

În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) și ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, 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 ...SRL, cu sediul în ..., CUI ..., număr de înregistrare în registrul comerțului ..., reprezentată de domnul ... - administrator, privind procedura de licitație restrânsă pentru atribuirea contractului de lucrări de modernizare infrastructură rutieră în comuna ..., cod CPV 45233120-6, cu data-limită de depunere a candidaturilor 12.02.2024, anunț de participare nr. ..., organizată de ..., prin primăria sa, cu sediul în ..., în calitate de autoritate contractantă, contestatoarea a solicitat, în esență, anularea respingerii candidaturi asocierii ...SRL - ... SA și obligarea autorității la reevaluarea acesteia.

**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 candidatul ...SRL reclamă decizia autorității contractante ... de respingere ca inacceptabilă a candidaturii asocierii sale, în cadrul procedurii de atribuire menționată în partea introductivă, învederând în motivare că, la 28.02.2024, comisia de evaluare i-a solicitat să transmită documentele justificative DUAЕ. În urma analizării documentelor primite, comisia de evaluare a revenit, solicitând *„transmiterea certificatului de cazier judiciar pentru cenzori/auditori persoane juridice: ...SRL, reprezentant ..., menționați în certificatul ONRC emis pentru ... SA”*, iar asocieria a depus un răspuns formulat de ...SRL. Ulterior, autoritatea i-a respins candidatura, pe motiv că nu a transmis cazierul judiciar *„pentru cenzori/auditori persoane juridice ...SRL, menționați în certificatul ONRC emis pentru ... SA”*.

Contestatoarea apreciază că autoritatea nesocotește propria documentație de atribuire. Cerința de la nivelul secțiunii III. 1.1.a) – *„Situția personală a candidatului/ofertantului”* din fișa de date se

referea la *„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”*. Astfel cum a fost formulată cerința rezultă că autoritatea a solicitat cazierul judiciar al operatorului economic și caziere judiciare ale membrilor organului de administrare, de conducere sau de supraveghere sau ale celor ce au putere de reprezentare, de decizie sau de control. Așadar, pe lângă cazierul judiciar al societății sale, candidatul avea obligația de a prezenta comisiei de evaluare cazierele judiciare:

- fie pe cele ale *„membrilor organului de administrare, de conducere sau de supraveghere al respectivului operator economic”*;
- fie pe cele ale *„celor ce au putere de reprezentare, de decizie sau de control în cadrul acestuia”*.

Particula disjunctivă *„sau”* din redactarea cerinței are funcția de a separa cele două posibilități. Mai mult, virgula situată în fața acesteia vine să întărească funcția separatoare a opțiunilor. În esență, disjuncția *„sau”* din cerința menționată mai sus servește la separarea celor două opțiuni ale candidaților, iar dacă o persoană optează să furnizeze cazierul judiciar pentru personalul din prima categorie (*„membrilor organului de administrare, de conducere sau de supraveghere al respectivului operator economic”*), atunci cerința etalon este considerată îndeplinită și nu este obligată să furnizeze și pentru personalul din a doua categorie (*„celor ce au putere de reprezentare, de decizie sau de control în cadrul acestuia”*). Altfel spus, dacă această disjuncție ar funcționa precum conjuncția *„și”*, cerința ar presupune furnizarea ambelor tipuri de cazier judiciar, ceea ce nu este cazul.

Asociatul ... SA a prezentat:

- cazierul judiciar al operatorului economic ... SA;
- cazierul judiciar pentru domnul ...(administrator - președinte consiliu de administrație al ... SA);
- cazierul judiciar pentru doamna ...(administrator - membru consiliu de administrație al ... SA);
- cazierul judiciar pentru domnul ...(administrator - membru consiliu de administrație și acționar al ... SA);
- cazierul judiciar pentru doamna ...(acționar al ... SA).

În cuprinsul documentației de atribuire și DUAЕ nu sunt înscrise cerințe cu privire la prezentarea cazierelor pentru cenzori/auditori.

Reglementările din domeniul funcționării societăților comerciale sunt cuprinse în Legea societăților nr. 31/1990, relevante în speță fiind:

- art. 137 alin. (1): *„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.”*;

-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.

(3) Dacă prin actul constitutiv sau printr-o hotărâre a adunării generale a acționarilor se prevede acest lucru, președintele consiliului de administrație al societății poate fi numit și director general.”;

-art. 153 alin. (1): *„Prin actul constitutiv se poate stipula că societatea pe acțiuni este administrată de un directorat și de un consiliu de supraveghere, în conformitate cu prevederile prezentei subsecțiuni.”*

Rezultă, astfel, că administrarea și conducerea societății pe acțiuni nu este realizată de cenzori/auditori.

Mai mult, în răspunsul emis de ...SRL se arată că mențiunea din certificatul constatator se referă la faptul că situațiile financiare anuale elaborate de societatea ... SA sunt supuse auditului statutar/financiar, acestea fiind însoțite de „Raportul auditorului financiar independent”, conform Legii nr. 162/2017.

Interpretarea eronată a cerinței din documentația de atribuire nu poate constitui fundament valid al respingerii candidaturii asocierii.

... SA a furnizat comisiei de evaluare certificatele de cazier judiciar pentru societate, precum și pe cele ale membrilor consiliului de administrație și acționarilor. Prin urmare, societatea a îndeplinit întocmai cerința de a prezenta autorității cazierelor judiciare al său și ale „membrilor organului de administrare, de conducere sau de supraveghere”.

Raționamentul de mai sus este susținut și de opinia Agenției Naționale pentru Achiziții Publice, speța nr. 370.

În punctul său de vedere nr. ... asupra contestației, înregistrat la Consiliu cu nr. ..., autoritatea contractantă susține în apărare că asociatul ... SA are, potrivit certificatului constatator nr. ... emis de Oficiul Național al Registrului Comerțului, cenzori/auditori persoane juridice: ...SRL, reprezentant Având în vedere că nu a fost transmis cazierul judiciar pentru ...SRL, comisia de evaluare a decis să solicite clarificări privind acest aspect, însă asocierea nu a transmis cazierul judiciar pentru ...SRL.

Decizia de a respinge candidatura asocierii este susținută de art. 158 alin. (1) din Legea nr. 31/1990: *„Cenzorii sunt obligați să supravegheze gestiunea societății, să verifice dacă bilanțul contabil și contul de profit și pierderi sunt legal întocmite și în concordanță cu registrele, dacă acestea din urmă sunt regulat ținute și dacă evaluarea patrimoniului s-a făcut conform regulilor stabilite pentru întocmirea bilanțului contabil.”* Astfel, pentru demonstrarea neîncadrării în situațiile de excludere precizate la art. 164 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, este necesară prezentarea cazierelor judiciare ale 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, cum rezultă din certificatul constatator emis de Oficiul Național al Registrului Comerțului/actul constitutiv.

Având în vedere că, nici în urma solicitării de clarificări punctuale, candidatul nu a transmis cazierul judiciar pentru ...SRL, autoritatea a respins candidatura, ca inacceptabilă.

Potrivit certificatului constatator nr. ..., ... SA are:

- acționari persoane fizice: ..., ...;
- acționari lista 14,45%;
- administratori: ..., ..., ...;
- cenzori/auditori persoane juridice: ...SRL, reprezentant

Cenzorii/auditorii persoane juridice au rol de supraveghere, conform prevederilor Legii nr. 31/1990, intrând în prima categorie din cerința fișei de date, respectiv: membrii organului de administrare, de conducere sau de supraveghere al respectivului operator economic, ceea ce demonstrează implicit necesitatea prezentării cazierului judiciar pentru aceștia.

Art. 164 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 nu face decât să întărească necesitatea respectării cerinței din fișa de date.

Din examinarea coroborată a materialului probator administrat, aflat la dosarul cauzei, după verificarea din oficiu a competenței generale, materiale și teritoriale, potrivit art. 131 alin. (1) C. proc. civ., și după deliberare, Consiliul reține că, prin anunțul de participare nr. ..., publicat în Sistemul Electronic de Achiziții Publice – SEAP la 10.01.2024, autoritatea contractantă ..., prin primăria sa, a inițiat o procedură de licitație restrânsă în vederea procurării de lucrări de modernizare infrastructură rutieră în ..., estimate valoric la 10.371.687,98 lei, fără TVA. Documentația de atribuire a fost postată în SEAP la 10.01.2024, alături de anunțul de invitare la competiție.

Au fost primite șapte candidaturi, între care și aceea a asocierii ...SRL - ... SA, care a fost respinsă de autoritate, întrucât nu a depus certificatul de cazier judiciar al „cenzorului/ auditorului” ...SRL. Împotriva acestui rezultat, pentru motivele evocate mai sus, ...SRL a investit Consiliul, în termenul legal, cu soluționarea contestației care formează obiectul prezentei cauze, premisă a controlului administrativ-jurisdicțional. Cauțiunea aferentă, în valoare de ... lei, a fost constituită prin recipisa de consemnare nr. ..., emisă de ..., Sucursala ..., la data de

Preliminar analizării aspectelor sesizate de reclamantă, este de remarcat că documentația de atribuire, alcătuită din fișa de date, caietul de sarcini (inclusiv părțile tehnice), formularele necesare și modelul contractului de lucrări, la care se adaugă clarificările postate în SEAP la 31.01.2024, nu a fost contestată de niciun operator economic, drept care toate prevederile ei și-au consolidat forța obligatorie atât pentru

autoritatea contractantă, cât mai ales pentru operatorii economici participanți la procedura de atribuire, inclusiv pentru asocierea reclamantei (relevantă, în acest sens, este, de pildă, decizia civilă nr. 2799 din 19 decembrie 2022 a Curții de Apel Craiova, Secția contencios administrativ și fiscal, cod ReJust de926443g). La acest moment, nu pot fi emise pretenții sau critici vizavi de prevederile documentației de atribuire, întrucât ar fi vădit tardive, raportat la termenul prescris de Legea nr. 101/2016 (a se vedea, cu titlu de exemplu, decizia civilă nr. 77 din 7 februarie 2023 a Curții de Apel Galați, Secția contencios administrativ și fiscal, cod ReJust 39g63373e). *„Conținutul documentației de atribuire, astfel cum a fost întocmită de entitatea contractantă, este obligatoriu atât pentru agenții economici participanți la procedură, care au obligația de a elabora ofertele în conformitate cu prevederile acesteia, cât și pentru entitatea contractantă, aceasta fiind obligată ca, în desfășurarea procedurii de achiziție, să respecte atât legislația aplicabilă în domeniu, cât și propria sa documentație de atribuire care stabilește regulile ce trebuie respectate de părțile implicate în derularea procesului competitiv.”* – sentința civilă nr. 113/CA din 11 septembrie 2020 a Curții de Apel Constanța, Secția a II-a civilă, de contencios administrativ și fiscal, cod ReJust 672e8757.

În concluzie, documentația acceptată implicit de toate societățile ofertante le impunea să îi urmeze cu strictețe prescripțiile, sens în care dispune și art. 75 din Legea nr. 98/2016 – ofertantul depune oferta elaborată în conformitate cu informațiile și cerințele prevăzute în documentele achiziției, precum și art. 123 alin. (1) din normele aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 395/2016 – ofertantul elaborează oferta în conformitate cu prevederile documentației de atribuire. Prin depunerea ofertelor la procedură, se presupune că ofertanții și-au însușit documentația de atribuire fără rezerve, ceea ce înseamnă că nu li se poate scuza nicio abatere de la prescripțiile ei, opozabile în cel mai mic detaliu (elocvente în acest sens sunt, *ex multis*, decizia nr. 1555 din 6 martie 2012 a Curții de Apel Craiova, Secția de contencios administrativ și fiscal, cod ReJust 4d27ede4, decizia nr. 916/CA/2019-R din 8 noiembrie 2019 a Curții de Apel Oradea, Secția a II-a civilă, de contencios administrativ și fiscal, cod ReJust 7g222g79, decizia nr. 610 din 6 octombrie 2020 a Curții de Apel Brașov, Secția contencios administrativ și fiscal, cod ReJust 6e77d24g, decizia nr. 3.891 din 14 iunie 2023 a Curții de Apel Alba Iulia, Secția de contencios administrativ și fiscal, cod ReJust 72792223d, decizia civilă nr. 176 din 21 august 2023 a Curții de Apel Constanța, Secția contencios administrativ și fiscal, cod ReJust 985333e48, decizia nr. 1.738 din 20 septembrie 2023 a Curții de Apel Craiova, Secția contencios administrativ și fiscal, cod ReJust g8e8223g8, și decizia civilă nr. 288 din 2 noiembrie 2023 a Curții de Apel Constanța, Secția contencios administrativ și fiscal, cod ReJust 597ee7239).

Cerințele riguroase în materie de achiziții publice presupun întocmirea documentelor necesare în conformitate cu prevederile documentației de atribuire, cunoscut fiind faptul că garantarea corectitudinii procedurii achizițiilor publice poate justifica respingerea ofertei pentru orice fel de încălcare a dispozițiilor legale în materie, care ar putea fi considerată de ofertant mai puțin importantă (în această direcție s-au pronunțat, de pildă, Curtea de Apel Constanța, Secția de contencios administrativ și fiscal, în sentința civilă nr. 6 din 12 ianuarie 2024, cod ReJust g8789d674, Curtea de Apel Craiova, Secția contencios administrativ și fiscal, în decizia nr. 45 din 12 ianuarie 2023, cod ReJust 39gd8e778, Curtea de Apel București, Secția a IX-a de contencios administrativ și fiscal, în decizia civilă nr. 1589 din 12 august 2021, cod ReJust 736ee28e, în decizia nr. 1405 din 17 iunie 2021, cod ReJust 28993ed2, în decizia nr. 1754 din 8 octombrie 2020, cod ReJust 845de6d9, și în decizia civilă nr. 1417 din 9 septembrie 2020, cod ReJust gg2g5696, și Curtea de Apel Brașov, Secția de contencios administrativ și fiscal, în decizia nr. 468/R din 16 mai 2017, cod ReJust 8988379e). Raportat la obiectivul general constând în prevenirea și sancționarea încălcării dispozițiilor legale în materia procedurilor de achiziție publică, nu i se poate reproșa autorității contractante că a analizat ofertele participanților la procedură în raport de cerințele minime de participare necontestate, sancționând neîndeplinirea acestora (Curtea de Apel București, Secția a IX-a de contencios administrativ și fiscal, decizia civilă nr. 828 din 1 aprilie 2021, cod ReJust 65ed4d74, și decizia civilă nr. 517 din 4 martie 2021, cod ReJust 65459455, și Curtea de Apel Cluj, Secția a III-a de contencios administrativ și fiscal, decizia civilă nr. 2507 din 21 decembrie 2016, cod ReJust 27494445).

Astfel cum a sesizat și Curtea de Apel Ploiești, Secția de contencios administrativ și fiscal, în decizia nr. 123 din 2 februarie 2023, cod ReJust 7239g5386, *„rigorile impuse de legislația achizițiilor publice și de cerințele documentației de atribuire impun ca ofertanții să demonstreze că ofertele lor sunt apte să satisfacă nevoile licitației, iar nu să vină doar cu simple afirmații în acest sens”*.

Depășind această contextualizare de subliniere a importanței conformării întru totul la regulile impuse de autoritate în documentația de atribuire, inclusiv de către candidați, conformare devenită o axiomă, un truism, și care reprezintă regula în sistemul de atribuire a contractelor de achiziție publică, asupra aspectelor sesizate de reclamantă, Consiliul ia act că rezultatul selecției candidaturilor a fost stabilit de autoritate prin raportul intermediar al procedurii de atribuire nr. 3640/18.03.2024, rezultat comunicat competitorilor în aceeași zi. La 21.03.2024, ...SRL a reacționat prin formularea contestației la Consiliu și la autoritatea achizitoare, în interiorul termenului legal de contestare.

Disputa litigioasă vizează interpretarea și aplicarea cerinței de calificare regăsite în anunțul de participare și în fișa de date a achiziției, cerință pe care niciuna dintre părți nu o tăgăduiește:

III.1.1) Capacitatea de exercitare a activității profesionale, inclusiv cerințele privind înscrierea în registrele profesionale sau comerciale:

1. Ofertanții, terții susținători și subcontractanții nu trebuie să se regăsească în situațiile prevăzute la art. 164, 165, 167 din Legea nr. 98/2016

Modalitatea prin care poate fi demonstrată îndeplinirea cerinței:

[...]

- 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 constatat emis de ONRC / actul constitutiv;

Cerința trebuie citită împreună cu art. 164 și 168 din Legea nr. 98/2016:

Art. 164. - (1) Autoritatea contractantă exclude din procedura de atribuire a contractului de achiziție publică/acordului-cadru orice operator economic cu privire la care a stabilit, în urma analizei informațiilor și documentelor prezentate de acesta, sau a luat cunoștință în orice alt mod că a fost condamnat prin hotărâre definitivă a unei instanțe judecătorești, pentru comiterea uneia dintre următoarele infracțiuni:

a) constituirea unui grup infracțional organizat, prevăzută de art. 367 din Legea nr. 286/2009 privind Codul penal, cu modificările și completările ulterioare, sau de dispozițiile corespunzătoare ale legislației penale a statului în care respectivul operator economic a fost condamnat;

b) infracțiuni de corupție, prevăzute de art. 289-294 din Legea nr. 286/2009, cu modificările și completările ulterioare, și infracțiuni asimilate infracțiunilor de corupție prevăzute de art. 10-13 din Legea nr. 78/2000 pentru prevenirea, descoperirea și sancționarea faptelor de corupție, cu modificările și completările ulterioare, sau de dispozițiile corespunzătoare ale legislației penale a statului în care respectivul operator economic a fost condamnat;

c) infracțiuni împotriva intereselor financiare ale Uniunii Europene, prevăzute de art. 181-185 din Legea nr. 78/2000, cu modificările și completările ulterioare, sau de dispozițiile corespunzătoare ale legislației penale a statului în care respectivul operator economic a fost condamnat;

d) acte de terorism, prevăzute de art. 32-35 și art. 37-38 din Legea nr. 535/2004 privind prevenirea și combaterea terorismului, cu modificările și completările ulterioare, sau de dispozițiile corespunzătoare ale legislației penale a statului în care respectivul operator economic a fost condamnat;

e) spălarea banilor, prevăzută de art. 29 din Legea nr. 656/2002 pentru prevenirea și sancționarea spălării banilor, precum și pentru instituirea unor măsuri de prevenire și combatere a finanțării terorismului, republicată, cu modificările ulterioare, sau finanțarea terorismului, prevăzută de art. 36 din Legea nr. 535/2004, cu modificările și completările ulterioare, sau de dispozițiile corespunzătoare ale legislației penale a statului în care respectivul operator economic a fost condamnat;

f) traficul și exploatarea persoanelor vulnerabile, prevăzute de art. 209-217 din Legea nr. 286/2009, cu modificările și completările ulterioare, sau de dispozițiile corespunzătoare ale legislației penale a statului în care respectivul operator economic a fost condamnat;

g) fraudă, în sensul articolului 1 din Convenția privind protejarea intereselor financiare ale Comunităților Europene din 27 noiembrie 1995.

(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.

Art. 168. - (1) Autoritatea contractantă are obligația de a accepta ca fiind suficient și relevant pentru demonstrarea faptului că ofertantul/candidatul nu se încadrează în una dintre situațiile prevăzute la art. 164, 165 și 167, orice document considerat edificator, din acest

punct de vedere, în țara de origine sau în țara în care ofertantul/candidatul este stabilit, cum ar fi certificate, **caziere judiciare** sau alte documente echivalente emise de autorități competente din țara respectivă.

(2) În cazul în care există incertitudini în ceea ce privește existența sau inexistența unei situații de excludere, autoritatea contractantă are dreptul de a solicita în mod direct informații de la autoritățile competente străine prevăzute la alin. (1).

(3) În cazul în care în țara de origine sau în țara în care este stabilit ofertantul/candidatul nu se emit documente de natura celor prevăzute la alin. (1) sau respectivele documente nu vizează toate situațiile prevăzute la art. 164, 165 și 167, autoritatea contractantă are obligația de a accepta o declarație pe propria răspundere sau, dacă în țara respectivă nu există prevederi legale referitoare la declarația pe propria răspundere, o declarație autentică dată în fața unui notar, a unei autorități administrative sau judiciare sau a unei asociații profesionale care are competențe în acest sens.

coroborate cu prevederile Legii nr. 290/2004 privind cazierul judiciar, republicată, potrivit căroră certificatul de cazier judiciar reprezintă documentul eliberat persoanelor, care atestă situația judiciară a acestora. Cazierul judiciar constituie un mijloc de cunoaștere și identificare operativă a persoanelor care au comis infracțiuni contra persoanei și a libertății acesteia, a patrimoniului și, în general, a ordinii de drept, deci un mijloc de cunoaștere și a comiterii infracțiunilor enumerate la art. 164 din legea achizițiilor publice.

În certificatul constatator despre datele înregistrate în registrul comerțului depus de asociatul ... SA figurează, la pag. 3/8, în calitate de auditor persoană juridică, ...SRL, cu data numirii 22.05.2024, data expirării mandatului 22.05.2026 și durata mandatului 3 ani.

Potrivit art. 7 alin. (2) lit. m) din Normele metodologice privind modul de ținere a registrelor comerțului, de efectuare a înregistrărilor și de eliberare a informațiilor, aprobate prin Ordinul ministrului justiției nr. 2.594/C/2008, pentru societăți, societățile naționale, companiile naționale, regiile autonome și societățile europene cu sediul în România se înscriu următoarele date, precum și modificările acestora: „m) **organel**

c

i, membrii acestora și datele lor de identificare, iar dacă cenzorul/ **a**
jurid

i

c

ă, datele de identificare al reprezentantului acesteia”.

Așadar, în viziunea legiuitorului, cenzorii și auditorii fac parte din categoria organelor de control, ale căror informații trebuie regăsite în registrul comerțului. Mai mult, relativ la ipoteza concretă a speței de față, ... a pretins expres în documentația de atribuire cazierul judiciar al celor cu putere de control „așa cum rezultă din certificatul constatator emis de ONRC / actul constitutiv”, iar în certificatul adus de ... SA figurează auditorul persoană juridică ...SRL, fără îndoială:

- 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**;

Dincolo de particulele disjunctive și semnele de punctuație ale textului reprodus, prevederea imperativă a alin. (2) al art. 164 din legea achizițiilor publice, la care face trimitere documentația de atribuire, este limpede și imperativă. Este de neconceput ca o autoritate achizitoare să atribuie un contract din fonduri publice unui operator economic care are ca membru cu putere de reprezentare, de decizie sau de control în cadrul acestuia o persoană condamnată penal pentru infracțiunile indicate în lege doar pentru că alți membri, ai organului de administrare, de conducere sau de supraveghere nu au suferit condamnări. Cu alte cuvinte, alin. (2) al art. 164 trebuie interpretat sistematic și teleologic, în ansamblu, nu fragmentat în raport de disjuncții și virgule.

Însă, înțelesul de sintagmei „organ de control” la care se raportează registrul comerțului poate diferi de acela la care se raportează legiuitorul achizițiilor publice, dovadă stând circumstanțierile din anexa Ordinului președintelui Agenției Naționale pentru Achiziții Publice nr. 1554/2023 privind aprobarea structurii și conținutului Documentației standard de atribuire a contractului de achiziție publică/sectorială de produse, luate ca reper:

III.1.1) Capacitatea de exercitare a activității profesionale, inclusiv cerințele privind înscrierea în registrele profesionale sau comerciale

[Listă și descriere succintă a condițiilor]

III.1.1.a) Situația personală a candidatului/ofertantului:

Cerința nr. 1.

Ofertanții, terții susținători și subcontractanții nu trebuie să se regăsească în situațiile prevăzute la art.164, 165, 167 din Legea nr. 98/2016, respectiv art.177, 178, 180 din Legea nr. 99/2016. [se va selecta după caz]

Modalitatea de îndeplinire:

Se va completa DUAE în conformitate cu art. 193 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, respectiv art. 202 alin. (1) din Legea 99/2016.

Documentele justificative care probează îndeplinirea celor asumate prin completarea DUAE, ce urmează a fi prezentate, la solicitarea autorității/entității contractante, doar de către ofertantului clasat pe primul loc în clasamentul intermediar întocmit la finalizarea evaluării ofertelor sunt:

- 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;

În ceea ce privește persoanele la care se face referire la art. 164 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, cu modificările și completările ulterioare, prin raportare la prevederile Legii nr. 31/1990¹, se pot distinge următoarele categorii, care au, după caz, în funcție de forma juridică de organizare și de modul de administrare a operatorului economic, calitatea de membrii cu putere de reprezentare, de decizie sau de control în cadrul acestuia:

⇒ În cazul societăților în nume colectiv: persoana fizică numită/aleasă să reprezinte

societatea în calitate de administrator sau după caz persoanele fizice numite/alese să reprezinte societatea în calitate de administratori (art. 7 și art. 77 din Legea nr. 31/1990);

⇒ În cazul societăților în comandită simplă: asociați comanditați numiți/aleși în calitate de administratori (art. 88 și art. 90 din Legea nr. 31/1990);

⇒ În cazul societăților pe acțiuni:

- Societăți pe acțiuni administrate în sistem unitar:
 - persoana desemnată/numită în calitate de administrator sau după caz persoanele desemnate/numite în calitate de administratori care constituie consiliul de administrație (art. 137 și art. 137¹ alin. (1) din Legea nr. 31/1990);

În conformitate cu prevederile art. 153¹³ alin. (2) din Legea nr. 31/1990 persoana juridică poate fi numită administrator. Odată cu această numire persoana juridică (fără a fi exonerată de răspundere) este obligată să își desemneze un reprezentant permanent, persoană fizică, care este supus aceluiași condiții și obligații și are aceeași răspundere civilă și penală ca și un administrator;

- directorii societății pe acțiuni (persoane fizice) în cazul în care într-o societate pe acțiuni, consiliul de administrație delegă atribuțiile de conducere ale societății către aceștia (art. 138¹, art. 143 și art. 153¹³ alin. (1) din Legea nr. 31/1990);

- **persoana desemnată** în calitate de cenzor, supleant sau după caz **în calitate de auditor intern** (art. 159, art. 160, art. 161 alin. (1), 162 alin. (1) și art. 163 din Legea nr. 31/1990).

2) Societăți pe acțiuni administrate în sistem dualist:

- directorul general unic sau după caz persoanele fizice membre ale directoratului (art. 153 alin. (1) și (2), art. 153¹ și art. 153¹³ alin. (1) din Legea nr. 31/1990);

- membrii consiliului de supraveghere (art. 153 alin. (1) și (2) și art. 153⁹ alin. (3) din Legea nr. 31/1990).

- **persoana desemnată în calitate de auditor intern** (art. 160 și art. 163 din Legea nr. 31/1990).

⇒ În cazul societăților în comandită pe acțiuni:

- asociatul/asociații comanditați numiți în calitate de administrator (art. 188 alin. (1) din Legea nr. 31/1990);

- **persoana desemnată** în calitate de cenzor, supleant sau după caz **în calitate de auditor intern** (art. 187 din Legea nr. 31/1990).

⇒ În cazul societăților cu răspundere limitată:

- persoana numită în calitate de administrator sau după caz persoanele numite în calitate de administrator (art. 197 alin. (1) din Legea nr. 31/1990);

- **persoana desemnată** în calitate de cenzor, supleant sau după caz **în calitate de auditor intern** (art. 199 alin. (1)-(4) din Legea nr. 31/1990);

- asociatul/asociații care nu au calitatea de administrator al societății, dar care în lipsă de cenzori sau după caz de auditori financiar exercită dreptul de control pe care aceștia îl au în cadrul societății (art. 199 alin. (5) din Legea nr. 31/1990).

Totodată, în ceea ce privește asociații persoane fizice care nu au și calitatea de administrator (deci nu figurează ca persoane împuternicite), în Actul constitutiv al societății se menționează puterile ce li s-au conferit și dacă ei urmează să le exercite.

- după caz, documente prin care se demonstrează faptul că operatorul economic poate beneficia de derogările prevăzute la art. 166 alin. (2), art. 167 alin. (2), art. 171 din Legea 98/2016, respectiv art. 179 alin. (2), art. 180 alin. (2), art. 184 din Legea 99/2016;

- alte documente edificatoare, după caz.

Auditorul financiar nu este o entitate care face parte din structura membrilor asocierii, ci este o terță parte, independentă, o entitate externă membrilor și care nu are atribuții de administrare, de control, de verificare și nici alte atribuții pentru care Legea nr. 98/2016 prevede obligativitatea depunerii certificatului de cazier judiciar. „În situația în care efectuează un audit statutar, auditorul financiar și/sau **firm**

a

ud

i

t, precum și orice persoană fizică aflată în poziția de a influența în mod direct sau indirect rezultatul auditului statutar trebuie să fie

indep

e

nd

e

ntă d

, în înțelesul Codului etic.” – art. 21 alin. (1) din Legea nr. 162/2017 privind auditul statutar al situațiilor financiare anuale și al situațiilor financiare anuale consolidate și de modificare a unor acte normative.

În optica Agenției Naționale pentru Achiziții Publice, este necesar cazierul pentru persoanele desemnate în calitate de auditori interni, calitate pe care ...SRL nu o posedă, până la proba contrară, *quod non*, cu toate că figurează în certificatul emis de oficiul registrului comerțului. Neavând calitatea cerută de art. 164 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, societății de audit financiar independent ...SRL nu îi revine obligația de a furniza cazier judiciar.

În acest sens vine și practica instanțelor de judecată, elocvente fiind, de pildă:

- decizia civilă nr. 1623 din 25 noiembrie 2019, Curtea de Apel Cluj, Secția a III-a contencios administrativ și fiscal, cod ReJust 88dg49gg:

Cu privire la nedepunerea de către Asocierea SC [...] S.R.L. - SC [...] S.R.L. - SC [...] S.A. - SC [...] S.R.L. - SC [...] S.R.L. a **certificatului de cazier judiciar pentru societatea de audit**, recurenta arată că în cadrul acestei critici a invocat faptul că asocieria a răspuns parțial neconcludent la solicitarea de clarificări a autorității contractante, omițând să depună certificat de cazier judiciar pentru societatea [...] Audit SLP care, conform documentelor depuse în ofertă, are calitatea de auditor al unuia dintre membrii asocierii (este vorba despre societatea [...] SA), deși depunerea acestui document i se solicitase în mod explicit de către autoritatea contractantă.

Față de aceasta împrejurare, nedepunerea certificatului se impunea a fi sancționată cu respingerea ofertei depuse de Asocierie, în acord cu dispozițiile art. 134 alin.5 din Normele metodologice aprobate prin H.G. nr. 395/2016, care sancționează în mod expres nedepunerea unui document/clarificare/completare solicitată de comisia de evaluare cu respingerea ofertei ca inacceptabilă.

Subliniază că instanța de fond a omis să constate că autoritatea contractantă a făcut aplicarea acestei prevederi, a solicitat cazierul judiciar ofertantului clasat pe primul loc și acesta din urmă nu l-a depus, fapt care atrăgea incidența sancțiunii prevăzute de art. 134 alin. 5 din H.G. nr. 395/2016 independent de incidența sau nu a unuia dintre motivele de excludere

prevăzute de art. 164-167 din lege. Motivul excluderii este dat în acest caz de imposibilitatea comisiei de evaluare de a verifica eligibilitatea ofertei în lipsa documentului justificativ solicitat.

Curtea constată că prin solicitarea de clarificări din 16.04.2019 autoritatea contractantă a solicitat asociației să depună și cazierul judiciar al [...] Audit SLP – auditor (filele 29-30, vol. XVI din dosarul de fond).

Prin răspunsul la solicitarea de clarificări, SC [...] S.R.L. a specificat că cerința fișei de date referitoare la prezentarea cazierului judiciar nu se aplică și pentru societatea menționată, deoarece aceasta nu este operator economic implicat în procedură, nu este membru al organului de administrare al asociatului [...] S.A., nu este membru al organului de conducere al asociatului [...] S.A., nu este membru al organului de supraveghere al asociatului [...] S.A., nu este membru cu puterea de reprezentare al asociatului [...] S.A., nu este membru cu putere de decizie al asociatului [...] S.A. și nu este membru cu putere de control al asociatului [...] S.A. (filele 32-33).

Prin procesul-verbal privind evaluarea răspunsurilor la solicitările de clarificări privind documentele justificative care probează îndeplinirea criteriilor de clarificare întocmit de Județul Maramureș s-a reținut că cerința din fișa de date „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 / actele constitutive valabile la momentul prezentării ...” nu se aplică și pentru [...] Audit SLP (filele 43-48). În consecință, comisia de evaluare a constatat că informațiile preliminare din DUAE sunt demonstrate și ca atare a decis în unanimitate că cerința minimă de calificare este îndeplinită.

Se constată, deci, că la momentul evaluării comisia nu s-a aflat în imposibilitate de a verifica eligibilitatea ofertei în lipsa documentului justificativ solicitat, respectiv a certificatului de cazier pentru societatea de audit, ci a apreciat că **în privința societății de audit nu se aplică cerința din fișa de date și de aceea nedepunerea certificatului de cazier judiciar nu atrage respingerea ca inadmisibilă a ofertei**. Raportat la cerința în discuție, autoritatea contractantă a constatat că este îndeplinită de asociere.

Deși inițial autoritatea contractantă a considerat necesar a se depune acest certificat, în urma clarificărilor aduse de ofertant și-a reconsiderat abordarea, în sensul că cerința nu se aplică auditorului.

În acest context, nu se poate susține că se impunea în continuare respingerea ca inacceptabilă a ofertei, urmare a nedepunerii certificatului, deoarece autoritatea a apreciat drept îndeplinită cerința minimă de calificare.

Reține instanța de fond că **auditul financiar rămâne a fi realizat de o entitate externă agentului economic, independentă de aceasta**, în condițiile O.U.G. nr. 75/1999 și Legea nr. 98/2016 prin art. 164 alin. 1 și 2 vizează exclusiv entitatea ofertantă, **nu și entitățile terțe, cum ar fi în cazul din speță auditorii**.

După cum susține și recurenta, comparația dintre auditor și cenzor, care este punctată de prima instanță, a reprezentat o argumentație marginală în cuprinsul contestației, esențial fiind a se stabili dacă auditorul este vizat de cerința din fișa de date.

[...] S.R.L. susține că auditorul financiar este o entitate care deține atribuții de supraveghere și control în cadrul societății și face trimitere la dispozițiile Cap. 10 secțiunea 101 din Ordinul nr. 1.802/2014, pentru aprobarea Reglementării contabile.

Potrivit art. 2 din O.U.G. nr. 75/1999 privind activitatea de audit financiar, republicată, „Auditul financiar reprezintă activitatea efectuată de auditorii financiari în vederea exprimării unei opinii asupra situațiilor financiare sau a unor componente ale acestora, exercitarea altor misiuni de asigurare și servicii profesionale, potrivit reglementărilor legale în domeniu”.

Și Ordinul nr. 1.802/2014 dispune că situațiile financiare anuale ale entităților mijlocii și mari sunt auditate de unul sau mai mulți auditori statutari sau firme de audit, care „exprimă o opinie privind: (i) consecvența raportului administratorilor cu situațiile financiare pentru același exercițiu financiar; și (ii) întocmirea raportului administratorilor în conformitate cu cerințele legale aplicabile;

b) declară dacă, pe baza cunoașterii și a înțelegerii dobândite în cursul auditului cu privire la entitate și la mediul acesteia, a(au) identificat informații eronate semnificative prezentate în raportul administratorilor, indicând natura acestor informații eronate”.

Raportat la aceste prevederi, **este evident că auditorul nu administrează entitățile auditate, nu conduce activitatea acestora și nici nu le supraveghează activitatea, nu**

are atribuții de reprezentare a entităților auditate, nu are atribuții în luarea deciziilor și nici nu desfășoară activitate de control, astfel că dispozițiile art. 164 alin. 2 din Legea nr. 98/2016 nu îl vizează.

Reglementările în domeniu nu menționează în favoarea auditorului atribuții de control a activității entității auditate și nici nu se poate deduce o astfel de încadrare, astfel că nu se impunea a se verifica lipsa antecedentelor penale și în privința societății Advance Audit SLP.

- decizia nr. 123 din 2 februarie 2023, Curtea de Apel Ploiești, Secția de contencios administrativ și fiscal, cod ReJust 7239g5386:

Cu privire la critica potrivit căreia asocierea [...] SRL - [...] SA nu a răspuns în mod concludent la solicitările de clarificări emise de autoritatea contractantă, în sensul nedepunerii cazierelor judiciare ale cenzorilor/**auditorilor** menționați în certificatul constatator emis de ONRC, Curtea o va respinge, potrivit următoarelor considerente:

Se reține că asocierii [...] SRL - [...] SA i-a fost transmisă adresa nr. F1212/24.10.2022, prin care i-au fost solicitate 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, astfel cum rezultă din certificatul constatator emis de ONRC/actul constitutiv.

Prin decizia contestată, CNSC a constatat că, pentru două persoane, [...] și [...], care aveau calitatea de cenzori, nu au fost depuse de către asocierea Ness Proiect cazierelor judiciare, însă a apreciat că, întrucât, în cadrul cerinței de participare, conjuncția „sau” are valoare de ori, în sensul de obligație alternativă, nu pe aceea de și, de obligație cumulativă, nu era necesară depunerea acestor documente.

Contrar interpretării date de CNSC, **conjuncția „sau” are, în cadrul cerinței de participare, valoarea de „și”, iar nu pe aceea de „ori”,** astfel încât, pentru dovedirea îndeplinirii respectivei cerințe, un ofertant trebuie să depună cazierelor judiciare ale membrilor organului de administrare, de conducere și de supraveghere al respectivului operator economic și a celor ce au putere de reprezentare, de decizie și de control în cadrul acestuia, astfel cum rezultă din certificatul constatator emis de ONRC/actul constitutiv, obligația având caracter cumulativ.

Astfel, rațiunea depunerii acestor documente rezidă în demonstrarea faptului că niciuna dintre persoanele cu atribuții de administrare, de conducere, de supraveghere sau de control nu a fost condamnată pentru infracțiunile prevăzute de art. 177 alin. 1 din Legea nr. 99/2016, fiind, de altfel, total nelegal ca un operator economic să fie menținut într-o licitație publică în situația în care una dintre persoanele din organele sale de conducere sau control s-ar afla în situațiile prevăzute de art. 177 alin. 1 din Legea nr. 99/2016.

Conform art. 163 alin. 1 din Legea nr. 31/1990, cenzorii sunt obligați să supravegheze doar gestiunea societății, să verifice dacă situațiile financiare sunt corect întocmite și în concordanță cu registrele, dacă acestea din urmă sunt ținute regulat și dacă evaluarea elementelor patrimoniale s-a făcut conform regulilor stabilite pentru întocmirea și prezentarea situațiilor financiare, **fără a avea puteri de reprezentare, decizie sau control în ceea ce privește conducerea (administrarea) societății.**

Pe cale de consecință, contrar opiniei exprimate de CNSC, **Curtea apreciază că, dat fiind faptul că cenzorii unei societăți nu fac parte din organele de administrare, de conducere sau de supraveghere ale unei societăți pe acțiuni și nu au putere de reprezentare, decizie sau control, nu se află în situația de excludere reglementată de prevederile art. 177 alin. 1 din Legea nr. 99/2016, nefiind astfel necesară depunerea unor caziere judiciare pentru aceștia.**

Recapitulând și concluzionând, diferendul dedus judecății își are originea în interpretările pe care cele două părți le dau cerinței de calificare citată mai sus, cerință care îi privește pe membrii cu putere de reprezentare, de decizie sau de control în cadrul candidaților/ ofertanților asociați, membri în rândul cărora nu se confirmă societățile independente de audit financiar, cum este declarată a fi ...SRL. Astfel fiind, asocierii ...SRL - ... SA nu îi revenea obligația de a furniza autorității contractante vreun certificat de cazier judiciar pentru auditorul

financiar ...SRL, obiecțiile contestatoarei privind nelegalitatea respingerii candidaturii din cauza expusă vădindu-se a fi fondate.

În considerarea celor evocate și a art. 26 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite contestația ...SRL nr. 211/ 21.03.2024, în contradictoriu cu ..., va anula raportul intermediar al procedurii nr. 3640/18.03.2024 și adresa de comunicare a rezultatului calificării nr. 3640/18.03.2024, toate în partea care privește candidatura asocierii antemenționate. Totodată, va obliga autoritatea contractantă la reevaluarea temeinică a acestei candidaturi, prin prisma aspectelor de mai sus, precum și la emiterea unui nou act de evaluare a ei, cu respectarea celor ce preced, a legislației privind achizițiile publice și a cerințelor din documentația de atribuire. În baza aceluiași temei legal, va obliga autoritatea să comunice asocierii rezultatul reevaluării candidaturii, cu respectarea legislației aplicabile.

Analiza actului atacat al autorității contractante, din punctul de vedere al legalității și temeiniciei, s-a efectuat prin prisma motivelor invocate de societatea contestatoare, în acord cu principiul disponibilității care guvernează și procedura administrativ-jurisdicțională în fața Consiliului [art. 26 alin. (2) partea introductivă din legea remediilor și art. 9 alin. (2) C. proc. civ. - obiectul și limitele procesului sunt stabilite prin cererile și apărările părților]. Cu privire la aspectele care nu au format obiectul contestației, răspunderea juridică pentru selectarea și declararea câștigătoare a unei anumite candidaturi/oferte revine autorității contractante, ținută de lege să verifice și să stabilească modul de îndeplinire de către candidat/ candidatură/ofertant/ofertă a tuturor cerințelor de calificare și specificațiilor tehnice stabilite în documentația de atribuire. Art. 1 alin. (4) din normele aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 395/ 2016 statuează că autoritatea contractantă este responsabilă pentru modul de atribuire a contractului de achiziție publică/acordului-cadru, cu respectarea tuturor dispozițiilor legale aplicabile, deci și a regulilor de elaborare a proceselor-verbale și a rapoartelor comisiei de evaluare, inclusiv în ceea ce privește concluziile verificărilor.

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

Admite contestația ...SRL nr. ..., în contradictoriu cu ..., și anulează raportul intermediar al procedurii nr. 3640/18.03.2024 și adresa de comunicare a rezultatului calificării nr. 3640/18.03.2024, toate în partea care privește respingerea candidaturii asocierii ...SRL - ... SA. Obligă autoritatea contractantă la reevaluarea candidaturii asocierii și la emiterea unui nou raport intermediar al procedurii de atribuire, cu respectarea întocmai a celor consemnate mai sus, a documentației de

atribuire și a legislației aplicabile privind achizițiile publice, în termen de cel mult cincisprezece zile de la data primirii prezentei decizii. După reevaluarea candidaturii și aprobarea raportului, autoritatea va comunica asocierii rezultatul reevaluării.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți. Împotriva ei se poate formula plângere, în termen de zece zile.

PREȘEDINTE,

...

MEMBRU,

...

MEMBRU,

...

Redactată practica deciziei,

...

Redactată în patru exemplare, conține cincisprezece pagini.