

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

DECIZIE

Nr. .../.../..., ...

Data: ...

Prin contestația nr. 12196/09.02.2024, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. ... (**Dosar ...**), formulată de ..., cu sediul în ..., înmatriculată la Registrul Comerțului cu nr. ..., având cod unic de înregistrare ..., reprezentată legal prin Director general ... și convențional prin SCA ..., cu sediul în ..., adresă aleasă în vederea comunicării actelor de procedură, împotriva solicitării de clarificări nr. 13915/08.02.2024, document emis de ..., în calitate de autoritate contractantă, cu sediul în ..., în cadrul procedurii simplificate, organizată offline, în vederea atribuirii contractului având ca obiect: *„Delegarea de gestiune prin concesiune a Serviciului de iluminat public al MUNICIPIULUI ...”*, cod CPV: 50232100-1, s-a solicitat:

„1. Anularea în parte a Solicitării de clarificări nr. 13915/08.03.2024 respectiv a solicitărilor privind următoarele documente justificative:

- i) Certificat de cazier în termen de valabilitate pentru ...;*
- ii) Certificat de cazier în termen de valabilitate pentru ...;*
- iii) Certificat de cazier în termen de valabiioitate pentru ...;*
- iv) Certificat de cazier în termen de valabilitate pentru ...;*
- v) Certificat de cazier în termen de valabilitate pentru*

2. Obligarea Autorității Contractante la continuarea procedurii în conformitate cu prevederile legale în materia achizițiilor publice”.

Prin contestația nr. 12278/28.02.2024, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. ... (**Dosar ...**), formulată de ..., cu sediul în ..., înmatriculată la Registrul Comerțului cu nr. ..., având cod unic de înregistrare ..., reprezentată legal prin Director general ... și convențional prin SCA ..., cu sediul în ..., adresă aleasă în vederea comunicării actelor de procedură, împotriva adresei nr. 20106/22.02.2024, privind comunicarea rezultatului parțial al procedurii de atribuire, document emis de ..., în calitate de autoritate contractantă, cu sediul în ..., în cadrul procedurii simplificate, organizată offline, în

vederea atribuirii contractului având ca obiect: „*Delegarea de gestiune prin concesiune a Serviciului de iluminat public al MUNICIPIULUI ...*”, cod CPV: 50232100-1, s-a solicitat:

„1.Suspendarea desfășurării procedurii de atribuire ...3 până la până la soluționarea prezentei contestații, în temeiul dispozițiilor art. 22 din Legea nr. 101/2016;

2.Anularea Adresei Comunicare Rezultat Parțial nr. 20106/22.02.2024;

3. Anularea tuturor actelor ulterioare Adresei Comunicare Rezultat Parțial nr. 20106/22.02.2024 emise în cadrul procedurii de atribuire ...3;

4. Obligarea Entității Contractante la reevaluarea ofertei ... din etapa de evaluare a documentelor de calificare, în conformitate cu prevederile legale în materia achizițiilor publice”.

Conform prevederilor art. 17 alin. (2) din Legea nr. 101/2016 cu modificările și completările ulterioare, contestațiile care fac obiectul dosarelor nr. .../2024 și nr. .../2024 au fost conexate pentru a se pronunța o soluție unitară, deoarece acestea sunt formulate în cadrul aceleiași proceduri de atribuire.

În luarea deciziei, **CONSILIUL**, legal investit, a avut în vedere următoarele:

În temeiul dispozițiilor art. 1 alin. (1), art. 8 alin. 1 litera a) și art. 10 din Legea nr. 101/2016, ... a formulat contestația nr. 12196/09.02.2024, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. ... (**Dosar ...**), împotriva solicitării de clarificări nr. 13915/08.02.2024, solicitând cele redată în partea introductivă, pentru următoarele motive:

Cu titlu preliminar, contestatorul prezintă cele ce i-au fost solicitate prin actul contestat, solicitare având ca temei prevederile art. 59 alin. (1) din HG nr. 867/2016, pe care le citează, invocă și redă prevederile punctului 6 din Cerința 1 cuprinsă la punctul III.1.1. din anunțul de concesiune, precum și dispozițiile art. 75 alin. (2) din Legea nr. 100/2016 și subliniază faptul că autoritatea contractantă, pentru verificarea îndeplinirii criteriilor de calificare, nu poate solicita alte documente în afara celor menționate în anunțul de concesiune.

De asemenea, în susținerea argumentelor sale, contestatorul afirmă următoarele:

Conform cerinței din anunțul de concesiune, ofertantul avea obligația de a depune cazierul fiscal al operatorului economic ofertant însoțit de caziere fie ale organelor de administrare, fie ale organelor de conducere, fie ale organelor de supraveghere sau a celor ce au putere de reprezentare, fie a celor ce au putere de decizie, fie a celor ce au putere de control, fiind la latitudinea ofertantului să aleagă pe care dintre aceste caziere înțelege să le depună.

Prin folosirea conjuncției disjunctive „sau” este impusă îndeplinirea unor cerințe alternative și nu cumulative, lăsând la alegerea fiecărui operator economic ce caziere va depune pe lângă cazierul judiciar al operatorului economic, având astfel posibilitatea de a depune:

- fie cazierul judiciar al membrilor organului de administrare;
- fie cazierul judiciar al membrilor organului de conducere;

- fie cazierul judiciar al membrilor organului de supraveghere al respectivului operator economic;
- fie cazierul judiciar al membrilor organului ce are putere de reprezentare;
- fie cazierul judiciar al membrilor organului ce are putere de decizie;
- fie cazierul judiciar al membrilor organului ce are putere de control în cadrul acestuia.

În susținerea celor de mai sus, contestatorul invocă și redă considerente reținute în jurisprudența Consiliului.

Astfel, în conformitate cu cerințele din anunțul de concesiune, ce se regăsesc și în cadrul fișei de date, la solicitarea de prezentare a cazierelor judiciare, ... a optat pentru a transmite cazierele judiciare ale organului de conducere, respectiv ale membrilor Directoratului, aceștia fiind identificați prin certificatul constatator și prin certificatul de furnizare informații eliberate de ONRC (pag. 27-58 din documentele de calificare depuse în cadrul ofertei):

- ..., Director general, în calitate de Președinte al Directoratului (al cărui cazier judiciar a fost depus la pag. 27 din documentele de calificare);

- ..., Director operațional, membru în Directorat (al cărui cazier judiciar a fost depus la pag. 28 din documentele de calificare);

- ..., Director financiar, membru în Directorat (al cărui cazier judiciar a fost depus la pag. 29).

Din toate cele declarate mai sus, rezultă că oferta ..., inclusiv documentele de calificare depuse în cadrul ofertei, respectă cerințele din documentația de atribuire.

Astfel, în opinia petentului, adresa nr. 13915/08.02.2024, prin care autoritatea contractantă a solicitat depunerea cazierelor judiciare ale membrilor consiliului de supraveghere și ale auditorilor, este nelegală, aceasta excedând cerințelor documentației de atribuire și prevederilor legale.

Mai mult, mandatul numitei ... a expirat la data de 6 martie 2019, astfel încât ea nu mai deține calitatea de auditor în cadrul

De asemenea, auditorii nu sunt organe de conducere sau de supraveghere, de administrare, de reprezentare, sau cu putere de decizie sau control, nefiind incluși printre organele la care se face referire în cerințele anunțului de concesiune, solicitarea cazierelor acestora fiind cu atât mai mult lipsită de temeinicie.

În concluzie, ... reiterează solicitările formulate în petitul contestației.

În probațiune, contestatorul a atașat, în copie, înscrisuri.

Prin adresa nr. ..., în temeiul dispozițiilor art. 61¹ alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016, Consiliul i-a solicitat contestatorului să transmită la dosarul cauzei dovada constituirii cauțiunii în cuantumul stabilit de lege.

Prin adresa nr. 16859/15.02.2024, înregistrată la C.N.S.C. sub nr. ..., autoritatea contractantă a formulat punct de vedere cu privire la contestația ce face obiectul prezentului dosar, prin care a solicitat respingerea acesteia, ca nefondată, pentru următoarele motive:

Cu titlu preliminar, autoritatea contractantă prezintă pe scurt datele de identificare a procedurii de atribuire, enumeră operatorii economici care au ofertat în cadrul acesteia, redă conținutul solicitării de clarificări nr. 13915/08.02.2024, precum și conținutul Certificatului constatator nr. 8661/04.01.2024 depus de contestator și susține că la punctul 6 din Cap. III.1.1.a) din fișa de date a achiziției publice s-a solicitat faptul că ofertanții, terții susținători și subcontractanții nu trebuie să se regăsească în situațiile prevăzute la art. 79, 80 și 81 din Legea nr. 100/2016, respectiv prezentarea documentelor justificative cum ar fi:

„6. cazierul judiciar al operatorului economic si 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 in cadrul acestuia, asa cum rezulta din certificatul constatator emis de ONRC/actul constitutiv”.

Pe fondul cauzei, autoritatea contractantă afirmă următoarele:

În cadrul documentelor de calificare, contestatorul a depus doar cazierul judiciar pentru ... și pentru numiții ..., ... și

În urma verificării documentelor de calificare, comisia de evaluare a constatat că certificatul de cazier judiciar prezentat pentru numitul ..., nr. H330328 din 12.07.2023, eliberat de MAI, nu era valabil la data de 22.01.2024, când a fost depusă oferta de către ..., dată la care a avut loc și deschiderea ofertelor depuse. Potrivit dispozițiilor art. 27 alin. (2) din Legea nr. 290/2004, certificatele de cazier judiciar sunt valabile 6 luni de la data eliberării.

De asemenea, comisia de evaluare a constatat că ... nu a depus cazier judiciar pentru toate persoanele pentru care exista obligația depunerii unui astfel de certificat, conform cerinței din fișa de date a achiziției publice.

În data de 14.02.2024, ... a răspuns solicitării de clarificări, trimițând certificatul de cazier judiciar nr. H330328/08.01.2024 pentru numitul ..., însă fără a transmite și celelalte cazieri judiciare solicitate pentru celelalte persoane fizice/juridice, argumentând lipsa acestora pe aceleași considerente ca și cele din contestația ce face obiectul prezentului dosar.

În mod eronat, contestatarul apreciază că cerința prevăzută la punctul 6 din Cap. III. 1.1.a) din fișa de date dă dreptul operatorului economic de a alege pentru care dintre persoanele menționate în cerință să depună certificat judiciar.

Potrivit cerinței, ofertanții au obligația de a depune *„cazierul judiciar al operatorului economic si 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 in cadrul acestuia, asa cum rezulta din certificatul constatator emis de ONRC/actul constitutiv”*. În acest sens, autoritatea contractantă invocă și redă considerente din jurisprudența Consiliului și, raportat la speța supusă soluționării, susține că, întrucât contestatorul este o societate pe acțiuni, cu mod de administrare dualist (cu Directorat și Consiliu de supraveghere), acestuia îi sunt aplicabile dispozițiile art. 79 din Legea nr. 100/2016, în sensul că Consiliul de supraveghere este parte a organului de administrare.

Nici fișa de date a achiziției publice și nici prevederile art. 79 din Legea nr. 100/2016 nu permit alegerea de către ofertant a unei modalități de îndeplinire a cerinței, în cazul ofertanților organizați ca societăți pe acțiuni. În acest sens, autoritatea contractantă invocă și redă considerente reținute în activitatea ANAP.

Având în vedere că în certificatul constatator emis de ONRC se menționează că ..., ... și ... sunt membri ai consiliului de supraveghere, contestatorul are obligația prezentării cazierelor judiciare ale acestora, în

vederea dovedirii neîncadrării în situațiile prevăzute la art. 79 din Legea nr. 100/2016.

Tot în aceeași situație se regăsește și auditorul ..., reprezentată prin ..., pentru care contestatorul are obligația prezentării cazierelor judiciare, astfel cum s-a solicitat prin solicitarea de clarificări, întrucât atât cenzorii cât și auditorii au atribuții de verificare a gestiunii operatorilor.

Calitatea de auditor în cadrul unei persoane juridice presupune efectuarea unei activități de control, conform prevederilor art. 199 alin. (2)-(5) din Legea nr. 31/1990, pe care autoritatea contractantă le și redă.

Astfel, în concret, cenzorul/auditorul financiar are drept atribuții verificarea gestiunii societății, legalității întocmirii situațiilor financiare și concordanța acestora cu registrele societății, modalității și legalității ținerii registrelor, precum și evaluarea elementelor patrimoniale care trebuie efectuate conform regulilor stabilite pentru întocmirea și prezentarea situațiilor financiare. În acest sens, organizatoarea procedurii de atribuire face trimitere la dispozițiile art. 28 alin. (7) din Legea nr. 82/1991.

Astfel, odată cu depunerea bilanțului contabil, va trebuie să fie depus și raportul cenzorului/auditorului.

Obligațiile cenzorului/auditorului sunt față de Adunarea Generală a Asociaților, aceștia verificând și certificând faptul că situația economică a societății, așa cum a fost prezentată asociaților de către persoanele care administrează societatea, este conformă cu realitatea.

Ținând cont de considerentele expuse anterior, autoritatea contractantă este de părere că ... desfășoară activitate de control financiar cu privire la funcționarea societății contestatorului. În aceste condiții, având în vedere cerința din fișa de date a achiziției, petentul are obligația depunerii certificatului judiciar și pentru auditorul ... și pentru reprezentatul acestei societăți.

Motivele de excludere a ofertanților din procedura de atribuire a unui contract de concesiune, reglementate de prevederile art. 79 din Legea nr. 100/2016, privesc săvârșirea infracțiunilor prevăzute la alin. (1) de către oricare dintre membrii organului de administrare, de conducere sau supraveghere al respectivului operator economic sau de către orice persoană cu putere de reprezentare, de decizie sau de control în cadrul acestuia. Expresia disjunctivă „sau” poate face referire la toate categoriile care exercită un control asupra ofertantului, așa cum fac auditorii/cenzorii. De asemenea, este știut și general valabil faptul că cenzorul/auditorul exercită funcția de control/supraveghere a activității de administrare a unui operator și cea de control financiar a unui

cenzor/auditor. În acest sens, autoritatea contractantă invocă și redă prevederile 144² alin. (4), art. 153²⁴ alin. (3), art. 155 alin. (1) și art. 163 alin. (3) din Legea nr. 31/1990.

Contrar susținerilor contestatorului, semnificația conjuncției „sau” este aceea că motivul de excludere este incident în situația când oricare dintre aceste persoane ar fi fost condamnată pentru săvârșirea uneia sau mai multor infracțiuni expres prevăzute.

De aceea, în mod întemeiat, comisia de evaluare a apreciat că pentru dovedirea acestui criteriu de calificare este necesară depunerea

cazierelor judiciare pentru toate persoanele vizate de textul art. 79 alin. (2) din Legea nr. 100/2016, inclusiv pentru membrii Consiliului de supraveghere, cât și pentru cenzorii sau auditorii operatorului. În acest sens, autoritatea contractantă face trimitere la jurisprudența Consiliului.

În concluzie, ... solicită respingerea contestației ca nefondată.

În drept, au fost invocate prevederile Legilor nr. 100/2016 și nr. 101/2016, precum și cele ale HG nr. 867/2016.

Dovada comunicării punctului de vedere către contestator se regăsește atașată la dosarul cauzei.

În probațiune, au fost atașate, în copie scanată, documente din dosarul achiziției publice.

Prin adresa nr. 16859/15.02.2024, înregistrată la C.N.S.C. sub nr. ..., autoritatea contractantă a transmis, în copie, documente din dosarul achiziției publice.

Prin adresa nr. 12273/27.02.2024, înregistrată la C.N.S.C. sub nr. ..., contestatorul a transmis concluzii scrise, prin care, adițional celor deja comunicate la dosarul cauzei, argumente pe care le reiterează și dezvoltă, a afirmat și următoarele:

1. Solicitarea de clarificări nr. 13915/08.03.2024 este nelegală, deoarece nu există nicio prevedere legală sau o prevedere în cadrul documentației de atribuire care să impună depunerea cazierului judiciar pentru ... - reprezentantul membrului organului de audit

... nu este membru în organul de conducere al ... și nici nu este una dintre persoanele ce au putere de reprezentare, de decizie sau de control în cadrul societății.

Faptul că ... este reprezentantul auditorului societății nu echivalează cu a fi auditor al

2. Solicitarea de clarificări nr. 13915/08.03.2024 este nelegală, deoarece nu există nicio prevedere în cadrul documentației de atribuire prin care să se impună depunerea cazierului judiciar al auditorului

Contrar celor arătate în punctul de vedere, auditorii nu sunt organe de administrare, de conducere sau de supraveghere a societăților comerciale și nici persoane cu putere de reprezentare, de decizie sau de control. Activitatea de audit este reglementată de OUG nr. 75/1999, sens în care contestatorul invocă și redă prevederile art. 2 și art. 3 din respectivul act normativ și susține că, din acestea, rezultă că auditorul realizează o activitate de analizare a situațiilor financiare ale societății și, pe baza acestei analize, emite o opinie asupra situațiilor financiare și nicidecum nu reprezintă un organ de conducere, de supraveghere sau de reprezentare al unei societăți comerciale pe acțiuni.

3. Prin folosirea conjuncției disjunctive „sau” este impusă îndeplinirea unor cerințe alternative și nu cumulative. ... nu are obligația de a depune cazierul membrilor consiliului de supraveghere.

Contrar celor susținute în punctul de vedere, există o jurisprudență a Consiliului care arată că prin folosirea conjuncției disjunctive „sau” este impusă îndeplinirea unor cerințe alternative și nu cumulative, lăsând la alegerea fiecărui operator economic ce cazier va depune pe lângă cazierul judiciar al operatorului economic. În acest sens, contestatorul invocă și redă considerente din jurisprudența Consiliului și conchide prin

a afirma că, în speță, a ales să depună caziere membrilor directoratului și nu și pe cele ale consiliului de supraveghere.

Dovada comunicării punctului de vedere către autoritatea contractantă se regăsește atașată la dosarul cauzei.

În temeiul dispozițiilor art. 1 alin. (1), art. 8 alin. 1 litera b) și art. 10 din Legea nr. 101/2016, ... a formulat contestația nr. 12278/28.02.2024, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. ... (**Dosar ...**), împotriva adresei nr. 20106/22.02.2024, privind comunicarea rezultatului parțial al procedurii de atribuire, solicitând cele redată în partea introductivă, pentru următoarele motive:

Cu titlu preliminar, contestatorul face o prezentare a situației de fapt, prilej cu care evocă cele ce i-au fost solicitate prin actul a cărui contestare face obiectul Dosarului nr. .../2024, arată că, în ceea ce privește cazierul pentru ..., membru al directoratului, acesta expirase ulterior depunerii ofertei, astfel că societatea a răspuns solicitării autorității contractante și a depus un nou cazier pentru acest membru, iar, cu privire la celelalte solicitări de clarificare, a formulat contestația ce a dus la constituirea Dosarului nr. .../2024. Totodată, petentul menționează că, deși Consiliul nu soluționase respectiva contestație, organizatoarea procedurii de atribuire a considerat că ... avea obligația de a depune certificatele de cazier judiciar solicitate și a considerat răspunsul depus ca fiind neconcludent, respingându-i, astfel, oferta ca inacceptabilă, în temeiul dispozițiilor art. 89 alin. (1) coroborate cu cele ale art. 87 alin. (5) din HG nr. 867/2016, pe care le și redă.

Pe fondul cauzei, clamând faptul că decizia autorității contractante este nelegală și netemeinică, contestatorul prezintă cele ce i-au fost solicitate prin adresa nr. 13915/08.02.2024, solicitare având ca temei prevederile art. 59 alin. (1) din HG nr. 867/2016, pe care le citează, invocă și redă prevederile punctului 6 din Cerința 1 cuprinsă la punctul III.1.1. din anunțul de concesionare, precum și dispozițiile art. 75 alin. (2) din Legea nr. 100/2016 și subliniază faptul că autoritatea contractantă, pentru verificarea îndeplinirii criteriilor de calificare, nu poate solicita alte documente în afara celor menționate în anunțul de concesionare. De asemenea, în susținerea argumentelor sale, contestatorul afirmă următoarele:

Conform cerinței din anunțul de concesionare, ofertantul avea obligația de a depune cazierul fiscal al operatorului economic ofertant însoțit de caziere fie ale organelor de administrare, fie ale organelor de conducere, fie ale organelor de supraveghere sau a celor ce au putere de reprezentare, fie a celor ce au putere de decizie, fie a celor ce au putere

de control, fiind la latitudinea ofertantului să aleagă pe care dintre aceste caziere înțelege să le depună.

Prin folosirea conjuncției disjunctive „sau” este impusă îndeplinirea unor cerințe alternative și nu cumulative, lăsând la alegerea fiecărui operator economic ce caziere va depune pe lângă cazierul judiciar al operatorului economic, având astfel posibilitatea de a depune:

- fie cazierul judiciar al membrilor organului de administrare;
- fie cazierul judiciar al membrilor organului de conducere;

- fie cazierul judiciar al membrilor organului de supraveghere al respectivului operator economic;
- fie cazierul judiciar al membrilor organului ce are putere de reprezentare;
- fie cazierul judiciar al membrilor organului ce are putere de decizie;
- fie cazierul judiciar al membrilor organului ce are putere de control în cadrul acestuia.

În susținerea celor de mai sus, contestatorul invocă și redă considerente reținute în jurisprudența Consiliului.

Astfel, în conformitate cu cerințele din anunțul de concesionare, ce se regăsesc și în cadrul fișei de date, la solicitarea de prezentare a cazierelor judiciare, ... a optat pentru a transmite cazierele judiciare ale organului de conducere, respectiv ale membrilor Directoratului, aceștia fiind identificați prin certificatul constatat și prin certificatul de furnizare informații eliberate de ONRC (pag. 27-58 din documentele de calificare depuse în cadrul ofertei):

- ..., Director general, în calitate de Președinte al Directoratului (al cărui cazier judiciar a fost depus la pag. 27 din documentele de calificare);
- ..., Director operațional, membru în Directorat (al cărui cazier judiciar a fost depus la pag. 28 din documentele de calificare);
- ..., Director financiar, membru în Directorat (al cărui cazier judiciar a fost depus la pag. 29).

Din toate cele declarate mai sus, rezultă că oferta ..., inclusiv documentele de calificare depuse în cadrul ofertei, respectă cerințele din documentația de atribuire.

Astfel, în opinia petentului, adresa nr. 13915/08.02.2024, prin care autoritatea contractantă a solicitat depunerea cazierelor judiciare ale membrilor consiliului de supraveghere și ale auditorilor, este nelegală, aceasta excedând cerințelor documentației de atribuire și prevederilor legale.

... nu are obligația de a depune cazierul judiciar al ... - reprezentantul auditorului În acest sens, contestatorul invocă și redă prevederile punctului 6 din Cerința 1 cuprinsă la punctul III.1.1. din anunțul de concesionare și consideră că persoanele pentru care se poate solicita cazierul judiciar sunt cele care sunt membre în organele operatorului economic ce depune oferta. În opinia acestuia, solicitarea de clarificări nr. 13915/08.03.2024 este nelegală.

... nu este membru în organul de conducere al ... și nici nu este una dintre persoanele ce au putere de reprezentare, de decizie sau de control în cadrul societății.

Faptul că ... este reprezentantul auditorului societății nu echivalează cu a fi auditor al

Auditorii nu sunt organe de administrare, de conducere sau de supraveghere a societăților comerciale și nici persoane cu putere de reprezentare, de decizie sau de control. Activitatea de audit este reglementată de OUG nr. 75/1999, sens în care contestatorul invocă și redă prevederile art. 2 și art. 3 din respectivul act normativ și susține că, din acestea, rezultă că auditorul realizează o activitate de analizare a situațiilor financiare ale societății și, pe baza acestei analize, emite o

opinie asupra situațiilor financiare și nicidecum nu reprezintă un organ de conducere, de supraveghere sau de reprezentare al unei societăți comerciale pe acțiuni.

În concluzie, ... reiterează solicitările formulate în petitul contestației.

În probațiune, contestatorul a atașat, în copie, înscrisuri.

Prin adresa nr. ..., în temeiul dispozițiilor art. 61¹ alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016, Consiliul i-a solicitat contestatorului să transmită la dosarul cauzei dovada constituirii cauțiunii în quantumul stabilit de lege.

Prin adresa nr. 24802/05.03.2024, înregistrată la C.N.S.C. sub nr. ..., autoritatea contractantă a formulat punct de vedere cu privire la contestația ce face obiectul prezentului dosar, prin care a solicitat respingerea acesteia, ca nefondată, pentru următoarele motive:

Cu titlu preliminar, autoritatea contractantă prezintă pe scurt datele de identificare a procedurii de atribuire, enumeră operatorii economici care au ofertat în cadrul acesteia, redă conținutul solicitării de clarificări nr. 13915/08.02.2024, precum și conținutul Certificatului constatat nr. 8661/04.01.2024 depus de contestator și susține că la punctul 6 din Cap. III.1.1.a) din fișa de date a achiziției publice s-a solicitat faptul că ofertanții, terții susținători și subcontractanții nu trebuie să se regăsească în situațiile prevăzute la art. 79, 80 și 81 din Legea nr. 100/2016, respectiv prezentarea documentelor justificative cum ar fi: *„6. cazierul judiciar al operatorului economic si 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 in cadrul acestuia, asa cum rezulta din certificatul constatat emis de ONRC/actul constitutiv”*.

Pe fondul cauzei, autoritatea contractantă afirmă următoarele:

În cadrul documentelor de calificare, contestatorul a depus doar cazierul judiciar pentru ... și pentru numiții ..., ... și

În urma verificării documentelor de calificare, comisia de evaluare a constatat că certificatul de cazier judiciar prezentat pentru numitul ..., nr. H330328 din 12.07.2023, eliberat de MAI, nu era valabil la data de 22.01.2024, când a fost depusă oferta de către ..., dată la care a avut loc și deschiderea ofertelor depuse. Potrivit dispozițiilor art. 27 alin. (2) din Legea nr. 290/2004, certificatele de cazier judiciar sunt valabile 6 luni de la data eliberării.

De asemenea, comisia de evaluare a constatat că ... nu a depus cazier judiciar pentru toate persoanele pentru care exista obligația depunerii unui astfel de certificat, conform cerinței din fișa de date a achiziției publice.

În data de 14.02.2024, ... a răspuns solicitării de clarificări, trimițând certificatul de cazier judiciar nr. H330328/08.01.2024 pentru numitul ..., însă fără a transmite și celelalte caziere judiciare solicitate pentru celelalte persoane fizice/juridice, argumentând lipsa acestora pe aceleași considerente ca și cele din contestația ce face obiectul dosarului nr. .../2024.

Conform dispozițiilor art. 58 alin. (3) din HG nr. 867/2016, în urma finalizării fiecăreia dintre fazele de verificare prevăzute la alin. (1) și (2), comisia de evaluare întocmește un raport intermediar, care se aprobă de

conducătorul autorității contractante, urmând să comunice fiecărui ofertant ce a fost respins motivele care au stat la baza acestei decizii, iar celorlalți li se aduce la cunoștință faptul că se trece la etapa următoare de verificare. Aceste prevederi sunt aplicabile și procedurilor simplificate, potrivit dispozițiilor art. 74 alin. (4). Astfel, prevederile legale impun evaluarea ofertelor pe faze/etape, respectiv evaluarea criteriilor de calificare și selecție a propunerii tehnice și a propunerii financiare.

Prin adresa nr. 20106/22.02.2024, autoritatea contractantă a comunicat contestatorului rezultatul evaluării documentelor de calificare, astfel că oferta depusă de acesta a fost respinsă ca fiind inacceptabilă, în conformitate cu prevederile art. 87 alin. (5) din HG nr. 867/2016.

Comisia de evaluare a considerat răspunsul contestatorului ca fiind neconcludent, întrucât acesta nu a dat curs solicitărilor de depunere a certificatelor de cazier judiciar. Pe lângă faptul că petentul nu a transmis documentele solicitate de comisia de evaluare, acesta a prezentat și argumente ce nu au putut fi considerate concludente.

În mod eronat, contestatarul apreciază că cerința prevăzută la punctul 6 din Cap. III. 1.1.a) din fișa de date dă dreptul operatorului economic de a alege pentru care dintre persoanele menționate în cerință să depună certificat judiciar. Potrivit cerinței, ofertanții au obligația de a depune *„cazierul judiciar al operatorului economic si 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 in cadrul acestuia, asa cum rezulta din certificatul constatator emis de ONRC/actul constitutiv”*. În acest sens, autoritatea contractantă invocă și redă considerente din jurisprudența Consiliului și, raportat la speța supusă soluționării, susține că, întrucât contestatorul este o societate pe acțiuni, cu mod de administrare dualist (cu Directorat și Consiliu de supraveghere), acestuia îi sunt aplicabile dispozițiile art. 79 din Legea nr. 100/2016, în sensul că Consiliul de supraveghere este parte a organului de administrare.

Nici fișa de date a achiziției publice și nici prevederile art. 79 din Legea nr. 100/2016 nu permit alegerea de către ofertant a unei modalități de îndeplinire a cerinței, în cazul ofertanților organizați ca societăți pe acțiuni. În acest sens, autoritatea contractantă invocă și redă considerente reținute în activitatea ANAP.

Având în vedere că în certificatul constatator emis de ONRC se menționează că ..., ... și ... sunt membri ai consiliului de supraveghere, contestatorul are obligația prezentării cazierelor judiciare ale acestora, în vederea dovedirii neîncadrării în situațiile prevăzute la art. 79 din Legea nr. 100/2016.

Tot în aceeași situație se regăsește și auditorul ..., reprezentată prin ..., pentru care contestatorul are obligația prezentării cazierelor judiciare, astfel cum s-a solicitat prin solicitarea de clarificări, întrucât atât cenzorii cât și auditorii au atribuții de verificare a gestiunii operatorilor.

Calitatea de auditor în cadrul unei persoane juridice presupune efectuarea unei activități de control, conform prevederilor art. 199 alin. (2)-(5) din Legea nr. 31/1990, pe care autoritatea contractantă le și redă.

Astfel, în concret, cenzorul/auditorul financiar are drept atribuții verificarea gestiunii societății, legalității întocmirii situațiilor financiare și concordanța acestora cu registrele societății, modalității și legalității ținerii registrelor, precum și evaluarea elementelor patrimoniale care trebuie efectuate conform regulilor stabilite pentru întocmirea și prezentarea situațiilor financiare. În acest sens, organizatoarea procedurii de atribuire face trimitere la dispozițiile art. 28 alin. (7) din Legea nr. 82/1991.

Astfel, odată cu depunerea bilanțului contabil, va trebuie să fie depus și raportul cenzorului/auditorului.

Obligațiile cenzorului/auditorului sunt față de Adunarea Generală a Asociaților, aceștia verificând și certificând faptul că situația economică a societății, așa cum a fost prezentată asociaților de către persoanele care administrează societatea, este conformă cu realitatea.

Ținând cont de considerentele expuse anterior, autoritatea contractantă este de părere că ... desfășoară activitate de control financiar cu privire la funcționarea societății contestatorului. În aceste condiții, având în vedere cerința din fișa de date a achiziției, petentul are obligația depunerii certificatului judiciar și pentru auditorul ... și pentru reprezentatul acestei societăți.

Motivele de excludere a ofertanților din procedura de atribuire a unui contract de concesiune, reglementate de prevederile art. 79 din Legea nr. 100/2016, privesc săvârșirea infracțiunilor prevăzute la alin. (1) de către oricare dintre membrii organului de administrare, de conducere sau supraveghere al respectivului operator economic sau de către orice persoană cu putere de reprezentare, de decizie sau de control în cadrul acestuia. Expresia disjunctivă „sau” poate face referire la toate categoriile care exercită un control asupra ofertantului, așa cum fac auditorii/cenzorii. De asemenea, este știut și general valabil faptul că cenzorul/auditorul exercită funcția de control/supraveghere a activității de administrare a unui operator și cea de control financiar a unui cenzor/auditor. În acest sens, autoritatea contractantă invocă și redă prevederile 1442 alin. (4), art. 15324 alin. (3), art. 155 alin. (1) și art. 163 alin. (3) din Legea nr. 31/1990.

Contrar susținerilor contestatorului, semnificația conjuncției „sau” este aceea că motivul de excludere este incident în situația când oricare dintre aceste persoane ar fi fost condamnată pentru săvârșirea uneia sau mai multor infracțiuni expres prevăzute.

De aceea, în mod întemeiat, comisia de evaluare a apreciat că pentru dovedirea acestui criteriu de calificare este necesară depunerea cazierelor judiciare pentru toate persoanele vizate de textul art. 79 alin. (2) din Legea nr. 100/2016, inclusiv pentru membrii Consiliului de

supraveghere, cât și pentru cenzorii sau auditorii operatorului. În acest sens, autoritatea contractantă face trimitere la jurisprudența Consiliului.

În concluzie, ... solicită respingerea contestației ca nefondată.

În drept, au fost invocate prevederile Legilor nr. 100/2016 și nr. 101/2016, precum și cele ale HG nr. 867/2016.

Dovada comunicării punctului de vedere către contestator se regăsește atașată la dosarul cauzei.

În probațiune, au fost atașate, în copie scanată, documente din dosarul achiziției publice.

Prin adresa nr. 24806/05.03.2024, înregistrată la C.N.S.C. sub nr. ..., autoritatea contractantă a transmis, în copie conformă cu originalul, documente din dosarul achiziției publice.

Prin adresa nr. 12322/08.03.2024, înregistrată la C.N.S.C. sub nr. ..., contestatorul a transmis concluzii scrise, prin care, adițional celor deja comunicate la dosarul cauzei, argumente pe care le reiterează și dezvoltă, a afirmat și următoarele:

1. Solicitarea de clarificări nr. 13915/08.03.2024 este nelegală, deoarece nu există nicio prevedere legală sau o prevedere în cadrul documentației de atribuire care să impună depunerea cazierului judiciar pentru ... - reprezentantul membrului organului de audit

... nu este membru în organul de conducere al ... și nici nu este una dintre persoanele ce au putere de reprezentare, de decizie sau de control în cadrul societății.

Faptul că ... este reprezentantul auditorului societății nu echivalează cu a fi auditor al

2. Solicitarea de clarificări nr. 13915/08.03.2024 este nelegală, deoarece nu există nicio prevedere în cadrul documentației de atribuire prin care să se impună depunerea cazierului judiciar al auditorului

Contrar celor arătate în punctul de vedere, auditorii nu sunt organe de administrare, de conducere sau de supraveghere a societăților comerciale și nici persoane cu putere de reprezentare, de decizie sau de control. Activitatea de audit este reglementată de OUG nr. 75/1999, sens în care contestatorul invocă și redă prevederile art. 2 și art. 3 din respectivul act normativ și susține că, din acestea, rezultă că auditorul realizează o activitate de analizare a situațiilor financiare ale societății și, pe baza acestei analize, emite o opinie asupra situațiilor financiare și nicidecum nu reprezintă un organ de conducere, de supraveghere sau de reprezentare al unei societăți comerciale pe acțiuni.

3. Prin folosirea conjuncției disjunctive „sau” este impusă îndeplinirea unor cerințe alternative și nu cumulative. ... nu are obligația de a depune cazierul membrilor consiliului de supraveghere.

Contrar celor susținute în punctul de vedere, există o jurisprudență a Consiliului care arată că prin folosirea conjuncției disjunctive „sau” este impusă îndeplinirea unor cerințe alternative și nu cumulative, lăsând la alegerea fiecărui operator economic ce cazier va depune pe lângă cazierul judiciar al operatorului economic. În acest sens, contestatorul invocă și redă considerente din jurisprudența Consiliului și conchide prin a afirma că, în speță, a ales să depună cazierul membrilor directoratului și nu și pe cele ale consiliului de supraveghere.

În concluzie, contestatorul subliniază că decizia autorității contractante este netemeinică și datorită faptului că societatea sa a

contestat solicitarea de clarificări nr. 13915/08.3.2024, și reiterează solicitările formulate în petitul contestației.

Dovada comunicării punctului de vedere către autoritatea contractantă se regăsește atașată la dosarul cauzei.

Prin adresa nr. 107/13.02.2024, înregistrată la C.N.S.C. sub nr. ..., **(Dosar ...)** ... a depus, în original, recipisa de consemnare a cauțiunii având nr. ..., eliberată de CEC Bank Sucursala Victoria, în cuantum de 88.000,00 lei.

Prin adresa nr. 164/29.02.2024, înregistrată la C.N.S.C. sub nr. ..., **(Dosar ...)** ... a depus, în original, recipisa de consemnare a cauțiunii având nr. ..., eliberată de CEC Bank Sucursala Victoria, în cuantum de 88.000,00 lei.

Analizând susținerile și documentele depuse la dosarul cauzei, **CONSILIUL constată următoarele:**

..., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura simplificată, derulată offline, în vederea atribuirii contractului având ca obiect: *„Delegarea de gestiune prin concesiune a Serviciului de iluminat public al MUNICIPIULUI ...”*, cod CPV: 50232100-1, elaborând, în acest sens, documentația de atribuire aferentă și publicând în SEAP anunțul de concesiune nr. ...3, conform căruia valoarea estimată a procedurii este de 14.928.231,35 lei, pentru care a fost stabilit criteriul de atribuire *„cel mai bun raport calitate-preț”*, având 4 factori de evaluare.

Solicitarea privind suspendarea procedurii de atribuire a fost analizată de Consiliu, fiind respinsă prin încheierea nr. .../... din data de 04.03.2024. Această hotărâre a fost comunicată către părți prin adresele nr. ... și nr. ... din ...

Procedând la soluționarea contestațiilor formulate de ..., Consiliul constată că acestea vizează modul în care autoritatea contractantă a analizat îndeplinirea de către ofertantul în cauză a cerinței de la punctul III.1.1.a) Situația personală a candidatului sau ofertantului din fișa de date a achiziției privind prezentarea cazierului judiciar, fiind formulate critici cu privire la solicitarea de clarificări transmisă de comisia de evaluare ofertantului în cauză **(Dosar ...)** precum și critici cu privire la motivul care a stat la baza deciziei de respingere a ofertei prezentate de acesta **(Dosar ...)**.

În ceea ce privește criticile formulate de contestator prin contestațiile formulate, Consiliul reține că acestea vizează conținutul adresei nr. 13915/08.02.2024, de solicitare de clarificări transmisă de comisia de evaluare în etapa de verificare a documentelor de calificare și motivul care a stat la baza deciziei de respingere a ofertei prezentate de acesta.

Raportat la aceste aspecte, Consiliul reține că membrii comisiei de evaluare au transmis ofertantului în cauză adresa nr. 13915/08.02.2024 în cuprinsul căreia au precizat că *„În conformitate cu prevederile art. 59 alin. (1) din HG nr. 867/2016, vă solicităm să prezentați următoarele documente justificative:*

Certificat de cazier in termenul de valabilitate pentru ... (Certificatul de cazier judiciar Nr. H175218 din 12.07.2023 eliberat de MAI pentru domnul ... nu este valabil);

Certificat de cazier in termenul de valabilitate pentru ... (Ofertantul nu a prezentat certificat de cazier judiciar pentru domnul ...);

Certificat de cazier in termenul de valabilitate pentru ... (Ofertantul nu a prezentat certificat de cazier judiciar pentru domnul ...);

Certificat de cazier in termenul de valabilitate pentru ... (Ofertantul nu a prezentat certificat de cazier judiciar pentru domnul ...);

Certificat de cazier in termenul de valabilitate pentru ... (Ofertantul nu a prezentat certificat de cazier judiciar al operatorului economic ...)

Certificat de cazier in termenul de valabilitate pentru ... (Ofertantul nu a prezentat certificat de cazier judiciar pentru doamna ...)”, solicitări cu privire

la care contestatorul ... a apreciat că depășesc cadrul stabilit prin documentația de atribuire.

Sub acest aspect, Consiliul reține ca fiind relevante în soluționare prevederile de la punctul 6 al capitolului III.1.1.a) „Situatia personala a candidatului sau ofertantului” din fișa de date a achiziției potrivit căreia *„Ofertantii, terții sustinatori si subcontractantii nu trebuie să se regaseasca în situatiile prevazute la art. 79, 80 si 81 din Legea nr. 100/2016 privind concesiunile de lucrari și concesiunile de servicii.*

Modalitate de îndeplinire:

- *Documentele justificative solicitate atât ofertantului asociat, subcontractantului cât și terțului sustinator, care probeaza îndeplinirea cerintelor:*

(...)

6. cazierul judiciar al operatorului economic si 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 in cadrul acestuia, asa cum rezulta din certificatul constatator emis de ONRC/actul constitutive”.

Din modul cum a fost redactată cerința de calificare de la punctul 6 al capitolului III.1.1.a) „Situatia personala a candidatului sau ofertantului” din fișa de date a achiziției rezultă că ofertanții aveau obligația prezentării de cazier judiciar pentru membrii organului de administrare, de conducere **sau** de supraveghere **sau** pentru persoanele ce au putere de reprezentare, de decizie sau de control in cadrul operatorului economic în cauză, așa cum acestea sunt nominalizate în cuprinsul certificatului constatator emis de ONRC sau actelor constitutive ale operatorului economic în cauză.

Așa cum a fost redactată cerința citată din fișa de date a achiziției, rezultă că autoritatea contractantă a solicitat cazierul judiciar al operatorului economic **și** ale membrilor organului de administrare, de conducere **sau** de supraveghere, **sau** a celor ce au putere de reprezentare, de decizie **sau** de control.

Așadar, pe lângă cazierul judiciar al societății sale, un ofertant trebuie să prezinte comisiei de evaluare 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”*. Particula disjunctivă „sau” din redactarea cerinței are funcția de a separa cele două posibilități ale ofertanților.

Consiliul constată că, potrivit cerinței din fișa de date, dacă persoana optează să depună cazierul judiciar 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 și viceversa. Altminteri, disjuncția „sau” nu ar diferi cu nimic de conjuncția „și”.

Prin urmare, așa cum este redactată cerința de calificare, autoritatea contractantă a lăsat la aprecierea ofertantului alegerea categoriei de personal pentru care să prezinte cazier judiciar, iar ... a prezentat aceste documente pentru persoanele din organul de conducere, respectiv pentru Președintele Directoratului, Directorul Operațional – membru în cadrul Directoratului și Directorul Financiar – membru al Directoratului.

Prin urmare, problema care se impune a fi dezlegată cu prioritate, în raport cu susținerile părților, este aceea dacă înaintarea cazierelor judiciare pentru societate, precum și cele corespunzătoare membrilor Directoratului sunt suficiente pentru a se putea reține respectarea cerinței în discuție.

Or, sub acest aspect, Consiliul are în vedere că din cuprinsul certificatului constatator nr. 8661/01.01.2024 emis de ONRC rezultă că ..., Director General, ..., Director Operațional și ..., Director Financiar sunt persoane împuternicite, membrii ai Directoratului, organ cu atribuții de reprezentare și decizie în cadrul operatorului economic în cauză.

Prin urmare, Consiliul constată că analiza comisiei de evaluare se impunea a fi făcută prin raportare la prevederile documentației de atribuire și nu la alte prevederi, iar solicitările de clarificări a modului de îndeplinire de către ofertanți a cerințelor din cadrul documentației de atribuire se impuneau a fi stabilite deasemenea, tot prin raportare la prevederile documentației de atribuire.

Cerințele privind modul de întocmire a ofertelor, prezentarea documentelor de calificare nu trebuie să depindă de modul în care sunt înțelese la un moment dat de către o societate ofertantă, fiind imperativ ca autoritatea să asigure operatorilor economici o înțelegere/interpretare unitară, decurgând din informarea lor completă, corectă și explicită cu privire la modul de aplicare a procedurii de atribuire. Consiliul reține ca fiind relevantă concluzia Curții de Justiție a Uniunii Europene regăsită în Hotărârea din 16 aprilie 2015, cauza C-278/14, având ca obiect o cerere de decizie preliminară formulată de Curtea de Apel Alba Iulia, în procedura SC Enterprise Focused Solutions SRL împotriva Spitalului Județean de Urgență Alba Iulia: „Articolul 23 alineatul (8) din Directiva 2004/18/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 31 martie 2004 privind coordonarea procedurilor de atribuire a contractelor de achiziții publice de lucrări, de bunuri și de servicii, astfel cum a fost modificată prin Regulamentul (UE) nr. 1251/2011 al Comisiei din 30 noiembrie 2011, nu este aplicabil unui contract de achiziții publice a cărui valoare nu atinge pragul de aplicabilitate prevăzut de această directivă. În cadrul unui contract de achiziții publice care nu intră sub incidența directivei menționate, dar care prezintă un interes transfrontalier cert, aspect a cărui verificare este de competența instanței de trimitere, normele fundamentale și principiile generale ale Tratatului FUE, în special principiile egalității de tratament și nediscriminării, precum și obligația de transparență care rezultă din acestea trebuie interpretate în sensul că autoritatea contractantă nu poate respinge o ofertă care îndeplinește cerințele anunțului de participare pe baza unor motive care nu sunt prevăzute în anunțul menționat”.

Aceeași instanță de la Luxemburg a statuat că obligația de transparență are ca scop în special să garanteze că este înlăturat riscul

de arbitrar din partea autorității contractante (Hotărârea Curții de Justiție a Uniunii Europene în cauza SAG ELV Slovensko și alții, C-599/10, EU:C:2012:191, punctul 25, precum și jurisprudența acolo citată). De asemenea, Consiliul reține că potrivit jurisprudenței constante a CJUE, în temeiul articolului 2 din Directiva 2004/18, unei autorități contractante îi revine sarcina de a respecta cu strictețe criteriile pe care ea însăși le-a stabilit (Hotărârea din 10 octombrie 2013, Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, punctul 40, și Hotărârea din 6 noiembrie 2014, Cartiera dell'Adda, C-42/13, EU:C:2014:2345, punctele 42 și 43,

Hotărârea din 2 iunie 2016, Pippo Pizzo, C-27/15, EU:C:2016:404, punctul 39).

Totodată, conform considerentelor expuse în cauza Pippo Pizzo, principiul egalității de tratament impune ca ofertanții să dispună de aceleași șanse în formularea ofertelor lor și implică, așadar, ca aceste oferte să fie supuse acelorași condiții pentru toți ofertanții. Pe de altă parte, obligația de transparență - care constituie corolarul principiului egalității de tratament, are ca scop să garanteze absența riscului de favoritism și de arbitrar din partea autorității contractante. Această obligație implică formularea tuturor condițiilor și modalităților procedurii de atribuire în mod clar, precis și neechivoc în anunțul de participare sau în caietul de sarcini, astfel încât, în primul rând, să permită tuturor ofertanților informați în mod rezonabil și obișnuit de diligenți să le înțeleagă conținutul exact și să le interpreteze în același mod și, în al doilea rând, să permită autorității contractante să verifice efectiv dacă ofertele prezentate de ofertanți corespund criteriilor care guvernează contractul în cauză (a se vedea în acest sens Hotărârea din 6 noiembrie 2014, Cartiera dell'Adda, C-42/13, EU:C:2014:2345, punctul 44 și jurisprudența citată).

În Hotărârea din 14 iunie 2017, Medipac - Kazantzidis, C-6/05, EU:C:2007:337, CJUE a precizat că obligația de transparență interzice 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 care sunt invocate ulterior depunerii acestei oferte (punctul 54).

Astfel, prezentarea în ofertă a atestărilor incidente procedurii la care face referire contestatoarea nu a fost impusă drept cerință de calificare în mod clar, precis și neechivoc și nu îndeplinește exigența pentru respectarea principului transparenței procedurii de calificare, astfel cum a fost conturat în jurisprudența CJUE, în special în Hotărârea din cauza Cartiera dell'Adda, anterior menționată, Hotărârea Comisia/CAS Succhi di Frutta, C-496/99 P, EU:C:2004:236, punctul 110, și Hotărârea Cartiera dell'Adda, C-42/13, EU:C:2014:2345, punctul 44, Hotărârea Curții din 12 martie 2015, eVigilo Ltd, C-538/13, EU:C:2015:166, punctul 32.

De asemenea, pentru a putea fi opozabile ofertanților, fiind vorba de cerințe din categoria celor care țin de capacitatea de exercitare a activității profesionale, respectiv cerințe de calificare, era necesar ca acestea să fie materializate expres în fișa de date a achiziției și în anunțul de participare, atât principiul transparenței cât și cel al tratamentului egal interzicând o interpretare contrară.

Într-o atare situație, Consiliul constată că prin solicitarea prezentării unor cazieri judiciare pentru persoane având alte funcții în cadrul operatorului economic decât cele de reprezentare și decizie, comisia de evaluare a extins cadrul stabilit prin documentația de atribuire, motiv pentru care admite criticile formulate de contestator sub acest aspect.

În acest context, Consiliul constată că se impune anularea adresei nr. 13915/08.02.2024 prin care comisia de evaluare a solicitat clarificări ofertantului

Pe cale de consecință, în condițiile anulării solicitării de clarificări în discuție, Consiliul constată că răspunsul formulat de ... la respectiva solicitare de clarificări nu mai poate fi considerat neconcludent, respectiv nu mai poate fi avut în vedere la respingerea ofertei prezentate de acest ofertant.

Consiliul are în vedere că în condițiile în care cerința de calificare de la punctul 6 al capitolului III.1.1.a) „Situatia personala a candidatului sau ofertantului” din fișa de date a achiziției este confuză, respectarea obligației prevăzute la art. 79 alin. (2) din Legea nr. 100/2016 potrivit căreia *„Obligația de a exclude din procedura de atribuire un operator economic, potrivit prevederilor 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”* se va realiza în situația în care va constata, pe întregul parcurs al desfășurării procedurii de atribuire, că una dintre persoanele nominalizate ca membru al organului de administrare, de conducere sau de supraveghere al respectivului operator economic sau care are putere de reprezentare, de decizie sau de control în cadrul acestuia a fost condamnată printr-o hotărâre definitivă pentru una dintre infracțiunile prevăzute la alin. (1) al aceluiași articol.

Acestea fiind, în contextul de fapt și de drept anterior expus și în temeiul prevederilor art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, Consiliul admite contestațiile nr. ... **(Dosar ...)** și nr. ... **(Dosar ...)** formulate de ..., în contradictoriu cu

Anulează adresa nr. 13915/08.02.2024.

Anulează, în parte, procesul verbal nr. 2 al ședinței de evaluare a documentelor de calificare, înregistrat cu nr. 17478/16.02.2024, raportul intermediar pentru finalizarea etapei de verificare a documentelor de calificare și selecție nr. 20098/22.02.2024 și toate documentele subsecvente acestuia, respectiv a mențiunilor referitoare la oferta prezentată de

Obligă ... ca, în termen de 10 zile de la primirea prezentei, să procedeze la reanalizarea ofertei prezentate de ... prin raportare la prevederile documentației de atribuire, cu luarea în considerare a celor precizate în motivare.

Pentru aceste motive
în baza documentelor depuse de părți,
CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

DECIDE:

Admite contestația formulată de ..., în contradictoriu cu ...
(Dosar ...).

Admite contestația formulată de ..., în contradictoriu cu ...
(Dosar ...).

Anulează adresa nr. 13915/08.02.2024.

Anulează, în parte, procesul verbal nr. 2 al ședinței de evaluare a documentelor de calificare, înregistrat cu nr. 17478/16.02.2024, raportul intermediar pentru finalizarea etapei de verificare a documentelor de

calificare și selecție nr. 20098/22.02.2024 și toate documentele subsecvente acestuia, respectiv a mențiunilor referitoare la oferta prezentată de

Obligă ... ca, în termen de 10 zile de la primirea prezentei, să procedeze la reanalizarea ofertei prezentate de ... prin raportare la prevederile documentației de atribuire, cu luarea în considerare a celor precizate în motivare.

Obligatorie.

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

**Complet de soluționare a contestațiilor
în domeniul achizițiilor publice:**

Consilier de soluționare

...

PREȘEDINTE

...

Consilier de soluționare

...

Redactat practicaua deciziei

...

Redactată în 4 (patru) exemplare originale, conține ... (...) pagini

