

CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C.N.S.C.

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

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

DECIZIE

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

Data:...

Prin contestația nr. 84/03.02.2016, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 2801/03.02.2016, formulată de către..., cu sediul în ..., și adresa de corespondență în ..., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., având CIF RO ..., reprezentată legal prin administrator ..., împotriva adresei de comunicare a rezultatului procedurii nr. 111/324 din 29.01.2016, a deciziei de desemnare câștigătoare a procedurii a ofertei depusă de ... și a raportului procedurii, emise de către ... - ..., cu sediul în ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de atribuire, prin licitație deschisă cu etapă finală de licitație electronică, organizată în vederea încheierii acordului-cadru având ca obiect „Lucrări privind întreținerea periodică 2015 - 2016 - Covoare Asfaltice - ...”, cod CPV 45233139-3 – Lucrări de întreținere a drumurilor naționale (Rev.2, se solicită anularea următoarelor documente: raportul procedurii de atribuire, adresa de comunicare a rezultatului procedurii, decizia de desemnare a ofertei câștigătoare și a tuturor actelor subsecvente, precum și obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertelor în conformitate cu documentația de atribuire și prevederile legale în vigoare.

De asemenea, se solicită suspendarea procedurii de atribuire până la soluționarea contestației.

Procedura de soluționare în fața Consiliului s-a desfășurat în scris.

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

DECIDE:

Respinge, ca nefondată, contestația formulată de către..., cu sediul în ..., și adresa de corespondență în ..., în contradictoriu cu ... - ..., cu sediul în

Dispune continuarea procedurii de achiziție publică.

Obligatorie.

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

MOTIVARE

În luarea deciziei s-au avut în vedere următoarele:

Prin contestația nr. 84/03.02.2016, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 2801/03.02.2016,... critică adresa de comunicare a rezultatului procedurii nr. 111/324 din 29.01.2016, decizia de desemnare câștigătoare a procedurii a ofertei depusă de ... și raportul procedurii, emise de către ... - ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de atribuire, prin licitație deschisă cu etapă finală de licitație electronică, organizată în vederea încheierii acordului-cadru având ca obiect „Lucrări privind întreținerea periodică 2015 - 2016 - Covoare Asfaltice - .”, solicitând anularea următoarelor documente: raportul procedurii de atribuire, adresa de comunicare a rezultatului procedurii, decizia de desemnare a ofertei câștigătoare și a tuturor actelor subsecvente, precum și obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertelor în conformitate cu documentația de atribuire și prevederile legale în vigoare.

De asemenea,... solicită suspendarea procedurii de atribuire până la soluționarea contestației.

Contestatorul susține că, prin actele atacate, au fost încălcate prevederile art. 2, art. 36 din O.U.G. nr. 34/2006, art. 72, art. 78, art. 180 și art. 181 din H.G. nr. 925/2006, cu modificările și completările ulterioare, precum și principiile care stau la baza achizițiilor publice, prevăzute de art. 2 alin. (2) din O.U.G. nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare.

Temeiul de drept procesual invocat este dat de următoarele prevederi legale: art. 255 alin. 1 și alin. 3, art. 266 alin. 1, art. 270 alin. 1, art. 278 alin. 3, art. 275 alin. 1, art. 275¹ și art. 16 din O.U.G. nr. 34/2006, iar temeiul de drept material invocat este dat de art. 2 alin. 2 din O.U.G. nr. 34/2006, încălcarea prevederilor „art. 72, 78, 180 și 181 din H.G. nr. 925/2006 cu modificările și completările ulterioare” și art. 36 din O.U.G. nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, precum și încălcarea principiilor care stau la baza achizițiilor publice prevăzute de art. 2 alin. (2) din O.U.G. nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare.

În fapt, contestatorul arată că, prin adresa nr. 111/3058 din 10.12.2015, autoritatea contractantă i-a solicitat clarificări cu privire la terțul susținător ..., respectiv dacă d-nul ... are putere de reprezentare, de decizie ori de control în cadrul ... și se solicita prezentarea documentelor justificative din care să rezulte faptele pentru care a fost

condamnat asociatul ... , la care... a răspuns, prin adresa nr. 1344/15.12.2015, în care a specificat faptul că ... nu are putere de reprezentare, de decizie ori control în cadrul ..., societate care este administrată de administratorul ..., iar începând cu data de 08.06.2015 calitatea de asociat a d-lui ... a fost suspendată, potrivit sentinței penale nr. ... din dosarul ..., emisă de Curtea de Apel București.

Contestatorul menționează că, prin adresa nr. 111/315 din 29.01.2016, autoritatea contractantă i-a comunicat rezultatul procedurii, respectiv faptul că oferta depusă de... a fost declarată inacceptabilă, în conformitate cu prevederile art. 36 alin. (1) lit. b) din H.G. nr. 925/2006, și respinsă, conform prevederilor art. 81 din același act normativ, fiind declarată câștigătoare a procedurii de atribuire oferta depusă de ..., cu prețul de 8.000.000 lei fără TVA.

În contestație se prezintă motivul pentru care oferta depusă de... a fost declarată inacceptabilă, respectiv faptul că terțul susținător ... nu îndeplinește cerința de calificare prevăzută la art. 180 din O.U.G. nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, deoarece unul din asociații societății, respectiv domnul ... a fost condamnat definitiv conform Deciziei penale nr. ..., pronunțată de Curtea de Apel București.

Contestatorul susține că motivul descalificării ofertei sale este nelegal, din următoarele considerente:

- domnul ... deține în calitate de asociat un număr de 10 părți sociale, reprezentând 0,0029% din capitalul social, neputând avea putere de decizie sau control;

- prin cererea nr. 40210/22.06.2015, înregistrată din oficiu la ONRC ..., s-a suspendat de drept calitatea de asociat a domnului ... , deci automat și drepturile acestuia în calitate de asociat în cadrul societății, la data depunerii ofertelor acesta nemaiputând exercita niciunul din drepturile sale date de calitatea de asociat;

- administratorul... este domnul ..., așa cum reiese din actul constitutiv și din certificatul constatator, cel care a semnat și oferta depusă în cadrul acestei proceduri.

În opinia contestatorului, invocarea de către autoritatea contractantă în susținerea argumentului de respingere a ofertei a prevederilor art. 182 alin. (2) teza a II-a din O.U.G. nr. 34/2006 este inaplicabilă în acest caz, întrucât art. 180 se referă la excluderea unui ofertant/candidat condamnat, respectiv la răspunderea penală a persoanei juridice și/ sau la directorii de companii sau la orice persoană cu putere de reprezentare, de decizie, de control, iar asociatul ... deține doar 0,0029% din capitalul social și îi sunt suspendate de drept toate drepturile ce rezultă din calitatea de asociat la momentul depunerii ofertelor.

Contestatorul susține că din cele de mai sus rezultă că domnul ... nu avea nicio putere de reprezentare, decizie sau control la momentul depunerii ofertelor.

De asemenea, în contestație se învederează că autoritatea contractantă nu a indicat actul, norma legală, din țara de rezidență a ofertantului (România), prin care prevederea art. 180 se aplică și la directori ori persoane cu putere de reprezentare și control în cadrul

ofertantului, considerând că ceea ce încearcă autoritatea contractantă este o măsură abuzivă și nefundamentată, raportat la faptul că se prevalează de o normă juridică pe care o rupe din context, fără a indica actul juridic pe care se bazează folosirea respectivei norme.

Contestatorul invocă prevederile art. 180 din O.U.G. nr. 34/2006 și art. 73 din Legea nr. 31/1990 privind societățile comerciale, conform cărora cele două persoane (societatea cu asociații săi) nu se confundă, neconfundându-se, pe cale de consecință, nici răspunderea lor.

În contestație se precizează că o asemenea condamnare a existat în persoana unui acționar al terțului susținător, ..., care nu se confundă cu asociații săi, ... fiind o persoană juridică distinctă de persoana fizică, astfel încât consecințele acesteia nu se extind și la asociați și reciproc.

Contestatorul învederează că solicitările prevăzute la art. 182 alin. 2 teza a II-a din O.U.G. nr. 34/2006 sunt incidente atunci când există incertitudini în ceea ce privește situația personală a respectivilor candidați/ofertanți, ceea ce nu este cazul în speță. Se subliniază că în certificatul emis de O.R.C. la data de 07.09.2015, la pagina 5 la rubrica „Condamnare penală a firmei” se menționează că „nu există înregistrări”, condamnarea penală fiind incidentă doar în ceea ce îl privește pe acționar, care la momentul emiterii certificatului nu avea putere de reprezentare a societății sau putere de decizie.

În opinia contestatorului, prevederea legală de mai sus are în vedere situațiile în care, potrivit unei prevederi din norma internă, condamnarea persoanei cu putere de reprezentare, de decizie ori de control în cadrul persoanei juridice produce consecințe și asupra acesteia, ceea ce nu este cazul în această speță. Contestatorul susține că o condamnare a unei asemenea persoane atrage pentru aceasta incompatibilități și interdicții, care nu se pot extinde la persoana juridică, în condițiile în care lipsește un text expres în acest sens, personalitatea juridică distinctă a persoanei juridice opunându-se unei asemenea extinderi.

În contestație se învederează că și art. 45 al Directivei CE nr. 2004/18 are în vedere operatorul economic și nu asociații acestuia, astfel că în această speță interdicția nu este aplicabilă, condamnarea nefiind pronunțată de instanțe în raport cu persoana juridică, ci cu un acționar al acesteia.

Contestatorul susține că autoritatea contractantă nu a fost imparțială în procesul de evaluare a ofertelor, ci a dovedit o preferință clară către un anumit ofertant, încălcând, astfel, în mod repetat și prevederile art. 2 alin. (2) lit. a)-d) din O.U.G. nr. 34/2006.

Referitor la susținerile autorității contractante din adresa nr. 111/315/29.01.2016, conform căreia d-nul ... deține 84,55 % din acțiunile ..., contestatorul precizează că, în conformitate cu procesul-verbal de predare acțiuni la purtător din data de 29.05.2015, încheiat între ... și ..., precum și cu Hotărârea Adunării Generale Ordinare a Acționarilor din data de 29.05.2015, din care rezultă că acționarul majoritar ce deține 19.996.946 de acțiuni, reprezentând 86,5277% din numărul total de acțiuni al ... este ... și nu

În contestație se concluzionează că din cele de mai sus reiese că d-nul ... nu are putere de reprezentare, de decizie ori de control asupra ..., pentru următoarele motive:

- asociatul majoritar care deține un număr de 360.090 părți sociale, reprezentând un procent de 99,9971% din totalul părților sociale al ..., este ..., iar acționar majoritar la ... este ..., care deține 86,5277% din acțiunile societății.

- potrivit dispozitivului sentinței penale nr. ... din dosarul ..., emisă de Curtea de Apel București (pag. 121 pct. 2 și pct. 4), începând cu data de 08.06.2015, d-lui ... i se interzice dreptul de a mai administra o societate comercială, de a fi acționar sau asociat într-o societate comercială;

- potrivit art. 13 din actul constitutiv al societății, începând cu data de 15.10.2013 d-nul este numit în funcția de administrator al ..., fiind împuternicit să „îndeplinească operațiunile de gestiune și reprezentare pe care le reclamă realizarea scopului societății”.

Contestatorul invocă art. 197 și art. 75 din Legea nr. 31/1990.

În contestație se susține că autoritatea contractantă a încălcat prevederile O.U.G. nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, iar remedierea acestor încălcări nu se poate face decât prin reevaluarea ofertelor depuse, în conformitate cu prevederile legale.

... solicită acces la dosarul achiziției și depunerea de concluzii scrise.

În sprijinul contestației au fost depuse, în copie, o serie de înscrisuri.

Cu adresa nr. 111/449/10.02.2016, înregistrată la C.N.S.C. cu nr. 3543/10.02.2016, ... - ... a transmis, în conformitate cu prevederile art. 274 alin. (1) din O.U.G. nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, punctul său de vedere la contestația depusă de..., în care arată că, în urma evaluării ofertelor, oferta depusă de... a fost declarată inacceptabilă, conform art. 36 alin. (1) lit. b) din H.G. nr. 925/2006 cu modificările și completările ulterioare și respinsă, conform art. 81 din aceeași act normativ, pe motiv că nu îndeplinește cerința de calificare prevăzută la cap. III.2.1.a) „Situația personală a candidatului sau ofertantului - Cerința nr. 1” din fișa de date a achiziției, referitoare la neîncadrarea în situațiile prevăzute la art. 180 din O.U.G. nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare.

În punctul de vedere se precizează că întrucât... a prezentat în ofertă Angajamentul ferm privind susținerea tehnică - experiența similară a ofertantului..., din partea terțului susținător ..., iar din Certificatul Constatator nr. 55564/07.09.2015, emis de către O.N.R.C. de pe lângă Tribunalul ... pentru ..., depus în ofertă, reiese faptul că asociatul persoană fizică ... este condamnat penal la 12 ani și 7 luni închisoare, conform Deciziei Penale nr. ..., pronunțată de Curtea de Apel București în Dosarul nr. ..., autoritatea contractantă a ținut seama de recomandările A.N.A.P. din punctul de vedere emis de această instituție în data de 08.10.2015, cu privire la situația de excludere din procedură a ofertantului în cauză, și făcând aplicarea prevederilor art. 190 alin. (2), art. 180 și art. 182 alin. (2) din O.U.G. nr. 34/2006 cu modificările și completările ulterioare, a solicitat contestatorului să clarifice dacă

asociatul ... are putere de reprezentare, de decizie ori de control în cadrul ..., în conformitate cu legislația internă a statului în care este stabilit ofertantul și să prezinte documente justificative care să susțină cele declarate, precum și documente justificative din care să rezulte faptele pentru care a fost condamnat asociatul

Autoritatea contractantă menționează că, prin răspunsul nr. 1345/15.12.2015, ofertantul... a declarat că administrator este ..., răspunzând parțial la solicitarea de clarificări, respectiv doar în ceea ce privește puterea de reprezentare. De asemenea, în punctul de vedere se arată că... a prezentat extras din sentința penală nr. ..., din care rezultă faptele pentru care a fost condamnat, prin hotărâre definitivă, asociatul ... , respectiv infracțiunea de înșelăciune, instigare la abuz în serviciu, inițiere și constituire a unui grup infracțional, spălare de bani, complicitate la înșelăciune, în răspuns specificându-se și faptul că acționar majoritar la ... este

Autoritatea contractantă precizează că față de acest răspuns, comisia de evaluare a constatat următoarele:

- atributul administratorului nu este acela de decizie și control, după cum reiese atât din actul constitutiv, cât și din cele declarate de ofertant, respectiv administratorul este împuternicit să „îndeplinească operațiunile de gestiune și reprezentare pe care le reclamă realizarea scopului societății”;

- în conformitate cu art. 10 din actul constitutiv al ..., care prevede: *„Deținerea de părți sociale în calitate de asociați conferă acestora toate drepturile și obligațiile care le revin potrivit Legii nr. 31/1990”*, coroborat cu art. 12 din același act, care prevede drepturile și obligațiile exercitate de asociați, rezultă fără echivoc faptul că asociatul societății are drept de decizie și control;

- deși contestatorul a declarat că acționar majoritar la ... este ..., din Certificatul constatator eliberat de O.N.R.C. la data de 16.12.2015, la solicitarea autorității contractante, pentru ..., reies următoarele: pentru Acționari persoane juridice este menționat „Nu există înregistrări”, precum și faptul că ... este acționar cu o cotă de participare de 84,5505%.

Autoritatea contractantă subliniază că, din cele de mai sus reiese faptul că ... este acționar al asociatului ... cu o cotă de participare de 84,5505%, aspect ce rezultă din Certificatul Constatator emis de către O.N.R.C., astfel că se încadrează în categoriile nominalizate de dispozițiile art. 180 alin. 2) din O.U.G. nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, fiind o persoană cu putere de decizie în ceea ce privește ..., așa cum prevăd și dispozițiile art. 111 și următoarele din Legea nr. 31/1990.

Autoritatea contractantă învederează că, în conformitate cu prevederile art. 180, coroborat cu art. 182 alin. 2) și art. 190 alin. 2) din O.U.G. nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, are obligația de a exclude de la procedură ofertanții, persoane fizice și persoane juridice, inclusiv după caz directori de companii sau orice persoană cu putere de reprezentare, de decizie ori de control în ceea ce

privește ofertantul sau susținătorul dacă aceștia au fost condamnați în ultimii 5 ani prin hotărârea definitivă a unei instanțe judecătorești pentru spălare de bani.

De asemenea, autoritatea contractantă menționează că din Certificatul constatator nr. 55564/07.09.2015, emis de O.N.R.C. de pe lângă Tribunalul ..., reiese că în cadrul ... sunt asociați ..., cu o cotă de participare la beneficii și pierderi de 99,9971% și ... , cu o cotă de participare la beneficii și pierderi de 0,0029%, astfel că, în conformitate cu prevederile art. 182 alin. (2) din O.U.G. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, autoritatea contractantă a solicitat informații la Oficiul Național al Registrului Comerțului pentru ..., care are calitatea de asociat persoană juridică în cadrul ...

În punctul de vedere se precizează că din informațiile furnizate de Oficiul Național al Registrului Comerțului, înregistrate cu nr. 1816674/15.10.2015, nr. 2196975/16.12.2015, nr. 184622/01.02.2016 și nr. 248722/10.02.2016, rezultă că în cadrul ... d-l ... are calitatea de asociat cu o cotă de participare la beneficii și pierderi de 84,5505%.

Autoritatea contractantă susține că, din cele de mai sus reiese că afirmațiile contestatorului, conform cărora dl. ... nu poate avea putere de decizie sau control, întrucât deține în calitate de asociat un număr de 10 părți sociale, reprezentând 0.0029% din capitalul social al ..., nu sunt întemeiate, cu atât mai mult cu cât acesta deține în cadrul ... 84,5505% din capitalul social.

În opinia autorității contractante, contestatorul minimizează rolul d-lui ... în cadrul ..., făcând referire doar la cota de participare a acestuia de 0,0029% și omite să declare că acesta are calitate de asociat în cadrul ..., cu o cotă de participare de 84,5505%.

Autoritatea contractantă arată că nu a negat faptului că administratorul societății este dl. ..., ci doar a susținut că rolul acestuia este de reprezentare și nu de decizie și control, după cum reiese și din actul constitutiv al societății.

În contestație se invocă prevederile art. 73 din Legea nr. 31/1990 privind societățile comerciale, care nu statutează „limitele răspunderii asociaților față de societate”, ci prevăd răspunderea administratorilor față de societate și implicit răspunderea față de asociații societății, și art. 72 din Legea nr. 31/1990, conform cărora raporturile dintre administrator și societate (asociați) sunt raporturi de mandat, având natură contractuală, ceea ce înseamnă că administratorul are doar putere de reprezentare în baza mandatului, iar puterea de decizie și control aparține exclusiv asociaților societății.

În punctul de vedere se menționează că adunarea asociaților este organul de deliberare și decizie al societății cu răspundere limitată, și, în consecință, decide în toate problemele esențiale ale activității societății prin adoptarea de hotărâri în adunarea generală a asociaților, iar în conformitate cu art. 73 alin. (1) lit. d) din Legea nr. 31/1990 administratorul este răspunzător pentru exacta îndeplinire a hotărârilor adunării generale.

Autoritatea contractantă precizează adunarea generală a asociaților are competența exclusivă în adoptarea de hotărâri cu privire la:

a) aprobarea situației financiare anuale și stabilirea repartizării profitului net;

b) desemnarea administratorilor și cenzorilor, revocarea/demiterea și descărcarea de activitate, precum și contractarea auditului financiar, atunci când acesta nu are caracter obligatoriu, potrivit legii;

c) urmărirea administratorilor și cenzorilor pentru daunele pricinuite societății, desemnând și persoana însărcinată să o exercite;

d) modificarea actului constitutiv.

Față de cele prezentate mai sus, autoritatea contractantă concluzionează că organul de deliberare și decizie al societății cu răspundere limitată este adunarea generală a asociaților (AGA), astfel că asociații participă la deliberări și luarea deciziilor privind toate problemele esențiale ale societății, iar administratorul este numit de adunarea generală a asociaților și își îndeplinește atribuțiile în limita mandatului dat de către aceștia prin actul constitutiv al societății.

În opinia autorității contractante nu au nici o relevanță în speță afirmațiile contestatorului referitoare la suspendarea calității de asociat a d-lui ... , ca urmare a condamnării acestuia, prin Sentința Penală nr. ..., deoarece prevederile art. 180 și art. 182 din O.U.G. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, fac referire la faptul că persoanele respective în ultimii 5 ani să nu fi fost condamnate printr-o hotărâre definitivă a vreunei instanțe judecătorești, astfel că esențial este faptul că asociatul ... a fost condamnat prin hotărâre definitivă a unei instanțe judecătorești, în ultimii 5 ani, pentru săvârșirea infracțiunilor de înșelăciune, instigare la abuz în serviciu, constituire a unui grup infracțional organizat, spălare de bani.

Referitor la afirmațiile contestatorului, conform cărora acționar majoritar în cadrul ... este ..., în punctul de vedere se precizează că din Certificatele constatatoare eliberate de O.N.R.C. la solicitarea autorității contractante, înregistrate cu nr. 1816674/15.10.2015, nr. 2196975/16.12.2015, nr. 184622/01.02.2016 și nr. 248722/10.02.2016, pentru ..., reiese că pentru Acționari persoane juridice este menționat „Nu există înregistrări”, precum și faptul că ... este acționar cu o cotă de participare de 84,5505%.

Se subliniază că din răspunsul Oficiului Registrului Comerțului de pe lângă Tribunalul ... nr. RL 82099/29.12.2015, la solicitarea ... nr. 662/22.12.2015, reiese: *„ulterior mențiunii nr. 79689/22.11.2011 nu s-a solicitat înregistrarea în registrul comerțului a altor modificări cu privire la conversia acțiunilor și/sau structura acționariatului societății, înregistrările în baza de date sunt corecte raportat la documentele depuse la Oficiul Registrului Comerțului.”*

Autoritatea contractantă învederează că în cazul în care ... a emis anumite documente referitoare la modificarea structurii acționariatului, avea obligația de a le înregistra la Oficiul Registrului Comerțului, pentru a produce efecte juridice și pentru a fi opozabile terților.

Se precizează că, nici până la data punctului de vedere, nu apar înregistrate modificări privind structurii acționariatului ..., conform informațiilor emise de către O.N.R.C. cu nr. 248722/10.02.2016.

Raportat la afirmațiile contestatorului referitoare la faptul că „autoritatea contractantă nu indică actul, norma legală ... prin care prevederea art. 180 se aplică și la directori ori persoane cu putere de reprezentare și control în cadrul ofertantului”, autoritatea contractantă precizează că norma legală este chiar art. 182 alin. (2) din O.U.G. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare.

De asemenea, autoritatea contractantă menționează că afirmațiile contestatorului referitoare la faptul că „condamnarea unei asemenea persoane atrage pentru aceasta incompatibilități și interdicții, care nu se pot extinde la persoana juridică” sunt contrare prevederilor art. 180 coroborat cu art. 182 alin. (2) din O.U.G. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare.

În susținere, autoritatea contractantă invocă Deciziile C.N.S.C. nr. 2093/C11/2244 din 08.12.2015 și nr. 2089/C3/2243 din 07.12.2015, prin care au fost respinse, ca nefondate, contestații similare depuse de...

Autoritatea contractantă susține că, pe întreaga perioadă a derulării procedurii, a respectat scopul și principiile prevăzute la art. 2 din O.U.G. nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, evaluând toate ofertele cu respectarea prevederilor O.U.G. nr. 34/2006 cu modificările și completările ulterioare și ale H.G. nr. 925/2006 cu modificările și completările ulterioare.

Autoritatea contractantă susține decizia sa de declarare câștigătoare a ofertei depuse de ... și de declarare inacceptabilă a ofertei depusă de... este legală și solicită respingerea contestației ca nefondată și continuarea procedurii.

Cu adresa nr. 111/449/10.02.2016, înregistrată la C.N.S.C. cu nr. 3603/11.02.2016, autoritatea contractantă a depus, în copie conformă cu originalul, documentele înregistrate la dosarul achiziției publice și ofertele relevante.

Din înscrisurile aflate la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarea situație de fapt:

În calitate de autoritate contractantă, ... - ... a inițiat o procedură de atribuire, prin licitație deschisă cu etapă finală de licitație electronică, organizată în vederea încheierii acordului-cadru având ca obiect „Lucrări privind întreținerea periodică 2015 - 2016 - Covoare Asfaltice - ...”, cod CPV 45233139-3 – Lucrări de întreținere a drumurilor naționale (Rev.2, prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr. 162099/18.08.2015.

Conform anunțului de participare și a documentației de atribuire, criteriul de atribuire este „prețul cel mai scăzut”, iar valoarea estimată fără TVA a acordului-cadru este cuprinsă între 2.186.103,15 lei și 21.861.031,52 lei.

Au fost depuse 7 oferte, printre care și oferta contestatorului, care au fost deschise în data de 10.09.2016, ocazie cu care a fost încheiat procesul-verbal nr. 111/1993.

Conform raportului procedurii nr. 111/316 din 29.01.2016, oferta depusă de... a fost declarată inacceptabilă, fiind declarată câștigătoare a procedurii oferta depusă de ..., având prețul de 10.891.180,51 lei fără TVA.

Analizând contestația formulată de..., Consiliul constată că aceasta vizează rezultatul procedurii de achiziție publică fiind formulate critici cu privire la motivul care a stat la baza deciziei autorității contractante, de respingere a ofertei prezentate de acest ofertant.

Consiliul reține că din cuprinsul adresei nr. 111/324 din 29.01.2016, de comunicare a rezultatului procedurii, transmisă de autoritatea contractantă ofertantului..., rezultă că oferta prezentată de acest ofertant a fost declarată inacceptabilă, conform art. 36 alin. (1) lit. b) din H.G. nr. 925/2006 și respinsă, conform art. 81 din același act normativ, pe motiv că nu îndeplinește cerința de calificare prevăzută la cap. III.2.1.a) „Situația personală a candidatului sau ofertantului - Cerința nr. 1” din fișa de date a achiziției, referitoare la neîncadrarea în situațiile prevăzute la art. 180 din O.U.G. nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare.

Raportat la motivul de respingere indicat de autoritatea contractantă în adresa de comunicare a rezultatului procedurii, Consiliul reține că în fișa de date a achiziției, la cap. III.2.1. a) „Situația personală a candidatului sau ofertantului” – Cerința nr. 1, este prevăzut că *„Ofertantul va prezenta Formularul nr. 1 – „Declarație privind neîncadrarea în situațiile prevăzute la art. 180 din Ordonanța de Urgență a Guvernului nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare”, semnat de către reprezentantul legal”*.

Consiliul are în vedere că pentru îndeplinirea cerinței de calificare privind experiența similară, ofertantul... a prezentat Formularul nr. 21B – „Angajament ferm pentru susținerea tehnică – experiență similară a ofertantului...”, întocmit de terțul susținător ... (pag. 83 din documentele de calificare).

De asemenea, se reține că în cadrul documentelor de calificare prezentate de terțul susținător ... a fost prezentat Certificatul Constatator nr. 55564/07.09.2015 emis de către ONRC de pe lângă Tribunalul ... din care rezultă că acest operator economic are drept acționari pe persoana juridică ... și persoana fizică ... , în cuprinsul acestui certificat fiind înscrisă mențiunea referitoare la condamnarea penală a inculpatului ... la 12 ani și 7 luni închisoare, în baza deciziei penale nr. ..., pronunțată de Curtea de Apel București în dosarul nr.

Consiliul reține că prin adresa nr. 111/3066 din 10.12.2015, autoritatea contractantă a solicitat ofertantului... să clarifice dacă asociatul ... are putere de reprezentare, de decizie ori de control în cadrul operatorului economic ..., prin prezentarea de documente justificative, precum și prezentarea de documente justificative din care să rezulte faptele pentru care a fost condamnat asociatul

... a răspuns prin adresa nr. 1345/15.12.2015, înregistrată la autoritatea contractantă cu nr. 3489/15.12.2015, în cuprinsul căreia a precizat că *„d-l ... nu avea/nu are putere de reprezentare, de decizie*

ori de control în cadrul societății, societatea fiind administrată de către d-l ..., așa cum rezultă din actul constitutiv al societății și din certificatul de la Registrul Comerțului (...).

Potrivit dispozitivului sentinței penale nr. ... din dosarul ... emisă de Curtea de Apel București (pag. 121 pct. 2 și pct. 4) începând cu data de 08.06.2015, dlui ... i se interzice dreptul de a mai administra o societate comercială, de a fi acționar sau asociat într-o societate comercială. (...).

În Certificatul Constatator emis de O.R.C. este menționat la rubrica „Asociatul” faptul că d-lui ... i se interzic drepturile reglementate de art. 66 alin. 1, lit. a), b), g), k) din Codul Penal (dreptul de a fi asociat, acționar, administrator) pe toată durata executării pedepsei închisorii și 5 ani după executare.

Astfel, datorita condamnării, s-a suspendat de drept calitatea de asociat a d-lui

În certificatul emis de O.R.C. apare numele persoanei fizice ... , deoarece acțiunile deținute de acesta nu pot fi vândute. În baza sentinței penale nr. ... din dosarul ... emisă de Curtea de Apel București (a se vedea pct. X pag. 126-127 atașate prezentei) s-a instituit sechestrul asupra tuturor bunurilor imobiliare și mobiliare aparținând lui

Suspendarea calității de asociat, s-a făcut din oficiu în baza cererii de înregistrare înregistrată la O.R.C. ... cu nr. 40210/22.06.2014. (...).

De asemenea, ... a prezentat, în copie, actul constitutiv al ..., Hotărârea Adunării Generale Ordinare a Acționarilor ... din data de 29.05.2015, proces verbal de predare acțiuni la purtător din 29.05.2015, decizia penală nr. ..., pronunțată de Curtea de Apel București (din care rezultă că ... a fost condamnat la executarea pedepsei de 12 ani și 7 luni închisoare pentru săvârșirea infracțiunilor de înșelăciune, instigare la abuz în serviciu, inițiere și constituire a unui grup infracțional, spălare de bani) și copia înregistrării din oficiu la Oficiul Registrului Comerțului de pe lângă Tribunalul ... nr. 40210 din 22.06.2014.

Răspunsul prezentat de ofertantul... a fost analizat de comisia de evaluare în cadrul ședinței din data de 17.12.2015, ocazie cu care a fost întocmit procesul verbal intermediar nr. 4 (pag. 438-458 din dosarul achiziției), înregistrat cu nr. 111/3139 din 17.12.2015, în cuprinsul căruia se precizează că oferta prezentată de acest ofertant este inacceptabilă.

Consiliul are în vedere că în conformitate cu prevederile art. 190 alin. (2) teza finală din O.U.G. nr. 34/2006 potrivit căreia „Persoana care asigură susținerea tehnică și profesională nu trebuie să se afle în situația care determină excluderea din procedura de atribuire, conform prevederilor [art. 180](#) și ale [art. 181](#) lit. a), c¹) și d)”, și constată că, întrucât din cuprinsul certificatului constatator nr. 55564/07.09.2015 emis de O.N.R.C., reiese că domnul ... a fost condamnat la executarea pedepsei de 12 ani și 7 luni închisoare pentru săvârșirea infracțiunilor de înșelăciune, instigare la abuz în serviciu, inițiere și constituire a unui grup infracțional, spălare de bani, în mod întemeiat, comisia de evaluare a făcut aplicarea prevederilor art. 35 din H.G. nr. 925/2006 potrivit

căroră „Pe parcursul analizării și verificării documentelor prezentate de ofertanți, comisia de evaluare are dreptul de a solicita oricând clarificări sau completări ale documentelor prezentate de aceștia pentru demonstrarea îndeplinirii criteriilor de calificare, astfel cum sunt acestea prevăzute la art. 176 din ordonanța de urgență, sau pentru demonstrarea conformității ofertei cu cerințele solicitate” și a procedat la verificarea aspectului legat de stabilirea faptului dacă terțul susținător ... se află în situația prevăzută la art. 180 din O.U.G. nr. 34/2006, în acest sens fiind transmisă adresa nr. 111/3066 din 10.12.2015 către...

De asemenea, în aplicarea prevederilor art. 182 alin. (2) din O.U.G. nr. 34/2006 potrivit căroră „În cazul în care există incertitudini în ceea ce privește situația personală a respectivilor candidați/ofertanți, autoritatea contractantă are dreptul de a solicita în mod direct informații de la autoritățile competente care emit documente de natura celor prevăzute la alin. (1)” autoritatea contractantă a transmis o serie de adrese prin care a solicitat informații de la O.N.R.C.

Analizând răspunsul formulat de... la solicitarea autorității contractante, Consiliul reține că acesta a prezentat documente din care rezultă că în ultimii 5 ani, o persoană cu putere de decizie ori de control (...) asociat al terțului susținător, a fost condamnat prin hotărârea definitivă a unei instanțe judecătorești, pentru pentru săvârșirea mai multor infracțiuni, printre care și cea de spălare de bani, în cauză devenind incidente dispozițiile art. 180, coroborate cu art. 182 alin. (2), potrivit căroră „Autoritatea contractantă are obligația de a exclude din procedura aplicată pentru atribuirea contractului de achiziție publică orice ofertant/candidat despre care are cunoștință că, în ultimii 5 ani, a fost condamnat prin hotărârea definitivă a unei instanțe judecătorești, pentru participare la activități ale unei organizații criminale, pentru corupție, pentru fraudă și/sau pentru spălare de bani”, respectiv „(...). În ceea ce privește cazurile menționate la [art. 180](#), în conformitate cu legislația internă a statului în care sunt stabiliți candidații sau ofertanții, aceste solicitări se referă la persoane fizice și persoane juridice, inclusiv, după caz, la directori de companii sau la orice persoană cu putere de reprezentare, de decizie ori de control în ceea ce privește candidatul sau ofertantul”.

Consiliul are în vedere că, potrivit Secțiunii II din Legea nr. 31/1990, adunarea generală a acționarilor este forul conducător suprem al societăților comerciale, iar potrivit art. 115 al acestui act normativ „Hotărârile sunt luate cu majoritatea voturilor deținute de acționarii prezenți sau reprezentați”.

Rezultă astfel că, în situația în care domnul ... este acționar al ... cu o cotă de participare de 84,5505 %, aspect susținut de informațiile furnizate de Oficiul Registrului Comerțului prin adresele 1816674/15.10.2015 și 2196975/16.12.2015 la solicitarea autorității contractante și anexate la punctul de vedere nr. 3603 din 11.02.2016, această persoană se încadrează în categoriile nominalizate de dispozițiile art. 180 alin. (2) teza finală din ordonanța de urgență, fiind o persoană

cu putere de decizie, în ceea ce privește ... și, pe cale de consecință, cu putere de reprezentare, de decizie ori de control în cadrul terțului susținător ...

Astfel, Consiliul constată că, în mod corect, autoritatea contractantă a decis că susținerea acordată de ... pentru dovedirea îndeplinirii cerinței de calificare vizând experiența similară de către ofertantul... nu poate fi acceptată, drept urmare oferta prezentată de... a fost declarată inacceptabilă, pentru neîndeplinirea acestei cerințe de calificare, conform art. 36 alin. (1) lit. b) din HG nr. 925/2006 și respinsă în conformitate cu prevederile art. 81 din același act normativ.

Consiliul nu reține în soluționare susținerile contestatorului, exprimate în cuprinsul contestației nr. 2801 din 03.02.2016 potrivit căroră în mod eronat autoritatea contractantă afirmă că d-l ... deține o cotă de acțiuni în procent de 84,550 % la ..., întrucât acțiunile la purtător deținute de această persoană au fost predate către Gulf Energy Internatioal Limited în baza procesului verbal din data de 29.05.2015, motivat de faptul că din informațiile furnizate de Oficiul Registrului Comerțului rezultă că la data de 15.10.2015, respectiv la data de 16.12.2015, domnul ... deține un număr de 23.781.880 acțiuni (din totalul de 28.125.672 acțiuni), reprezentând 84,5505 % din cota de participare la beneficii și pierderi a ..., la ONRC fiind înregistrată adresa nr. 110201 din 19.05.2015 emisă de ANAF ... – Serviciul Colectare și Executare Silită Persoane Fizice privind indisponibilizarea acțiunilor deținute de acționari ai ..., printre care și persoana în discuție.

De asemenea, din cuprinsul aceluiași documente rezultă că în baza adresei nr. 50905 din 11.08.2015 s-a efectuat înscrierea sechestrului asigurator asupra unui număr de 23.781.880 acțiuni deținute de debitorul ... la ..., conform proces verbal de sechestr nr. 219 din data de 22.07.2015 emis de ANAF – dosar de executare nr. 1560711352350.

Prin urmare, Consiliul constată că nu poate fi luat în considerare procesul verbal predare a unui număr de 19.996.946 acțiuni la purtător din data de 29.05.2015, atât timp cât, anterior, în data de 19.05.2015, au fost indisponibilizate acțiunile deținute de ..., ... , ..., ..., ... și ... în cadrul ..., iar ulterior aceste acțiuni au făcut obiectul unui sechestr asigurator.

Nu sunt reținute în soluționare nici susținerile aduse de ofertantul contestator potrivit căroră domnul ... nu mai deținea calitatea de asociat în cadrul terțului susținător ... la data depunerii ofertei, acesta neavând putere de reprezentare, decizie sau control, astfel încât nu sunt aplicabile dispozițiile art. 180 din OUG nr. 34/2006, întrucât Consiliul are în vedere că din interpretarea art. 180 coroborată cu art. 182 alin. (2) și art. 190 alin. (2) din OUG nr. 34/2006 reiese că autoritatea contractantă are obligația de a exclude din procedura aplicată pentru atribuirea contractului de achiziție publică ofertanții persoane fizice și persoane juridice, inclusiv, după caz directori de companii sau orice persoană cu putere de reprezentare, de decizie ori de control în ceea ce privește ofertantul sau susținătorul dacă aceștia au fost condamnați în ultimii 5 ani prin hotărârea definitivă a unei instanțe judecătorești pentru

participare la activități ale unei organizații criminale, pentru corupție, pentru fraudă și/sau pentru spălare de bani, aici fiind incluse și infracțiunile de înșelăciune, instigare la abuz în serviciu, inițiere și constituire a unui grup infracțional, spălare de bani pentru care persoana în cauză a primit pedeapsa privativă de libertate.

De asemenea, Consiliul nu poate reține în soluționare susținerea contestatorului potrivit căreia condamnarea persoanei cu putere de reprezentare, de decizie ori de control în cadrul persoanei juridice nu produce consecințe și asupra acesteia, invocând faptul că din cuprinsul certificatului constatator nr. 55564/07.09.2015 emis de ORC de pe lângă Tribunalul ... nu rezultă o condamnare penală a firmei, întrucât dispozițiile art. 182 alin. (2) din OUG nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, fac trimitere la directorii de companii sau orice persoană cu putere de reprezentare, de decizie ori de control, cât timp aceste persoane fizice asigură desfășurarea activității societății comerciale în cauză.

Prin urmare, Consiliul constată caracterul fondat al motivului care a stat la baza deciziei de respingere a ofertei prezentate de..., astfel că, pe cale de consecință, constată că atât timp cât oferta prezentată de acest operator economic a fost respinsă și această măsură a fost confirmată de Consiliu, acesta nu mai are interes în a solicita anularea deciziei de desemnare a ofertei câștigătoare, neavând vreun folos practic, actual și direct, prin acest demers.

În ceea ce privește solicitarea formulată de contestatorul... cu privire la suspendarea procedurii de achiziție publică până la soluționarea prezentei contestații, Consiliul s-a pronunțat, fiind emisă Decizia nr. ... /.../... din 05.02.2016 prin care a fost respinsă, ca nefondată, cererea de suspendare a procedurii de atribuire.

Având în vedere toate aspectele de fapt și de drept mai sus evocate, în temeiul art. 278 alin. (5) și (6) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii, cu modificările și completările ulterioare, pentru considerentele evocate în motivare, Consiliul respinge, ca nefondată, contestația formulată de..., în contradictoriu cu ... - ..., procedura de achiziție publică urmând a fi continuată.

În conformitate cu dispozițiile art. 280 alin. (3) din O.U.G. nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, decizia este obligatorie.

PREȘEDINTE COMPLET

....

MEMBRU

MEMBRU

....

...

Redactată în 4 exemplare originale, conține 16 (şaisprezece)
pagini