CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

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

În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) și ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE
Nr. ..../C../....
Data: ...

Prin contestația nr. 178/02.10.2017, înregistrată la Consiliu cu nr. 41521/03.10.2017, formulată de ... SRL, cu sediul în ..., având CUI ... și număr de ordine la Oficiul Registrului Comerțului ..., reprezentată legal de ... - administrator, împotriva rezultatului procedurii organizată de autoritatea contractantă, ..., cu sediul în ..., județul Maramureș, în cadrul procedurii simplificate online - într-o singură etapă organizată în vederea atribuirii contractului de lucrări având ca obiect „...»”, s-a solicitat Consiliului:

- anularea adresei nr. 7723/18.09.2017, prin care s-a comunicat inacceptabilitatea ofertei ... SRL;
- anularea în parte a raportului procedurii (respectiv partea privind declararea ca fiind inacceptabilă a ofertei depusă de ... SRL);
- acceptarea clarificărilor efectuate de ... SRL la solicitarea de clarificări nr. 163/12.09.2017;
- reevaluarea ofertei ... SRL și a clasamentului ofertanților, după reexaminarea precizărilor aduse.

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 ... SRL critică rezultatul procedurii de atribuire, respectiv faptul că oferta sa a fost declarată inacceptabilă.

În fapt, arată contestatoarea, raportat la conținutul și scopul cerinței din fișa de date a achiziției, respectiv *„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 control în*

cadrul acestuia, așa cum rezulta din certificatul constatator emis de ONRC/actul constitutiv”, clarificările, solicitate prin adresa nr. 7500/11.09.2017, sunt excesive și neîntemeiate, cerința referindu-se doar la persoanele cu drept de administrare, decizie și control. Or, ... și persoana fizică ... nu sunt membri al organului de administrare sau conducere (în Consiliul de Administrație), nu sunt organe de supraveghere, de decizie sau control, ci doar acționari minoritari cu drept de vot nedecisiv în cadrul ... SA, ca și alți acționari minoritari, acționarul majoritar cu putere de decizie absolută, conform Legii nr. 31/1990 și a Statutului societății, fiind ... SRL.

Totuși, susține contestatoarea, solicitarea putea fi îndeplinită peste reglementarea din fișa de date a achiziției, însă fără a avea un sens practic, iar posibilitatea de a solicita acest lucru acționarilor minoritari nu era posibilă în termenul scurt acordat, în condițiile în care acționarul ... este cetățean american, cu domiciliu în SUA, iar probabilitatea obținerii unui cazier judiciar pentru acesta presupune o corespondență anterioară, cu explicații privind necesitatea cazierului, urmată, în cazul acceptului, de o procedură notarială de împuternicire a unei alte persoane fizice de pe teritoriul României pentru solicitarea și ridicarea cazierului, procedura putând ajunge și la 30 de zile.

Contestatoarea consideră că termenul acordat pentru clarificări trebuie adaptat complexității procedurilor de îndeplinire a cerințelor solicitate, ori, în aceste condiții, neacordarea de către autoritatea contractantă a amânării solicitate în vederea răspunderii la solicitarea de clarificări nr. 7500/11.09.2017, este o conduită abuzivă, care s-a soldat cu restrângerea drepturilor sale de participant la procedură, prin încălcarea principiilor tratamentului egal și nediscriminării.

În ceea ce privește faptul că nu a contestat fișa de date a achiziției, petenta menționează că în fișa de date a achiziției nu era prevăzută cerința explicită cu privire la acționari, iar în reprezentarea sa și în cea legală, acționarii nu sunt organe de decizie în societățile comerciale, pentru validitatea deliberărilor adunării ordinare fiind necesară prezența acționarilor care să reprezinte cel puțin jumătate din capitalul social, iar hotărârile să fie luate de acționarii ce dețin majoritatea absolută din capitalul social reprezentat în adunare, dacă în actul constitutiv sau în lege nu se prevede o majoritate mai mare. Iar, dacă adunarea nu poate lucra din cauza neîndeplinirii condițiilor de la alin. (1), adunarea ce se va întruni, după o a doua convocare, poate a delibera asupra problemelor puse la ordinea de zi a celei dintâi adunări, oricare ar fi partea de capital social reprezentată de acționarii prezenți, cu majoritate.

Totodată, pentru validitatea deliberărilor adunării generale extraordinare, când actul constitutiv nu dispune altfel, sunt necesare: la prima convocare - prezența acționarilor reprezintă trei pătrimi din capitalul social, iar hotărârile sunt luate cu votul unui număr de acționari care să reprezinte cel puțin jumătate din capitalul social, iar, la convocările următoare - prezența acționarilor reprezintă jumătate din capitalul social, iar hotărârile sunt luate cu votul unui număr de

acționari care să reprezinte cel puțin o treime din capitalul social. Prin urmare, în speță, în nicio situație acționarii minoritari nu au drept de administrare, decizie sau control, nereprezentând organ de administrare, de conducere sau supraveghere conform cerinței din fișa de date a achiziției.

Or, arată petenta, în cazul în care autoritatea contractantă voia informații despre eventualitatea unor derogări prin actul constitutiv în legătură cu cvorum necesar deliberărilor în AGA, trebuia să solicite depunerea statutului societății de unde rezultă că nu sunt derogări.

De altfel, contestatoarea precizează că solicitarea nici nu putea fi îndeplinită, societatea neavând în niciun fel drept de dispoziție asupra acționarilor minoritari, în sensul de a le putea solicita, respectiv impune, oricând, comunicarea de documente (certificate de cazier). Prin această solicitare autoritatea contractantă a dat acționarilor minoritari capacitați, respectiv drepturi superioare celor acordate prin lege sau statutul societății, respectiv dreptul sau posibilitatea de a obstrucționa accesul la procedură (prin refuzul comunicării în termen a cazierului), conform Legii nr. 31/1990, unul dintre organele de administrare a societăților comerciale pe acțiuni este Adunarea Generală a Acționarilor.

În continuarea expunerii sale, contestatoare evocă prevederile art. 20 alin. (2) din HG nr. 395/2016 și ale art. 154 din Legea nr. 98/2016, subliniind faptul că, din formularea cerinței din fișa de date a achiziției nu rezultă explicit că acționarii minoritari fac obiectul acestei cerințe, iar, dat fiind faptul că acționarii minoritari într-o societate pe acțiuni pot fi într-un număr foarte mare, perspectiva de a cere cazier tuturor este absurdă.

De asemenea, contestatoarea apreciază ca fiind inadecvată speței explicația autorității contractante din răspunsul la notificare, precum că, din dispozițiile Legii nr. 31/1990 privind societățile comerciale, rezultă faptul că adunarea generală a acționarilor este organul de deliberare și decizie al societății, deoarece, într-adevăr AGA este organ de administrare, ca și organ unitar, dar nu și fiecare acționar în parte, care nu poate exercita în mod singular acte de administrare decât indirect prin mecanismul AGA, care se derulează în condițiile legii și a actului constitutiv. Prin urmare, deciziile nu sunt ale acționarului, ci ale organului (AGA), acționarul putând influența deciziile doar în măsura în care este acționar majoritar, ceea ce, în speță, nu este cazul.

În altă ordine de idei, privitor la susținerea de către autoritatea contractantă a faptului că notificarea prealabilă nu este întocmită în conformitate cu Legea nr. 101/2016, întrucât nu face referire la nicio măsură de remediere, contestatoarea menționează că acest aspect nu produce efectul nulității acesteia, deoarece necesitatea remedierilor rezultă implicit și explicit din argumentele prin care a contestat clarificarea solicitată. Astfel, dacă autoritatea contractantă admitea argumentația contestatoarei, în mod firesc urma să facă remedieri în acest sens, adică să renunțe la solicitare sau la efectele neonorării

acestei solicitări, ori în condițiile în care nu a admis aceste argumente, a procedat ca atare, neexecutând vreo remediere.

În concluzie, contestatoarea învederează că autoritatea contractantă a procedat, pentru chestiuni netemeinice și cu multă ușurință, la excluderea ofertantului cu prețul cel mai scăzut, în detrimentul interesului public, invocând argumente netemeinice, deci nelegale, conduita acesteia fiind în disonanță cu principiul eficienței utilizării fondurilor, care trebuie să guverneze o administrare eficientă.

Prin adresa nr. 895/26.10.2017, înregistrat la Consiliu sub nr. 45726/27.10.2017, autoritatea contractantă transmite punct de vedere, precizând următoarele:

În fapt, arată autoritatea contractantă, în urma depunerii documentelor care au stat la baza întocmirii DUAE, de către SC ... SRL, fiind clasat pe locul I, conform raportul intermediar, comisia de evaluare a constat că ofertantul a înlocuit din proprie inițiativă terțul susținător, motivat de faptul că *„SC ... SRL are probleme financiare și nu poate să obțină certificat de la A.N.A.F. fără datorii”,* fiind indicat un alt operator economic în calitate de terț susținător implicat în procedura de evaluare, respectiv SC ... SA.

Astfel, după verificarea documentelor prezentate, comisia de evaluare a solicitat SC ... SRL, prin adresa nr. 7500/11.09.2017, prezentarea unor clarificări referitoare la noul terț susținător, respectiv prezentarea cazierelor judiciare pentru acționarii SC ... SA. Ofertantul încarcă în SEAP adresa nr. 163/12.09.2017, prin care solicită amânarea depunerii clarificărilor referitoare la documentele suport DUAE, cu o perioadă de 10 zile, motivând că persoanele de decizie sunt în concediu, fără a prezenta nicio obiecțiune la acestea. Solicitarea ofertantul nu a fost agreată de către comisia de evaluare, aceasta luând decizia de a nu accepta prelungirea depunerii clarificărilor, decizie comunicată ofertantului prin adresa nr. 7645/14.09.20107.

SC ... SRL a transmis în aceeași zi, pe fax, adresa nr. 169/14.09.2017 prin care renunță la solicitarea amânării cu 10 zile a depunerii clarificărilor, pe motiv că *„terțul susținător S.C. ... S.A., s-a întors din concediu în mod special pentru întocmirea documentelor”*, aceasta fiind în afara prevederilor legale în vigoare, care au stabilit că toate documentele referitoare la procedura de atribuire se vor încarcă exclusiv „on-line”, în SEAP. Cu toate că nu mai avea dreptul de a încărca clarificările la rubrica de întrebări și răspunsuri din cadrul SEAP, ofertantul se folosește de posibilitatea sistemului de achiziții electronic, prin care i se comunica decizia comisiei de evaluare de neacceptare a prelungirii termenului de depunere, și încarcă o parte din clarificările solicitate.

Prin adresa nr. 7723/18.09.2017, i se comunică ofertantului SC ... SRL decizia comisiei de evaluare, prin care oferta depusă în cadrul procedurii este declarată inacceptabilă, motivat de faptul că:

- cerința din fișa de date a achiziției: *„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" a fost agreată de SC ... SRL la momentul depunerii ofertei, acesta nesolicitând niciun fel de clarificare la nivelul documentației de atribuire, și a certificatului constatator nr. .../09.08.2017, emis de ONRC Cluj, din care reiese acționariatul societății SC ... SA;

- s-a solicitat cazierul judiciar doar pentru cei trei acționari care reies din certificatul constatator, respectiv pentru ... și persoana fizică ...;

- invocarea de către ofertant a *„art. 20, aliniat 2 din HG 395/2016 dispune că ... și prin art. 154 din legea 98/2016 cu mențiunea - Consultant dispoziția mai sus expusă precum și cerința, așa cum a fost formulată în fișa de date, nu rezultă explicit din cerința că acționarii minoritari fac obiectul acestei cerințe"* este tardivă, deoarece în cazul unor neclarități la documentația de atribuire, respectiv fișa de date a achiziției, trebuiau solicitate clarificări până la data depunerii ofertelor, aspect care, neproducându-se, a însemnat că toate solicitările documentației de atribuire vor fi respectate;

- cerința de mai sus se întinde și asupra tuturor persoanelor fizice/juridice care figurează în certificatul constatator emis de ONRC, conform dispozițiilor Legii nr. 31/1990 privind societățile comerciale, adunarea generală a asociaților/acționarilor este organul de eliberare și decizie al societății, fiind formată din totalitatea asociaților/acționarilor societății.

În altă ordine de idei, autoritatea contractantă supune atenției faptul că notificarea prealabilă nr. 176/25.09.2017, întocmită de către ... SRL, nu este întocmită în conformitate cu prevederile art. 6 alin. (1) lit. b) și (2) din Legea nr. 101/2016, deoarece în conținutul acesteia nu se face referire la nicio măsură de remediere necesar a fi luată, comisia de evaluare considerând că ofertantul doar constată solicitarea clarificărilor, fără a dori niciun fel de măsură de remediere.

De asemenea, arată autoritatea contractantă, prin contestația depusă, ... SRL modifică conținutul contestației și a solicitărilor, față de cum au fost formulate acestea în notificarea prealabilă, dorind să inducă în eroare Consiliul și să încurce evaluarea și finalizarea procedurii de atribuire.

Din analiza susținerilor părților și a documentelor existente la dosarul cauzei, Consiliul reține cele ce urmează:

... a inițiat o procedura simplificată online - într-o singură etapă organizată în vederea atribuirii contractului de lucrări având ca obiect *„...»"*, prin publicarea, în SEAP, a anunțului de participare simplificat nr. ... din .... Valoarea estimată a contractului de lucrări ce urmează a fi atribuit este de 4.166.169,70 lei, fără TVA, iar criteriul de atribuire „prețul cel mai scăzut".

Prin procesul-verbal al ședinței de evaluare nr. 11/15.09.2017, întocmit cu ocazia evaluării clarificărilor privind documentele suport

DUAE, s-a reținut că ofertantul SC ... SRL nu a prezentat toate aspectele cerute prin adresa de solicitare de clarificări astfel încât a fost declarată inacceptabilă oferta acestuia, în baza art. 137 alin. (2) lit. b) din HG nr. 395/2016, rezultat comunicat ofertantului prin adresa nr. 7723/18.09.2017.

Nemulțumit de acest rezultat, după îndeplinirea procedurii de notificare prealabilă, SC ... SRL a formulat contestația de față.

Raportat la susținerile autorității contractante cu privire la nerespectarea de către contestatoare a prevederilor art. 6 alin. (1) lit. b) și alin. (2) din Legea nr. 101/2016, Consiliul reține că SC ... SRL, prin adresa nr. 176/25.09.2017, semnalează, în scris, autorității, neregulile sesizate cu privire la respingerea ofertei sale, comunicată prin actul nr. 7723/18.09.2017. În acest context, faptul că aceasta nu a solicitat, clar, măsurile de remediere considerate necesare, nu reprezintă, în opinia Consiliului, un motiv pentru a constata neîndeplinirea corespunzătoare a procedurii de notificare prealabilă, dat fiind că respectivele măsuri de remediere nu puteau fi decât în sensul reconsiderării caracterului inacceptabil al ofertei.

De asemenea, contrar afirmațiilor autorității contractante cum că societatea contestatoare ar fi „*modificat conținutul contestației și al solicitărilor, față de cum au fost formulate acestea în notificarea prealabilă*", Consiliul constată că, atât prin notificare, cât și prin contestație, SC ... SRL formulează critici cu privire la modul de evaluare a ofertei sale, raportat la îndeplinirea cerinței din fișa de date cu privire la cazierul judiciar, ceea ce autoritatea contractantă sesizează a fi în plus în contestație fiind, în fapt, doar apărări ale contestatoarei vizavi de răspunsul primit la notificarea sa prealabilă.

Totodată, alegațiile autorității contractante vizavi de aspectele formale referitoare la transmiterea, de către SC ... SRL, a răspunsului la solicitările de clarificări, nu vor fi reținute în soluționare, în acest sens Consiliul având în vedere că autoritatea contractantă nu a stabilit ca motiv de respingere a ofertei contestatoarei faptul că aceasta nu a transmis, în termenul precizat de comisia de evaluare, clarificările solicitate, cu constatarea incidenței dispozițiilor art. 137 alin. (5) din HG nr. 395/2016. Aceeași concluzie rezultă și din procesul-verbal al ședinței de evaluare nr. 11, înregistrat sub nr. 7691/15.09.2017, conform căruia comisia de evaluare a verificat documentele înaintate de contestatoare cu adresa nr. 170/14.09.2017.

În acest context, Consiliul are în vedere faptul că, în adresa de transmitere a rezultatului procedurii, autoritatea contractantă a comunicat contestatoarei încadrarea ofertei sale în categoria celor inacceptabile în temeiul articolului 137 alin. (2) lit. b) din HG nr. 395/2016, *„(2) În condițiile art. 215 alin. (4) din Lege, oferta este considerată inacceptabilă în următoarele situații: (...) b) a fost depusă de un ofertant care nu îndeplinește una sau mai multe dintre criteriile de calificare stabilite în documentația de atribuire sau nu a completat DUAE în conformitate cu criteriile stabilite de autoritatea contractantă*".

Totodată, luând în considerare și justificările comisiei de evaluare cuprinse în procesul-verbal al ședinței de evaluare nr. 11, înregistrat sub nr. 7691/15.09.2017, Consiliul reține că membrii acesteia au decis în *„unanimitate că ofertantul nu a prezentat toate aspectele solicitate prin adresa de solicitare clarificări și declară oferta ca inacceptabilă, în baza articolului 137 alin. (2) lit. b) din HG nr. 395/2016”*, pe motiv că, la solicitarea de clarificări nr. 7500/11.09.2017, respectiv:

„(...) Prezentarea cazierelor judiciare pentru acționarii societății SC ... SA, respectiv:

- *... SRL*
- *...*
- *...”*

SC ... SRL a prezentat, pentru terțul susținător, cazierul judiciar pentru ... SRL, având nr. .../06.07.2017, fără fapte înscrise, iar pentru cazierul judiciar al fundației ... și al persoanei fizice ..., ofertantul a menționat că aceștia sunt acționari minoritari în cadrul ... SA ca și alți acționari minoritari, acționarul majoritar cu putere de decizie fiind ... SRL.

Astfel, comisia de evaluare a constatat că ofertantul *„refuză să depună cazierele judiciare pentru cei doi acționari ai societății ... SA, respectiv ... și persoana fizică ...”*, deși, potrivit *„certificatului constatator nr. .../09.08.2017, sunt trecuți trei acționari majoritari”*. În acest context, comisia de evaluare a concluzionat că răspunsul ofertantului este neconcludent la solicitările de clarificări, respectiv punctul 1 aferent terțului susținător – ... SA, deoarece nu prezintă cazierele judiciare pentru ... și pentru persoana fizică ....

Preliminar analizării aspectelor sesizate de reclamantă, este de remarcat că documentația de atribuire nu a fost contestată de niciun operator economic, drept pentru care toate prevederile ei și-au consolidat forța obligatorie atât pentru operatorii economici participanți la procedura de atribuire, cât și pentru autoritatea contractantă. În soluționare, sunt reținute dispozițiile art. 75 din Legea nr. 98/2016 conform cărora ofertantul depune oferta elaborată în conformitate cu informațiile și cerințele prevăzute în documentele achiziției, precum și pe cele ale art. 123 alin. (1) din normele aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 395/2016, respectiv ofertantul elaborează oferta în conformitate cu prevederile documentației de atribuire.

Așadar, verificarea îndeplinirii criteriilor de calificare de către ofertanți trebuie realizată raportat la cele impuse prin documentația de atribuire, care, conform art. 154 din Legea nr. 98/2016, *„conține toate informațiile necesare pentru a asigura operatorilor economici o informare completă, corectă şi precisă cu privire la cerințele achiziției, obiectul contractului şi modul de desfășurare a procedurii de atribuire”*. Acest raționament rezidă din faptul că, atunci când hotărăște participarea la o procedură de achiziție publică, operatorul economic în cauză analizează cerințele impuse și își pregătește oferta în sensul celor solicitate prin documentația de atribuire.

De asemenea, Consiliul apreciază că obligația conferită de legiuitor comisiei de evaluare, de a solicita clarificări cu privire la o ofertă, are în vedere necesitatea membrilor acesteia de a se edifica asupra îndeplinirii/neîndeplinirii cerinţelor de calificare sau asupra îndeplinirii/neîndeplinirii specificaţiilor tehnice de către operatorii economici participanţi la procedura și de a accepta toate documentele relevante care pot determina o decizie corectă.

Prin urmare, aceste clarificări nu pot fi cerute, iar răspunsurile primite nu pot fi analizate, decât prin prisma stabilirii conformității ofertei în cauză cu cerințele impuse prin documentația de atribuire. Mai mult, răspunsul la clarificări nu poate fi analizat fără luarea în considerare a ofertei *in integrum*, respectiv a tuturor documentelor prin care ofertantul în cauză înțelege să demonstreze caracterul admisibil al ofertei sale.

În acest context de fapt și de drept, Consiliul reține că, prin fișa de date, la cap. III.2.1.a) Situația personală a candidatului sau ofertantului, s-a solicitat :

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

Modalitatea prin care poate fi demonstrata îndeplinirea cerinței: se va completa DUAE de către operatorii economici participanți la procedura de atribuire (inclusiv eventualii terți și subcontractanți) cu informațiile aferente situației lor.

Documentele justificative care probează îndeplinirea celor asumate prin completarea DUAE 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 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 rezulta din certificatul constatator emis de ONRC / actul constitutiv*; (...)”

aceasta fiind solicitarea din fișa de date a achiziției, care a stat la baza respingerii ofertei contestatoarei.

Particula disjunctivă „sau” din redactarea fișei are funcția de a separa cele două posibilități ale ofertanților. Mai mult, virgula situată în fața acesteia vine să întărească funcția separatoare a opțiunilor.

Redactorii fișei de date nu au exprimat înțelesul sintagmei *„celor ce au putere de reprezentare, de decizie sau de control in cadrul operatorului economic*”, inspirată din textul art. 164 din Legea 98/2016:

„(1) Autoritatea contractantă exclude din procedura de atribuire a contractului de achiziţie publică/acordului-cadru orice operator economic cu privire la care a stabilit, în urma analizei informaţiilor şi documentelor prezentate de acesta, sau a luat cunoştinţă în orice alt mod că a fost condamnat prin hotărâre definitivă a unei instanţe

judecătoreşti, pentru comiterea uneia dintre următoarele infracţiuni: [...]

(2) Obligaţia de a exclude din procedura de atribuire un operator economic, în conformitate cu dispoziţiile alin. (1), se aplică şi 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".

La procedură, societatea contestatoare a furnizat autorității contractante, certificatele de cazier judiciar pentru SC ... SA, ... (membru în consiliul de administrație), ... (membru în consiliul de administrație) și ... (președinte consiliul de administrație), care figurează în certificatul constatator de la Oficiul Național al Registrului Comerțului nr. .../09.08.2017. Prin urmare, societatea s-a achitat de datoria de a prezenta autorității cazierele judiciare al său și ale „membrilor organului de administrare, de conducere sau de supraveghere".

Întrucât cerința din fișa de date a achiziției a fost elaborată la modul reprodus anterior, respectiv a inclus disjuncția „sau", care a permis ofertantului să aleagă între a aduce, pe lângă propriul cazier, fie pe cele ale „membrilor organului de administrare, de conducere sau de supraveghere al respectivului operator economic", fie pe cele ale „celor ce au putere de reprezentare, de decizie sau de control in cadrul acestuia", Consiliul apreciază că ofertantul nu era ținut să aducă și cazierele acestora din urmă. Situația se prezintă astfel și îndoielile pe care stilul de redactare a cerinței le aruncă asupra modului de îndeplinire a ei justifica aplicarea argumentului de interpretare *in dubio pro reo* [prin analogie, art. 1.269 alin. (1) C. civ.]. Așadar, îndoiala profită SC ... SA, iar nu autorității.

În plus, trebuie observat că cerința fișei de date nu concordă cu dispoziția art. 164 din Legea nr. 98/2016, neconcordanță care, de asemenea, profită operatorilor economici și nu le poate fi imputată. Neconcordanță există și față de art. 106 din Regulamentul (UE, Euratom) nr. 966/2012 al Parlamentului European și al Consiliului din 25 octombrie 2012 privind normele financiare aplicabile bugetului general al Uniunii și de abrogare a Regulamentului (CE, Euratom) nr. 1605/2002 al Consiliului (utilizat, probabil, ca reper legislativ general).

Interpretarea Consiliului este de ordin funcţional şi tributară lui *in dubio pro reo*, în sensul că, dacă persoana optează să depună cazierele judiciare pentru personalul din prima categorie, cerința etalon se consideră îndeplinită și nu poate fi obligată să le depună și pentru personalul din cea de-a doua. Altminteri, disjuncția „sau" nu ar diferi cu nimic de conjuncția „și", preferată și înlocuită nepermis de către comisia de evaluare în etapa evaluării ofertelor.

Criteriile de calificare nu trebuie să depindă de modul în care sunt înțelese, la un moment dat, de către o autoritate achizitoare, dincolo de exprimarea din documentația de atribuire, fiind imperativ ca aceasta din urmă să asigure ofertanților o înțelegere/interpretare

unitară, decurgând din informarea lor completă, corectă și explicită cu privire la modul de aplicare a procedurii de atribuire.

Problema verificării admisibilității ofertei prin prisma altei cerințe de calificare, desprinsă din reformularea celei inițiale, este tranșată în sensul că autoritatea contractantă nu își poate întemeia decizia de admitere sau respingere a ofertei pe eventuala lipsă a unor documente de calificare care nu au fost cerute prin documentația de atribuire, pentru alte persoane sau față de care ofertantul avea un drept de opțiune ori pe neîndeplinirea unor cerințe neprevăzute în documentație, afirmație valabilă și pentru ipoteza controlului jurisdicțional. Evaluarea fiecărei oferte se raportează numai la cerințele de calificare din documentația de atribuire, nu la altele (sau la aceleași, însă diminuate/majorate ori ameliorate/agravate). Obligația de transparență are ca scop în special să garanteze că este înlăturat riscul de arbitrar din partea autorității contractante (a se vedea, de pildă, Hotărârea Curții de Justiție a Uniunii Europene în cauza ... și alții, ..., ..., punctul 25, precum și jurisprudența acolo citată). Principiul egalității de tratament și obligația de transparență interzic autorității contractante să respingă o ofertă care îndeplinește cerințele prevăzute în cererea de ofertă pe baza unor motive care nu au fost prevăzute în documentația menționată (Hotărârea ..., ..., ..., punctul 54 – principiul egalității de tratament al ofertanților, precum și obligația de transparență interzic autorității contractante să respingă o ofertă care

respectă cerințele anunțului privind cererea de ofertă întemeindu-se pe

motive care nu au fost prevăzute în acest anunț și care sunt invocate ulterior depunerii acestei oferte).

În atari circumstanțe, devine de prisos cercetarea și tranșarea de către organul administrativ-jurisdicțional a disputei dacă acționarii respectivei societăți pe acțiuni au sau nu putere de reprezentare, de decizie sau de control în cadrul acesteia, respectiv sunt sau nu acționari majoritari. Cu titlu colateral, cazierele judiciare ale dnei ... (membru în consiliul de administrație), dnei ... (membru în consiliul de administrație) și dlui ... (președinte consiliul de administrație), regăsite la dosarul cauzei, reflectă inexistența vreunor antecedente ale acestora.

Referitor la susținerile autorității contractante cu privire la tardivitatea criticilor aduse documentației de atribuire, Consiliul observă că SC ... SRL nu contestă cerința din fișa de date în cauză, ci forma în care comisia de evaluare a înțeles să interpreteze modul în care îndeplinirea acesteia trebuie demonstrată.

Totodată, Consiliul constată netemeinicia afirmației autorității contractante cum că *„cerința de mai sus se întinde și asupra tuturor persoanelor fizice/juridice care figurează în certificatul constatator emis de ONRC, conform dispozițiilor Legii nr. 31/1990 privind*

societățile comerciale, adunarea generală a asociaților/acționarilor este organul de eliberare și decizie al societății, fiind formată din totalitatea asociaților/acționarilor societății”, pentru că, într-o astfel de interpretare, cazierul judiciar ar fi trebuit solicitat inclusiv acționarilor persoane fizice cu o cotă de participare la beneficii și pierderi de 5,611%/5,611%. Pe de altă parte, în opinia Consiliului, a interpreta că demonstrarea îndeplinirii cerinței în cauză, astfel cum a fost formulată prin fișa de date, poate fi realizată exclusiv prin prezentarea cazierelor judiciare pentru acționari, apare ca fiind excesivă, date fiind considerentele expuse, pe larg, mai sus.

Raportat la cele înfățișate, Consiliul determină că, în mod nelegal, autoritatea a respins oferta SC ... SRL sub aspectul dezbătut mai sus, situație de natură să atragă infirmarea rezultatului procedurii de atribuire.

Luând în considerare aspectele de fapt și de drept evocate, în baza art. 26 alin. (2) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziţie publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea şi funcţionarea Consiliului Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor, Consiliul urmează să admită contestația formulată de ... SRL, și să anuleze procesul-verbal al ședinței de evaluare nr. 11, înregistrat sub nr. 7691/15.09.2017, în partea dedicată evaluării ofertei SC ... SRL, precum și actele subsecvente acestuia.

În baza art. 26 alin. (2) şi (5) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va obliga autoritatea contractantă ca, în termen de 15 zile de la primirea deciziei Consiliului, să reanalizeze oferta depusă de SC ... SRL, cu respectarea prevederilor legale și a celor evocate în motivare.

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

CONSILIUL DECIDE:

Admite contestația formulată de SC ... SRL în contradictoriu cu ....

Anulează procesul-verbal al ședinței de evaluare nr. 11, înregistrat sub nr. 7691/15.09.2017, în partea dedicată evaluării ofertei SC ... SRL, precum și actele subsecvente acestuia.

Obligă autoritatea contractantă ca, în termen de 15 zile de la primirea deciziei Consiliului, să reanalizeze oferta depusă de SC ... SRL, cu respectarea prevederilor legale și a celor evocate în motivare.

Prezenta decizie este obligatorie, în conformitate cu dispozițiile art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

Împotriva prezentei decizii se poate formula plângere, în termen de 10 zile de la comunicare, potrivit art. 29 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

PREȘEDINTE,	**MEMBRU,**	**MEMBRU,**
...	**...**	**...**

Redactată în .. exemplare, conține ... pagini.