



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, +40218900745 www.cnsc.ro

În conformitate cu prevederile art. 12 alin. (1) și ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr. / /

Data:

Prin contestația nr. 00029/....., înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. /, înaintată de SC SRL, cu sediul în,, județul, înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr., având CUI, reprezentată legal prin - Administrator, formulată împotriva rezultatului procedurii, ce i-a fost comunicat prin adresa nr. 8554/23.02....., emise de, cu sediul în,, județul, în calitate de entitate contractantă în cadrul procedurii, licitație deschisă online cu etapă finală de licitație electronică, organizată în vederea atribuirii contractului de furnizare având ca obiect "Autocamion 10t cu braț macara - 3 buc.", cu anunț de participare nr., publicat în SEAP la data de, s-a solicitat Consiliului

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

Prin contestația nr. 00029/....., înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. /, SC SRL atacă rezultatul procedurii ce i-a fost comunicat prin adresa nr. 8554/23.02....., emise de, în calitate de entitate contractantă, în procedura de atribuire arătată, potrivit căruia oferta sa a fost declarată inacceptabilă.

În fapt, contestatoarea arată că, ulterior depunerii ofertelor, în aplicarea prevederilor art. 72 din HG nr. 394/2016, entitatea contractantă i-a solicitat prezentarea tuturor documentelor justificative ca dovadă a informațiilor cuprinse în DUAE, inclusiv a certificatelor de cazier judiciar pentru Oprean Roxana-Elena și Radu Grădinariu.

Întrucât a apreciat că persoanele mai sus arătate nu fac parte dintre cele stabilite de entitatea contractantă în fișa de date a achiziției, la pct. III.2.1.a) *Situația personală a candidatului sau ofertantului*, pentru care ar fi obligatorie depunerea cazierelor judiciare, contestatoarea arată că a comunicat comisiei de evaluare că nu consideră necesară transmiterea înscrisurilor cerute, arătând, totodată, că în cadrul ofertei a depus toate cazierele judiciare pentru cei cu funcții de administrare, de conducere și de supraveghere în societățile din care fac parte.

În același timp, contestatoarea susține că i-a solicitat comisiei de evaluare să îi comunice dacă își mai menține solicitarea de prezentare a cazierelor judiciare pentru asociații care nu dețin funcții de administrare, conducere sau supraveghere în societățile din care fac parte.

Cu toate acestea, prin adresa a cărei anulare o solicită, contestatoarea arată că entitatea contractantă i-a comunicat că oferta sa a fost respinsă ca fiind inacceptabilă, întrucât nu a răspuns concludent la solicitarea de clarificări.

În opinia contestatoarei, decizia entității contractante de a-i respinge oferta ca fiind netemeinică și nelegală, întrucât, în măsura în care entitatea contractantă a considerat că se impunea prezentarea cazierelor judiciare pentru asociații care nu dețin funcții de administrare, conducere sau supraveghere în societățile din care fac parte, atunci avea obligația de a face aplicabilitatea dispozițiilor art. 140 alin. (1) din HG nr. 394/2016 și de a-i solicita clarificări, iar nu de a dispune o măsură disproporționată.

De altfel, potrivit practicii CNSC, „Entitatea contractantă ar trebui să-și exercite în mod corect rolul activ și să iasă de sub imperiul formalismului exagerat interpretării strict textuale și scolastice a documentației de atribuire și să analizeze oferta în ansamblul său, ca un tot unitar și sistematic, iar nu pe bucăți” .

Practica instanțelor de judecată este și ea în sensul că „reprezintă o atitudine total abuzivă declararea unei oferte ca fiind neconformă pentru anumite aspecte evident minore raportat la complexitatea de ansamblu a ofertei și la multitudinea de date pretinse de aceasta. Prin prisma interesului care trebuie satisfăcut prin utilizarea fondurilor europene, solicitarea de lămuriri suplimentare se impune cu forța evidenței, fiind preferabilă unei soluții de declarare a tuturor ofertelor ca neconforme sau inacceptabile, fără solicitarea vreunei lămuriri suplimentare”.

De asemenea, după cum s-a reținut în jurisprudența comunitară în materia achizițiilor publice, "(...) Comisiile de evaluare au datoria de a exercita un anumit grad de diligență atunci când se analizează conținutul fiecărei oferte. În cazul în care termenii unei oferte și circumstanțele cunoscute de către entitate indică faptul că ambiguitatea are probabil o explicație simplă și este aparent ușor de rezolvat în principiu, este contrară cerințelor de bună administrare pentru o comisie de evaluare să respingă o ofertă fără a exercita puterea de a solicita clarificări. Decizia de a respinge o ofertă în aceste condiții riscă să fie afectată de o eroare

vădită de apreciere din partea instituției în exercitarea acestei puteri (...)."

În cazul de față, contestatoarea apreciază că entitatea contractantă a acționat sub imperiul unui formalism exagerat în loc să opteze pentru o atitudine diligentă prin care s-ar fi evitat adoptarea unei masuri disproporționate față de ofertantul în cauză, cu atât mai mult cu cât informațiile necesare comisiei de evaluare puteau fi obținute de la autoritățile competente.

Față de cele precizate mai sus, este evident că respingerea ofertei sale s-a făcut cu încălcarea prevederilor art. 140 alin. (1) din HG nr. 394/2016, iar eroarea în privința modalității de transmitere a documentelor de calificare putea fi ușor înlăturată dacă entitatea contractantă și-ar fi îndeplinit obligațiile legale. Mai mult, în acest fel entitatea ar fi respectat și principiul proporționalității și nu ar fi ales sancțiunea drastică și total disproporționată a respingerii ofertei pentru un aspect pur formal și minor.

În concluzie, pentru toate aceste considerente, contestatoarea solicită admiterea cererii sale astfel cum a fost formulată, invocând, în drept, prevederile Legii nr. 101/2016 și ale Legii nr. 99/2016.

Prin adresa nr. 12418/16.03....., înregistrată la CNSC sub nr. 9414/17.03....., autoritatea contractantă a transmis Consiliului punctul de vedere la contestație, solicitând respingerea acesteia ca nefondată și neîntemeiată.

Preliminar, entitatea contractantă precizează că autoarea contestației a depus o ofertă conformă din punct de vedere al DUAЕ, al propunerii tehnice și al propunerii financiare, aflându-se pe locul 1 în clasamentul ofertelor admisibile, astfel cum rezultă din raportul procedurii nr. 8553/23.02..... În acest context, la data de 25.01....., în baza prevederilor din fișa de date a achiziției, respectiv Secțiunea III.2.1. a) Situația personală a candidatului sau ofertantului, comisia de evaluare a solicitat acesteia prezentarea documentelor justificative care probează îndeplinirea celor asumate prin completarea DUAЕ, oferind contestatoarei un termen de răspuns de 7 zile, respectiv până la 01.02....., ora 12.00. La data de 30.01....., contestatoarea a răspuns la solicitarea de clarificări prin prezentarea unor documente justificative, relevante pentru această speță fiind:

- Certificatul constatator ONRC nr. 1985/25.01..... pentru SC SRL, din care rezultă că are următorii asociați, persoane fizice:
 - o Asociatul, cu o cotă de participare de 70%;
 - o Asociatul Oprean Roxana Elena, cu o cotă de participare de 30%.

- Cazierul judiciar pentru SC SRL nr. 11274472/26.01.....;

- Cazierul judiciar pentru asociatul nr. 11269965/25.01.....;

- Certificatul constatator ONRC nr. 7343/10.01..... pentru subcontractantul SCSRL, din care rezultă că are următorii asociați, persoane fizice:

o Asociatul Grădinariu Andrei-Călin, cu o cotă de participare de 20%;

o Asociatul Grădinariu Radu, cu o cotă de participare de 80%;

- Cazierul judiciar pentru SCSRL nr. 100088462/30.09.2016;

- Cazierul judiciar pentru asociatul Grădinariu Andrei-Călin nr. 10476395/01.11.2016.

Analizând documentele justificative puse la dispoziție prin răspunsul la solicitarea de clarificare din data de 30.01....., comisia de evaluare a constatat faptul că nu au fost prezentate următoarele documente, astfel cum acestea au fost solicitate în Secțiunea III.2.1 a) Situația personală a candidatului sau ofertantului din fișa de date a achiziție, care statuează că: "Ofertanții, terții susținători și subcontractanții nu trebuie să se regăsească în situațiile prevăzute la art. 177, art. 178 și art. 180 din Legea nr. 99/2016. Modalitatea de îndeplinire prin care poate fi demonstrată îndeplinirea cerinței: se va completa DUAЕ de către operatorii economici participanți la procedura de atribuire cu informațiile aferente situației lor. Documentele justificative care probează îndeplinirea celor asumate prin completarea DUAЕ urmează a fi prezentate, la solicitarea autorității contractante, doar de către ofertantul clasat pe locul I în clasamentul intermediar întocmit la finalizarea evaluării ofertelor. Aceste documente pot fi: (...) cazierul judiciar al operatorului economic și al membrilor organului de administrare, de conducere sau de supraveghere al respectivului operator economic, sau a celor ce au putere de reprezentare, de decizie sau de control în cadrul acestuia, așa cum rezultă din certificatul constatator emis de ONRC/actul constitutiv".

Or, având în vedere următoarele prevederi legale:

- art. 177 alin. (2) din Legea nr. 99/2016, potrivit căreia "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",

- coroborarea art. 7, art. 47, art. 49, art. 61, art. 67, art. 80, art. 85, art. 191, art. 192, art. 194, art. 195, art. 202 și art. 226 din Legea nr. 31/1990 privind societățile comerciale, precum și prevederile art. 1910 din Codul civil (Legea nr. 287/2009), din care rezultă că asociații unei societăți cu răspundere limitată sunt membrii ai organului de conducere al acesteia,

- coroborarea cu art. 73 alin. (2) din Legea nr. 99/2016, care statuează că "prin acționar sau asociat semnificativ se înțelege persoana care exercită drepturi aferente unor acțiuni care, cumulate, reprezintă cel puțin 10% din capitalul social sau îi conferă deținătorului cel puțin

10% din totalul drepturilor de vot în adunarea generală”, comisia de evaluare a considerat că se impunea prezentarea cazierelor judiciare pentru asociatul Oprean Roxana Elena (în cadrul SC SRL), având o cotă parte de 30%, astfel cum rezultă din Certificatul constatator ONRC nr. 1985/25.01....., precum și pentru asociatul Grădinariu Radu (în cadrul SC SRL), având o cotă parte de 80%, astfel cum rezultă din Certificatul constatator ONRC nr. 7343/10.01....., pentru a putea face verificările necesare conform art. 177 din Legea nr. 99/2016, ținând cont de caracterul imperativ al normei legale.

Astfel, entitatea contractantă arată că, la data de 01.02....., ora 11:04, comisia de evaluare a solicitat prezentarea cazierelor judiciare pentru asociații anterior menționați, oferind contestatoarei un termen de răspuns până la data de 03.02....., fără limită de oră.

Drept răspuns, contestatoarea a precizat faptul că nu consideră necesară transmiterea cazierului judiciar pentru Oprean Roxana - Elena din cadrul SC SRL, respectiv pentru Radu Gradinariu din cadrul SC SRL, solicitând în același timp comisiei de evaluare să precizeze dacă se mai menține solicitarea de prezentare a cazierelor judiciare.

În opinia entității contractante, răspunsul oferit de contestatoare reprezintă o solicitare de clarificare privind documentația de atribuire, aceasta având dreptul să adreseze acest tip de întrebări până la data limită de depunere a ofertelor.

Drept urmare, lipsa unui răspuns concludent la o solicitare adresată în repetate rânduri a obligat comisia de evaluare să aplice dispozițiile art. 140 alin. (4) din HG nr. 394/2016 cu modificările și completările ulterioare.

Totodată, entitatea contractantă susține că solicitarea cazierelor judiciare în vederea verificării încadrării/neîncadrării în prevederile art. 177 din Legea nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale nu reprezintă un aspect formal, aceste verificări fiind impuse de norma legală imperativă. În ceea ce privește cazierele judiciare, entitatea contractantă nu avea posibilitatea să solicite aceste documente de la autoritățile competente, deoarece potrivit dispozițiilor art. 27 alin. (1) din Legea nr. 290/2004 republicată, ”Persoanele fizice sau juridice pot obține propriul certificat de cazier judiciar în condițiile stabilite la art. 28-31”.

Mai mult, ținând cont de faptul că aceste documente au fost solicitate de două ori, comisia de evaluare a considerat că o revenire la solicitarea de a prezenta cazierele judiciare ar fi fost de natură să încalce principiile prevăzute la art. 2 alin. (2) din Legea nr. 99/2016, având în vedere și prevederile art. 221 alin. (2) din legea privind achizițiile sectoriale, care prevăd: ”(2) Entitatea contractantă nu are dreptul ca prin clarificările/completările solicitate să determine apariția unui avantaj evident în favoarea unui ofertant/candidat”.

În replică, prin adresa nr. 00035/24.03....., înregistrată la CNSC sub nr. 10344/24.03....., SC SRL a transmis Consiliului răspuns la punctul de vedere înaintat de autoritatea contractantă, prin

care reiterează aspectele precizate în contestație referitoare la obligația comisiei de evaluare de a lămuri orice neconformitate a ofertei, înainte de a aplica sancțiunea respingerii acesteia.

Față de susținerile părților și de documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul reține cele ce urmează:

Pentru atribuirea contractului de furnizare având ca obiect "Autocamion 10t cu braț macara – 3 buc.", (în calitate de entitate contractantă) a inițiat procedura licitație deschisă online cu etapă finală de licitație electronică, prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr. din, precum și a documentației de atribuire.

Împotriva rezultatului procedurii (ce i-a fost comunicat prin adresa nr. 8554/23.02.....), SC SRL a înaintat Consiliului contestația de față (după ce a îndeplinit procedura notificării prealabile, stabilită la art. 6 din Legea nr. 101/2016), solicitând

Consiliul reține că, în dispută se află modalitatea în care achizitorul (entitatea contractantă) și-a exercitat dreptul/obligația, rezultând din documentația de atribuire și din prevederile legale aplicabile, privitor la verificarea inexistenței motivului de excludere ce ține de aplicarea unei condamnări, la adresa operatorului economic sau a persoanelor reprezentative din acesta.

În conformitate cu prevederile amintitului art. 177 alin. (2) din Legea nr. 99/.....: 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.

De asemenea, Consiliul are în vedere conținutul explicit al cerinței din fișa de date a achiziției, conform căreia, se impunea prezentarea cazierul judiciar al *operatorului economic, și al membrilor organului de administrare, de conducere sau de supraveghere al respectivului operator economic sau al 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.*

Pe de o parte, contestatoarea pretinde, în fața Consiliului, că măsura respingerii este o măsură disproporționată față de scopul în sine al stabilirii cerinței de calificare, dar și față de lipsa de disponibilitate a comisiei de evaluare în a-i solicita, din nou, prezentarea cazierelor.

Pe de altă parte, contestatoarea pretinde că solicitarea, din nou, a cazierelor în cauză, nu i-ar fi procurat un avantaj incorect în raport cu ceilalți ofertanți, oferta sa fiind deja clasată pe primul loc.

Contrar acestor argumente pe care se bazează contestatoarea, Consiliul constată că autoritatea contractantă a efectuat o evaluare completă a ofertei, în sensul că, după primirea documentelor de calificare de interes (cele înaintate de ofertant după solicitarea prezentării lor), a formulat o solicitare suplimentară, prin care invoca nevoia de transmitere a cazierelor judiciare ale asociatului minoritar

(30%) din cadrul operatorului economic-ofertant și cele al asociatului majoritar (80%) din cadrul operatorului economic subcontractant al primului.

Or, urmare a primirii acestei solicitări, contestatoarea a precizat explicit "nu vedem necesar transmiterea cazierului judiciar" pentru persoanele indicate de achizitor, sub pretextul că nu ar fi utile evaluării cerinței de calificare aceste caziere, întrucât persoanele în cauză nu ar deține funcții de reprezentare de tipul "administrare, conducere sau supraveghere în societățile din care fac parte".

Prin urmare, contrar susținerii contestatoarei, entitatea contractantă a făcut aplicarea dispozițiilor art. 221 din Legea nr. 99/2016, înaintându-i o solicitare de prezentare a documentelor lipsă, al cărei conținut a fost explicit: *(1) În cazul în care informațiile sau documentele prezentate de către operatorii economici sunt incomplete sau eronate, ori în cazul în care lipsesc anumite documente, entitatea contractantă are dreptul de a solicita într-un anumit termen ofertanților/candidaților clarificări și, după caz, completări ale documentelor prezentate de aceștia în cadrul ofertelor/solicitărilor de participare, cu respectarea principiilor tratamentului egal și transparenței.*

(2) Entitatea contractantă nu are dreptul ca prin clarificările/completările solicitate să determine apariția unui avantaj evident în favoarea unui ofertant/candidat.

Or, fiind evident refuzul ofertantului de a transmite documentele solicitate, în mod corect entitatea contractantă a dat valoare dispozițiilor alin. (4) al art. 140 din Norma de aplicare a Legii, aprobată prin HG nr. 394/2016: *În cazul în care comisia de evaluare solicită unui candidat/ofertant, în condițiile [art. 221](#) din Lege, clarificări și, după caz, completări ale documentelor prezentate de acesta în cadrul ofertei sau solicitării de participare, iar candidatul/ofertantul nu transmite în termenul precizat de comisia de evaluare clarificările/completările solicitate sau clarificările/completările transmise nu sunt concludente, oferta sa va fi considerată inacceptabilă.*

Prin urmare, în mod nefondat apreciază contestatoarea că ar fi contrară principiilor din domeniu (cu evocarea principiului proporționalității) respingerea ofertei sale, în condițiile în care aceasta a ignorat chiar dispoziții exprese ale legii, pe baza cărora, entitatea contractantă i-a transmis solicitarea de completare a documentelor lipsă.

De altfel, în chiar primul articol al normei de aplicare a Legii nr. 99/2016, se face referire la aplicarea subsidiară a principiilor din domeniu, atunci când nu ar exista reguli explicite ale reglementării, deci, în situația inversă celei invocate de contestatoare: *(1) În procesul de realizare a achizițiilor sectoriale orice situație pentru care nu există o reglementare explicită se interpretează prin prisma principiilor prevăzute la art. 2 [alin. \(2\)](#) din Legea nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale, denumită în continuare Lege.*

Consiliul constată, astfel, că autoarea criticilor a dat dovadă de neglijență, în analiza conținutului cererii de clarificări/completări a propriei oferte, în raport cu regulile amintite, conținute de fișa de date a achiziției, ce concordă cu regulile din lege, conform cărora nu ar putea fi acceptată în competiție participarea unui ofertant sau subcontractant care ar fi suportat o condamnare (inclusiv pentru persoanele care ar avea putere de reprezentare, decizie sau control, nu doar cele care ar avea funcții de administrare, conducere sau control).

Prin urmare, în cazul ofertei contestatoarei, este evident că, în raport cu tipul de organizare și cu regula din fișa de date a achiziției, cel puțin pentru asociatul majoritar de la nivelul subcontractantului, prezentarea cazierului judiciar era obligatorie, iar solicitarea entității contractante îndreptățită.

În consecință, raportat la dispozițiile art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge contestația, ca nefondată.

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

CONSILIUL DECIDE:

Respinge contestația SC SRL împotriva rezultatului procedurii, din adresa nr. 8554/23.02....., emis de în procedura inițiată prin anunț de participare nr., publicat în SEAP la data de, ca nefondată.

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

PREȘEDINTE,

.....

MEMBRU,

.....

MEMBRU,

.....

.....