016. În documentele postate în sprijinul celor declarate în formularul DUAE (ca urmare a solicitării autorității contractante) ofertantul nu a venit cu explicații referitoare la alegerea de a transmite doar anumite caziere.

Autoritatea contractantă precizează că nu s-a aflat în posesia actelor constitutive, acestea fiind înaintate doar odată cu formularea contestației, astfel că nu putea să verifice structura de conducere a acestora.

Față de susținerea contestatarului referitoare la faptul că autoritatea contractantă nu a uzat de prevederile art. 196 alin. (3) din Legea nr. 98/2016, autoritatea contractantă menționează că acest articol specifică faptul că autoritatea contractantă "poate", nu este obligată să solicite completări ale documentelor justificative (fapt întărit de decizia CNSC nr. ...). Cu atât mai mult cu cât pe parcursul evaluării, ofertantul nu a acționat cu interes față de această procedură (dovadă fiind răspunsurile neglijente formulate de acesta la numeroasele solicitări de clarificări cu privire la oferta postată). Ori o nouă solicitare privind completarea documentelor postate, ar fi constituit un avantaj evident în favoarea contestatorului, cu încălcarea prevederilor art. 209 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, care interzic determinarea apariției unui avantaj ca urmare a unei solicitări de clarificări, prin ignorarea prevederilor exprese și imperative ale art. 134 alin. (5) din HG nr. 395/2016, conform căroră: *„În cazul în care comisia de evaluare solicită unui candidat/ofertant clarificări și, după caz, completări ale documentelor prezentate de acesta în cadrul ofertei sau solicitării de participare, potrivit dispozițiilor art. 209 din Lege, iar candidatul / ofertantul nu transmite în termenul precizat de comisia de evaluare clarificările/completările solicitate sau clarificările*

/completările transmise mi sunt concludente, oferta sa va fi considerată inacceptabilă”.

Pe parcursul evaluării, în cadrul fiecărei etape de evaluare, autoritatea contractantă susține că a întâmpinat o serie de probleme, în ceea ce privește oferta contestatarului, aspecte pe care le-a apreciat uneori ca lipsă de atenție cu privire la oferta formulată, alteori ca tratare cu superficialitate a solicitărilor transmise, care au cauzat dificultăți în ceea ce privește mersul procedurii de atribuire, producând întârzieri în atribuirea acordului-cadru.

În susținere, autoritatea contractantă prezintă un scurt istoric a desfășurării procesului lung de evaluare, apreciind ca tendențioasă susținerea că autoritatea contractantă *„a dat dovadă de un formalism excesiv în evaluarea ofertei”*, când, din contră, ar fi trebuit remarcată buna intenție pe parcursul evaluării, în raport cu contestatorul, drept exemplu fiind numeroasele solicitări de care a avut parte în evaluarea propunerii financiare, solicitări tratate cu superficialitate prin răspunsurile oferite, ba chiar cu lipsă de interes.

Analizând documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarele:

....., prin , în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura de licitație deschisă în vederea încheierii acordului-cadru având ca obiect „SERVICII DE ASIGURARE RCA și CASCO, ...”, cod CPV 66516100-1. În acest sens a elaborat documentația de atribuire aferentă și a publicat în SEAP anunțul de participare nr. ..., criteriul de atribuire stabilit fiind „cel mai bun raport calitate-preț”.

În raportul procedurii nr. 15671/23.12.2020, s-a consemnat depunerea a 4 oferte, respingerea a 2 oferte printre care și a contestatorului, admisibilitatea celorlalte 2 oferte, precum și desemnarea ofertei depusă de SC SA ca fiind câștigătoarea procedurii cu un punctaj total de 75 puncte și o propunere financiară de 519.972 lei fără TVA.

Împotriva rezultatul procedurii, comunicat prin adresa nr. 15673/23.12.2020, ... SA-, prin liderul asocierii, ..., a formulat contestația care formează obiectul dosarului nr.

Analizând susținerile părților, coroborate cu înscrisurile aflate la dosarul cauzei și având în vedere dispozițiile legale în materie, Consiliul urmează să admită contestația formulată de SA-, prin liderul asocierii, ..., pentru considerentele ce se vor arăta în continuare.

Prin adresa nr. 15673/23.12.2020, oferta asocierii contestatoare a fost declarată inacceptabilă, în baza art. 134 alin. (5) și art. 137 alin. (2) lit. b) din HG nr. 395/2016, cu modificările și completările ulterioare, deoarece răspunsul la solicitarea autorității contractante de documente justificative actualizate DUAE este incomplet și informațiile preliminare din DUAE nu sunt demonstrate.

În fapt, Consiliul constată că autoritatea contractantă a respins oferta asocierii Întrucât, susține aceasta, nu ar fi fost depuse cazierile judiciare pentru toate persoanele împuternicite ale membrilor asocierii și nu a fost depus certificatul fiscal emis de ANAF pentru, acesta fiind valabil doar până la data de 04.12.2020.

Contrar susținerilor autorității contractante, Consiliul apreciază că motivele de respingere a ofertei asocieri nu sunt întemeiate.

Astfel, prin adresa nr. 20.612/11.12.2020, a transmis răspunsul său la solicitările de clarificări privind depunerea documentelor justificative DUAE ale autorității contractante menționând următoarele:

1. S-a remis și s-a postat documentele justificative actualizate prin care se demonstrează îndeplinirea criteriilor de calificare și selecție, în conformitate cu informațiile cuprinse în DUAE pentru toți operatorii economici membri ai asocierii.

2. Pentru certificatul de atestare fiscală nr. ... eliberat de către ANAF - Direcția Generală de Administrare a Marilor Contribuabili, emis pentru operatorul economic (membru al asocierii), a cărei valabilitate expira în data de 04.12.2020 (termenul de valabilitate fiind de 30 de zile de la data emiterii, conform Ordinului președintelui Agenției Naționale de Administrare Fiscală nr. ... privind aprobarea procedurii de eliberare a certificatului de atestare fiscală, a certificatului de obligații bugetare, precum și a modelului și conținutului acestora, așa cum a fost modificat și completat prin Ordinul nr. 3008/2019), având în vedere că documentele justificative trebuie să fie valide la data prezentării către autoritatea contractantă, s-a făcut precizarea expresă că a fost solicitat, conform print screen-ului inserat în adresa de răspuns, o solicitare de actualizare a acestuia către instituția respectivă.

Totodată, a fost solicitată autorității contractante prelungirea termenului de depunere a certificatului fiscal pentru operatorul economic cu un termen rezonabil care să-i permită depunerea documentului respectiv.

În opinia Consiliului, autoritatea contractantă trebuia să-i acorde o prelungire a termenului de răspuns, cu atât mai mult cu cât era vorba doar despre depunerea unui singur document care urma să fie eliberat de o altă instituție a statului într-un termen prevăzut de dispozițiile legale în materie. De altminteri, Certificatul de atestare fiscală nr. ..., obținut de, ca urmare a cererii nr. ..., atestă că contribuabilul NU figurează cu niciun fel de obligații fiscale și obligații bugetare.

Contrar susținerilor autorității contractante, solicitările de clarificare reprezintă instrumente esențiale aflate la dispoziția autorității contractante în scopul edificării acesteia privind situația reală de fapt în ceea ce privește îndeplinirea/ neîndeplinirea de către ofertanți a cerințelor din documentația de atribuire.

Respingerea unei oferte fără a solicita clarificările necesare pentru evaluarea completă a unei oferte sau fără a lua în considerare răspunsurile la clarificările solicitate, este, în aprecierea Consiliului, o decizie excesivă care ar lipsi de conținut instituția solicitărilor de clarificări, așa cum este reglementată, în cazul documentelor justificative DUAЕ, de dispozițiile art.196 alin.(2) și alin.(3) din Legea nr.98/2016.

În ceea ce privește cazierul judiciar depus de asocierile contestatoare, Consiliul, examinând documentele depuse la dosarul cauzei, apreciază ca întemeiate susținerile acestora, în sensul că înscrisurile depuse sunt suficiente și respectă cerința din fișa de date a achiziției, secțiunea III.1.1.a), care a stabilit îndeplinirea următoarelor cerințe: *„Situția personală a candidatului sau ofertantului Informații și formalități necesare pentru evaluarea respectării cerințelor menționate: Cerința nr. 1. Operatorii economici participanți la procedură - ofertant, ofertant asociat, subcontractant, terț susținător - nu trebuie să se regăsească în situațiile prevăzute la art. 164, art. 165 și art. 167 din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice.*

Modalitatea de îndeplinire: „Completare DUAЕ” de către operatorii economici participanți la procedura de atribuire (ofertant, ofertant asociat, subcontractant, terț susținător), cu informațiile aferente situației lor, urmând ca la finalizarea evaluării ofertelor autoritatea contractantă să solicite ofertantului clasat pe primul loc (ofertant, ofertant asociat, subcontractant, terț susținător), următoarele documente justificative: (...) d) Cazierul judiciar, valabil la data de depunere, 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”.

Pentru demonstrarea îndeplinirii acestei cerințe, ... SA- a depus următoarele documente:

Pentru - Societate de Asigurare Reasigurare (lider asociere a fost transmis/postat certificatul de cazier judiciar al directorului general al SC- d-nul, în conformitate cu dispozițiile actului constitutiv actualizat al acestui operator economic și cu cerința prevăzută la secțiunea III.1.1.a) cerința nr. 1 lit. d) din fișa de date a achiziției - ca fiind persoană „ce are putere de reprezentare” în cadrul societății, conform prevederilor actului constitutiv al societății din data de 08.07.2020, înregistrat la Registrul Comerțului, și din certificatul constatator emis de

Prin actul constitutiv al societății din data de 08.07.2020, la art. 18.4, se menționează că este delegată conducerea societății către conducerea executivă „în conformitate cu prevederile legii”, iar conform prevederilor art. 20.5, membrii conducerii executive reprezintă legal societatea, „Actele semnate de conducătorul executiv

sunt opozabile societății și angajează societatea față de terți”. În acest sens, art. 20.1 coroborat cu art. 20.7 din actul constitutiv îl desemnează cu putere de reprezentare în raporturile cu terții pe directorul general (d-nul - pentru care a fost depus certificatul de cazier judiciar).

Pentru, din certificatul constatator emis de ... pentru, reiese că persoanele împuternicite sunt: d-nul ... (membru în directorat), d-na ... (membru în directorat), d-nul ... (membru în directorat), în timp ce d-nul, d-nul și d-na sunt membri în consiliul de supraveghere.

..... este o societate pe acțiuni administrată în sistem dualist, fiindu-i aplicabile dispozițiile art. 153 din Legea societăților nr. 31/1990 republicată, cu modificările și completările ulterioare, care prevede:

„(1) Directoratul reprezintă societatea în raport cu terții și în justiție.

(2) În lipsa unei stipulații contrare în actul constitutiv, membrii directoratului reprezintă societatea doar acționând împreună.

(3) În situația în care membrii directoratului reprezintă societatea doar acționând împreună, prin acordul lor unanim, aceștia îl pot împuternici pe unul dintre ei să încheie anumite operațiuni sau tipuri de operațiuni.

(4) Consiliul de supraveghere reprezintă societatea în raporturile cu directoratul.

(5) Directoratul înregistrează la registrul comerțului numele membrilor săi, menționând dacă ei acționează împreună sau separat. Aceștia vor depune la registrul comerțului specimene de semnătură”.

Prin urmare, pentru asociatul au fost prezentate certificatele de cazier judiciar ale tuturor directorilor - membri ai directoratului societății, în calitate de persoane care au puterea de reprezentare și decizie în cadrul societății (și nu pentru membri ai consiliului de supraveghere), în considerarea dispozițiilor art. 11.1. din actul constitutiv al societății din data de 29.06.2020, depus și înregistrat la Registrul Comerțului, care prevede: „Membrii Directoratului au sarcina să asigure conducerea activității curente a Societății, având autoritatea și puterea de a angaja legal Societatea și a o reprezenta în raport cu terții”;

Din certificatul constatator emis de pentru (asociat), reiese că persoana împuternicită este d-nul (administrator), pentru care a fost depus certificatul de cazier judiciar.

Față de cele expuse anterior, Consiliul apreciază că în mod eronat autoritatea contractantă a respins ca inacceptabilă oferta depusă de SA-, pe de o parte invocând ca motive de respingere lipsa unor documente, care, potrivit circumstanțelor cauzei, se regăseau în realitate printre documentele justificative depuse în DUAЕ, iar, pe de altă parte, invocând lipsa unui certificat fiscal care oricum fusese obținut de către membrul asocierii și pentru care era

prevăzut un termen legal de eliberare de către autoritatea competentă.

Cât privește susținerile autorității contractante referitoare la inadmisibilitatea capătului 2 de cerere din contestației, în modalitatea formulată, Consiliul pune în vedere acesteia dispozițiile art.26 alin. (10¹) din Legea nr. 98/2016, potrivit căroră *„În situația în care contestația vizează rezultatul procedurii de atribuire și se dispune reevaluarea ofertelor, Consiliul va indica în mod clar și precis limitele reevaluării, respectiv identitatea ofertelor care fac obiectul reevaluării, etapa/etapele procedurii de atribuire vizată/vizate de reevaluare și măsurile concrete pe care le va adopta autoritatea contractantă în cadrul reevaluării”*.

În consecință, pentru considerentele anterior expuse, în temeiul art. 26 alin. (2) lit.a) și b) și alin.(5) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite contestația formulată de SA-, prin liderul asocierii, ..., și va dispune anularea deciziei de respingere ca inacceptabilă a ofertei asocierii, a raportului procedurii nr. 15671/23.12.2020 și a tuturor comunicărilor subsecvente, precum și continuarea procedurii prin stabilirea ofertei câștigătoare dintre ofertele admisibile (inclusiv oferta asocierii) conform criteriului de atribuire stabilit prin documentație, în termen de 10 zile de la comunicarea prezentei decizii.

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

CONSILIUL DECIDE:

În temeiul art. 26 alin. (2) lit.a) și b) și alin.(5) din Legea nr. 101/2016, admite contestația formulată de SA-, prin liderul asocierii, ..., în contradictoriu cu, prin

Dispune anularea deciziei de respingere ca inacceptabilă a ofertei asocierii, a raportului procedurii nr. 15671/23.12.2020 și a tuturor comunicărilor subsecvente.

Dispune continuarea procedurii prin stabilirea ofertei câștigătoare dintre ofertele admisibile (inclusiv oferta asocierii) conform criteriului de atribuire stabilit prin documentație, în termen de 10 zile de la comunicare.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 și poate fi atacată cu plângere, în temeiul art. 29 din același act normativ, în termen de 10 zile de la comunicare.