CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C.N.S.C.

Str. Stavropoleos nr. 6, Sectorul 3, București, România, CP 030084, CIF 20329980
Tel. +4 021 3104641, Fax. +4 021 3104642, Fax. +4 021 8900745, www.cnsc.ro

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

DECIZIE

Nr. ...
Data: ...

Prin contestaţia nr. 7692/27.05.2019, înregistrată la Consiliul Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor cu nr. …, formulată de către **... SA**, cu sediul în municipiul …, având CUI …, înregistrată la Registrul Comerţului sub nr. …, reprezentată legal de director general …, împotriva raportului procedurii nr. 18387/13.05.2019, cu privire la loturile nr. **40**, **41** și **271**, emis de către **...**, cu sediul în municipiul …, în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de licitație deschisă on line, organizată pe loturi în vederea încheierii unui ***„...”***, cod CPV 33690000-3 diverse medicamente, (anunț de participare simplificat …), s-a solicitat Consiliului *„să anulați parțial rezultatul procedurii, cuprins în raportul procedurii nr. 18387/emis în data de 13.05.2019, cu privire la loturile 40, 41 și 271 și să obligați autoritatea contractantă să atribuie acordul-cadru către subscrisa pentru loturile susmenționate”.*

În luarea deciziei asupra cauzei de față,
Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor
reține următoarele:

Prin contestaţia nr. 7692/27.05.2019, înregistrată la Consiliul Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor cu nr. …, formulată de către ... SA împotriva raportului procedurii nr. 18387/13.05.2019, cu privire la loturile nr. 40, 41 și 271, emis de către ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de licitație deschisă on line, organizată pe loturi în vederea încheierii unui *„…”*, s-au solicitat cele menționate în partea introductivă.

În acest sens, contestatoarea menționează că, descărcând din SEAP raportul procedurii înregistrat la emitent cu nr. 18387/13.04.2019, a constatat aspecte nelegale privind modul în care au fost stabile ofertele câștigătoare pentru loturile nr. 40, 41 și 271; față de acest aspect susține următoarele:

- autoritatea contractantă a solicitat ofertanților clasați pe primul loc, printre care și ... SA, să prezinte documentele suport/dovezi pentru demonstrarea informațiilor prevăzute în DUAE, documente care au fost depuse, astfel după cum rezultă din raportul procedurii;
- potrivit Avizului conform condiționat ex-ante nr. 8067/75/CN1006478/AC/10.04.2019, emis de către ANAP, s-au constatat abateri grave de la legislația aplicabilă, sub aspect calitativ, pe motiv că ofertanții desemnați câștigători, inclusiv ... SA, nu au prezentat toate cazierele judiciare ale membrilor organului de administrare, de conducere sau supraveghere a operatorului economic sau a celor cu putere de reprezentare, de decizie sau de control în cadrul acestuia, astfel cum rezultă din certificatul constatator emis de ONRC;
- de aceea, comisia de evaluare a reevaluat documentele suport depuse de către ofertanți și a transmis noi solicitări de clarificări acestora, companiei cerându-i-se prezentarea tuturor cazierelor judiciare ale celor 7 persoane împuternicite conform Certificatului constatator ONRC;
- la Cap. III.1.1.a) „Situația personală a candidatului sau ofertantului" a fișei de date a achiziției este prevăzută expres posibilitatea prezentării de către ofertanții câștigători a *„cazierului judiciar al operatorului economic și al membrilor organului de administrare, de conducere4 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";*
- ... SA precizează că, astfel cum a arătat și în răspunsul la solicitarea de clarificări, a depus cazierul judiciar al dl. ...; de asemenea, arată că persoanele ale căror caziere judiciare au fost solicitate dețin funcția de membri în Consiliul de Administrație și, în mod legal, în conformitate cu prevederile Legii nr. 31/1990, art. 143 alin. (1) art. 143^1 alin. (1) și art. 143^2 alin. (4), prin Actul Constitutiv Actualizat al ... SA, potrivit art. 38 alin. (2) și art. 39 alin. (1) Consiliul de Administrație a delegat conducerea societății unui director general, responsabil cu luarea tuturor măsurilor aferente conducerii companiei și care reprezintă compania în raport cu terții;
- prin Certificatul constatator eliberat de către ONRC se atestă faptul că, în prezent, dl. ... deține funcția de Director general unic al ... SA, începând cu data de 14.07.2016 până la data de 14.07.2020, prin urmare, este suficientă, în opinia

contestatoarei, prezentarea cazierului judiciar al directorului general, având în vedere faptul că este singura persoană care are putere de control și de reprezentare a companiei, astfel cum se solicită în fișa de date a achiziției;

- în urma răspunsurilor transmise de companie, comisia de evaluare a considerat că *„lipsesc cazierele judiciare pentru 7 persoane din ONRC”* și *„prin comunicarea raportului procedurii”* a informat ... SA că oferta depusă pentru loturile 40, 41 și 271 a fost declarată inacceptabilă, în temeiul art. 137 alin. (2) lit. b) din H.G. nr. 395/2016, coroborat cu art. 167 lit. h), art. 168 alin. (1), art. 196 alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

În concluzie, contestatoarea afirmă că rezultatul procedurii aferent loturilor nr. 40, 41 și 271, raportat la motivarea comisiei de evaluare este nelegal, având în vedere faptul că a prezentat toate documentele și clarificările solicitate de către comisia de evaluare la momentul corespunzător, iar, în opinia sa, aceasta din urmă a ignorat faptul că cerința fișei de date a achiziției prevede condiții alternative și nu cumulative. În drept, au fost invocate prevederile legale menționate în cadrul contestației.

Atașat contestației, ... SA a depus recipisa de consemnare a cauțiunii nr. … lei, emisă de …, respectându-se astfel dispozițiile art. 61^1 din Legea nr.101/2016.

Prin adresa nr. 11106/29.05.2019, transmisă prin fax, înregistrată la C.N.S.C. sub nr. …, ... a precizat că *„nu depune punct de vedere asupra contestației, lăsând la latitudinea onoratului Consiliu soluționarea acesteia”.*

Totodată, menționează că oferta depusă de către ... SA a fost declarată inacceptabilă, în temeiul art. 137 alin. (2) lit. b) din H.G. nr. 395/2016, cu modificările și completările ulterioare, coroborat cu art. 167 lit. h) și art. 168 alin. (1) și art. 196 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, respectiv nu a depus toate documentele probatorii DUAE – cele 7 caziere ale membrului organului de administrare, de conducere sau de supraveghere sau a celor ce au putere de reprezentare, de decizie sau de control în cadrul ofertantului, astfel cum au fost declarați în certificatul constatator ONRC.

Precizează că atașează adresei următoarele documente: Decizia de verificare ANAP nr. 9264/29.11.2018 a procedurii de atribuire, înregistrată la … sub nr. 23735/28.11.2018, documente suport DUAE depuse de către ... SA odată cu oferta, la data de 20.12.2018, corespondența electronică purtată cu ... SA, documentele suport DUAE depuse de ... SA la solicitarea autorității contractante, extras matrice documente suport DUAE, raportul procedurii nr. 18387/13.05.2019, dovada postării raportului în SEAP, aviz ANAP conform necondiționat nr. 8067/13.12.2018, aviz ANAP conform necondiționat nr. 8067/275/13.02.2019, aviz ANAP conform necondiționat nr. 8067/06.03.2019, aviz ANAP conform necondiționat nr. 8067/10.04.2019 și avizul ANAP conform necondiționat nr. 8067/ 16.05.2019.

Față de înscrisurile aflate la dosarul cauzei, Consiliul reține următoarea situație de fapt:

..., în calitate de autoritate contractantă, a inițiat procedura de licitație deschisă on line, organizată pe loturi în vederea încheierii unui *„…”*, cod CPV 33690000-3 diverse medicamente, prin publicarea, în SICAP, a anunțului de participare simplificat …), atașat căruia a fost publicată și documentația de atribuire.

La pct. II.1.5) din cadrul acestuia, se menționează că valoarea estimată a acordului cadru este cuprinsă între … și … lei, fără TVA, la pct. II.2.5) Criteriul de atribuire – …, iar la pct. II.1.6) din cadrul aceluiași document, precizându-se divizarea pe 296 de loturi a contractului.

... SA a depus ofertă pentru următoarele loturi:

- lot 40 … – CPV 33621100-0 Antitrombotice (rev. 2) – valoare estimată cuprinsă între … lei;
- lot 41 … – CPV 33621100-0 Antitrombotice (rev. 2) – valoare estimată cuprinsă între … lei;
- lot 271 …, valoare estimată cuprinsă între … lei.

Potrivit raportului procedurii, înregistrat la emitent sub nr. 18387/13.05.2019, pag. 1 – 168, ,,*comisia de evaluare a declarat inacceptabilă oferta depusă de către ... SA pentru loturile 40, 41 și 271, conform art. 137 alin. (2) lit. b) din H.G. nr. 395/2016, coroborat cu art. 167 lit. h), art. 168 alin. (1), art. 196 alin. (2) din Legea nr. 98/2016*''.

Ulterior publicării de către autoritatea contractantă, în SICAP, a raportului procedurii mai sus menționat, ... SA a formulat contestația dedusă soluționării, susținând că ,,decizia acesteia este nelegală''.

Conform art. 2016 alin. 2) lit. b) și alin. 3) lit. b) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, ,,*Raportul procedurii de atribuire prevăzut la alin. (1) trebuie să cuprindă cel puţin următoarele documente/informaţii: b) dacă este cazul, rezultatele procesului de calificare şi/sau selecţie a candidaţilor/ofertanţilor şi/sau reducerea numărului acestora pe parcursul procedurii de atribuire; (3) lit. b) (3) Informaţiile care fac obiectul alin. (2) lit. b) sunt următoarele: b) denumirea candidaţilor/ofertanţilor respinşi şi motivele respingerii*''.

În acest sens, din verificarea dosarului cauzei, Consiliul va lua în considerare că, în cadrul raportului procedurii nr. 18387/13.05.2019, referitor la contestatoare, autoritatea contractantă a precizat următoarele:

- ,,(...) *în urma evaluării (...) au fost declarate admisibile ofertele: lot nr. 40, 41, 271 – …;*
- *ca urmare a avizului conform condiționat nr. 8067/751/10.04.2019 al Agenției Naționale pentru Achiziții Publice – Direcția Generală Control Ex – ante, care prevedere următoarele măsuri dispuse: (...) b) solicitarea de caziere*

judiciare ale membrilor organului de administrare, de conducere sau de supraveghere ai operatorului economic sau a celor ce au putere de reprezentare, de decizie sau de control în cadrul acesteia, așa cum rezultă din certificatul constatator emis de ONRC: …;

- *(...) în data de 12.04.2019, comisia a reanalizat documentele suport depuse de către ofertanți, a întocmit noi solicitări de clarificări identificate pe durata procesului de verificare și le-a trimis online ofertanților: ... – prezentarea cazierelor judiciare pentru toate persoanele care sunt împuternicite, conform certificatului constatator ONRC, respectiv: …, …, …, …, …, …, …;*
- *Ca răspuns la solicitările de clarificări, ofertantul postează în data de 16.04.2019 adresa FN, prin care comunică următoarele: conform fișei de date din cadrul procedurii, avizată pentru publicare de către ANAP, s-a solicitat la cap. III.1.1 a) Situația personală a candidatului sau ofertantului: pentru neîncadrarea în prevederile art. 164 din Legea nr. 98/2016 se va prezenta: cazierul judiciar al operatorului economic, ale membrilor organului de administrare, de conducere sau de supraveghere ai operatorului 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, am depus cazierul judiciar al directorului general – administrator, singurul cu putere de reprezentare, de decizie sau de control, conform actului constitutiv al ... SA, respectiv HG 892/1998, capitolul 5, art. 13, 14, 15. Având în vedere cele prezentate mai sus, considerăm cerința conform fișei de date îndeplinită și considerăm solicitarea de documente care nu sunt menționate ca fiind obligatorii prin fișa de date;*
- *Potrivit art. 13 din H.G. 892/1998, ... SA este administrată de un consiliu de administrație compus din 7 membri;*
- *Conform fișei de date a achiziției – Pentru neâncadrarea în prevederile art. 164 din Legea nr. 98/2016 se va prezenta: cazierul judiciar al operatorului economic și al membrilor consiliului 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;*
- *Concluzie – lipsă caziere judiciare pentru 7 persoane din certificatul ONRC – …, …, …, …, …, …, …''*.

Față de cele de mai sus, Consiliul va lua în considerare faptul că, în cadrul fișei de date a achiziției - Secțiunea III Informații juridice, economice, financiare și tehnice III.1) CONDIȚII DE PARTICIPARE: III.1.1.a) Situația personală a candidatului sau ofertantului, Informații

și formalități necesare pentru evaluarea respectării cerințelor menționate, se precizează următoarele: ,,*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: se va completa DUAE de către operatorii economici participanți la procedura de atribuire 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 1 în clasamentul intermediar întocmit la finalizarea evaluării ofertelor. Aceste documente pot fi: 3. Pentru neîncadrarea în prevederile art.164 din Legea 98/2016 se va prezenta: 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 O.N.R.C./****actul constitutiv***''.

Preliminar analizării aspectelor sesizate mai sus, Consiliul apreciază că este de remarcat faptul că documentația de atribuire, alcătuită din fișa de date, caietul de sarcini (părțile tehnice), formularele necesare și modelul contractului de achiziție, la care se adaugă clarificările postate în SICAP, prin faptul că au depus ofertă, au fost acceptate de către operatorii economici participanți, drept pentru care toate prevederile acesteia și-au consolidat forța obligatorie atât pentru autoritatea contractantă, cât și pentru operatorii economici participanți la procedura de atribuire, inclusiv pentru ... SA.

Din verificarea certificatului constatator nr. 90624/15.02.2019, pag. 1 – 7, Consiliul va reține că la rubrica: Persoane împuternicite (Persoane fizice/Calitate/Funcție), sunt menționate următoarele: ,,*… – administrator/membru în consiliul de administrație; … – … - administrator/membru în consiliul de administrație/director general unic; … – administrator; … – administrator; … – Administrator, … – administrator, … – Administrator, … – administrator*''.

De asemenea, în cadrul documentelor anexate dosarului cauzei, a rezultat că ... SA a prezentat, numai pentru … - administrator/membru în consiliul de administrație/director general unic, certificatul de cazier judiciar nr. 18646967/05.12.2018.

Conform dispozițiilor art. 209 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, ,,*În cazul în care informaţiile sau documentele prezentate de către operatorii economici sunt incomplete sau eronate sau în cazul în care lipsesc anumite documente, autoritatea contractantă are dreptul de a solicita într-un anumit termen ofertanţilor/candidaţilor clarificări şi, după caz, completări ale documentelor prezentate de aceştia în cadrul ofertelor sau solicitărilor de participare, cu respectarea principiilor tratamentului egal şi transparenţei*''.

În aplicarea dispozițiilor de mai sus, autoritatea contractantă a solicitat contestatoarei următoarele: ,,(...) *Având în vedere avizul conform condiționat nr. 7649/11.04.2019, este necesară solicitarea de noi clarificări. Vă rugăm să prezentați cazierele judiciare pentru toate persoanele care sunt împuternicite, conform certificatului constatator ONRC, respectiv: …. Actul constitutiv nu este luat în considerare de echipa de control ANAP*''.

Prin adresa din data de 12.04.2019, contestatoarea răspunde astfel: ,,(...) conform fișei de date din cadrul procedurii, avizată pentru publicare de către A.N.A.P. la capitolul III.1.1.a) Situația personală a candidatului sau ofertantului, la punctul 3 - *Pentru neîncadrarea în prevederile art.164 din Legea 98/2016 se va prezenta: 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 O.N.R.C./actul constitutiv, am depus cazierul judiciar al directorului general – administrator executiv, singurul cu putere de reprezentare de decizie sau de control, conform actului constitutiv al ... SA, respectiv HG 892/1998 capitolul 5, art. 13, 14, 15, document public. Având în vedere cele precizate mai sus, considerăm cerința conform fișei de date îndeplinită și considerăm solicitarea altor documente care nu sunt menționate ca fiind obligatorii prin fișa de date*''.

Față de cele de mai sus, Consiliul apreciază că nu va putea lua în considerare mențiunea autorității contractante, potrivit căreia ,,*Actul constitutiv nu este luat în considerare de echipa de control ANAP*'', deoarece, pe de-o parte, cerința din cadrul fișei de date a achiziției este ,,*sau a celor ce au putere de reprezentare, de decizie sau de control în cadrul acestuia, așa cum rezultă din certificatul constatator emis de O.N.R.C./**actul constitutiv***'', iar, pe de altă parte, în cadrul avizului conform necondiționat nr. 8067/915/…/AC/ 16.05.2019 există următoarea precizare: ,,(…) *procesul de control ex ante este limitat la aspectele verificate și constatate în baza listelor de verificare ale ANAP și nu exonerează de răspundere autoritatea contractantă în raport cu acțiunile și deciziile adoptate de aceasta în procesul de atribuire și/sau modificare a contractului în conformitate cu dispozițiile legale aplicabile*''.

Prin urmare, în temeiul principiului asumării răspunderii, consacrat la art. 2 alin. (2) lit. f) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, autoritatea contractantă este obligată să aplice dispozițiile art. 132 alin. (1) din cadrul H.G. nr. 395/2016 pentru aprobarea Normelor metodologice de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractului de achiziţie publică/acordului-cadru din Legea nr. 98/2016 privind achiziţiile publice conform cărora ,,În cazul în care, în cadrul

documentaţiei de atribuire, a fost prevăzută obligaţia îndeplinirii unor criterii de calificare şi selecţie formulate în baza criteriilor prevăzute la cap. IV secţiunea a 6-a paragraful 1 din Lege, comisia de evaluare are obligaţia verificării modului de îndeplinire a acestora de către fiecare ofertant/candidat în parte prin analizarea conţinutului DUAE''.

Față de cele de mai sus, Consiliul apreciază că autoritatea contractantă, în vederea respectării propriei documentații de atribuire, cu privire la oferta contestatoarei, trebuie să aplice dispozițiile art 134 alin. (1) din H.G. nr. 395/2016, potritiv cărora ,,*Comisia de evaluare are obligaţia de a stabili care sunt clarificările şi completările formale sau de confirmare, necesare pentru evaluarea fiecărei solicitări de participare/oferte, precum şi perioada de timp acordată pentru transmiterea acestora, termenul-limită neputând fi stabilit decât la nivel de zile lucrătoare, fără a fi precizată o oră anume în cadrul acestuia''* și să solicite contestatoarei prezentarea **actului constitutiv actualizat**, hotarârea de guvern, respectiv orice alt document din care să rezulte că cerința ,,(...) *sau putere de reprezentare, de decizie sau de control în cadrul acestuia, așa cum rezultă din certificatul constatator emis de O.N.R.C./actul constitutiv''* este îndeplinită de către ,,*… - administrator/membru în consiliul de administrație/director general unic''.*

În ceea ce privește solicitarea contestatoarei de ,,a obliga autoritatea contractantă să atribuire acordul – cadru către aceasta'', Consiliul o va respinge ca inadmisibilă, având în vedere că potrivit art. 207 alin. (1) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, ,,*Autoritatea contractantă stabileşte oferta câştigătoare pe baza criteriului de atribuire şi a factorilor de evaluare precizaţi în invitaţia de participare/anunţul de participare şi în documentele achiziţiei, dacă sunt îndeplinite în mod cumulativ următoarele condiţii: a) oferta respectivă îndeplineşte toate cerinţele, condiţiile şi criteriile stabilite prin anunţul de participare şi documentele achiziţiei, având în vedere, dacă este cazul, dispoziţiile art. 162; b) oferta respectivă a fost depusă de un ofertant care îndeplineşte criteriile privind capacitatea şi, dacă este cazul, criteriile de selecţie şi nu se află sub incidenţa motivelor de excludere''.*

Față de cele de mai sus, în temeiul art. 26 alin. (2), (5) și (6) din Legea nr. 101/2016, va admite, în parte, contestația, referitoare la loturile nr. 40, 41 și 271, formulată de către ... SA în contradictoriu cu ... și va obliga autoritatea contractantă la anularea raportului procedurii nr. 18387/13.05.2019, numai în partea care privește oferta contestatoarei, loturile nr. 40, 41 și 271, și a actelor subsecvente acestuia și la continuarea procedurii de atribuire cu reevaluarea ofertei aparținând ... SA, cu solicitarea acesteia de clarificări conform celor precizate în motivare, în termen de 15 zile de la comunicarea prezentei.

Va respinge, ca inadmisibilă, solicitarea contestatoarei de ,,a obliga autoritatea contractantă să atribuire acordul – cadru către aceasta’’.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 şi poate fi atacată cu plângere, în temeiul art. 29 din același act normativ.

Pentru cele constatate,
în baza legii și a mijloacelor de probă aflate la dosar,

CONSILIUL DECIDE:

Admite, în parte, contestația formulată de **... SA**, cu sediul în …, în contradictoriu cu **...**, cu sediul în …, astfel:

- obligă autoritatea contractantă la anularea raportului procedurii nr. 18387/13.05.2019, numai în partea care privește oferta contestatoarei, loturile nr. 40, 41 și 271, și a actelor subsecvente acestuia și continuarea procedurii de atribuire cu reevaluarea ofertei aparținând ... SA, cu solicitarea acesteia de clarificări, conform motivației de mai sus, în termen de 15 zile de la comunicarea prezentei;
- respinge, ca inadmisibilă solicitarea contestatoarei de ,,a obliga autoritatea contractantă să atribuire acordul – cadru către aceasta’’.

Obligatorie.

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

Președinte,	**Membru,**	**Membru,**
...	**...**	**...**
...	**...**	**...**

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