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, +4 021 8900745 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. .....
Data: ....

Prin contestația înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. ...., înaintată de ..., cu sediul în ....., unde se vor comunica toate actele de procedură, formulată împotriva comunicării rezultatului procedurii nr. ..., emisă de ..., cu sediul în .... în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de licitație deschisă, împărțită pe loturi, organizată în vederea încheierii unui acord-cadru de furnizare având ca obiect "...", LOTURILE 2, 4, 6, 7 și 8, s-a solicitat Consiliului anularea deciziei prin care a fost descalificată oferta sa, cu consecința reluării procedurii de atribuire în vederea respectării dreptului de participare al ..., precum și a tuturor principiilor care guvernează procedura achizițiilor publice.

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 ... atacă conținutul comunicării rezultatului procedurii nr. ..., emisă de ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de licitație deschisă în cauză, solicitând cele menționate în partea introductivă.

În motivarea contestației, ... arată că, în data de 10.06.2019, autoritatea i-a comunicat faptul că oferta sa a fost declarată ca fiind inacceptabilă, deoarece "nu s-au transmis cazierele judiciare pentru cei trei administratori prevăzuţi în certificatul constatator ca persoane fizice

împuternicite, respectiv: ..., ... și ..., nefăcându-se dovada neîncadrării acestor persoane în prevederile art. 164 din Legea nr. 98/2016".

Față de acest aspect, contestatorul apreciază măsura dispusă de autoritate ca fiind nelegală, având în vedere atât prevederile legale ce reglementează conducerea și admistrarea societăţior comerciale, repectiv Legea nr. 31/1990, cât și cerinţele expres prevăzute în fișa de date a achiziției. Astfel, învederează că, potrivit art. III.1 - Secţiunea III din cadrul fișei de date, documentul solicitat de autoritatea contractantă în vederea clarificării încadrării sau neîncadrării operatorului economic în situațiile prevăzute la art. 164 din Legea nr. 98/2016 este "cazier judiciar al membrilor organului de administrare, de conducere sau de supraveghere al respectivului operator economic sau a celor care au putere de reprezentare, de decizie sau de control în cadrul acestuia". Or, astfel cum rezultă din documentaţia depusă, precum și din răspunsurile oferite în cadrul solicitărilor de clarificări ulterioare, oferta ... a fost însoțită de cazierul judiciar al membrilor organelor de conducere, respectiv: ... în calitate de Director General, ... în calitate de Director Wholesale Grup și ... în calitate de Director Financiar. Totodată, a fost transmis autorității Actul constitutiv al societății, precum și toată documentaţia care atestă delegarea puterilor și atribuţiilor Consiliului de Admitrație către Directorii societății, cazierul judiciar al acestor persoane însoțind oferta de participare în procedura de atribuire. De asemenea, arată că, a fost transmisă către autoritate și Decizia Consiliului de Administraţie al ... din data de ...., prin care funcţia de Director General a fost preluată de către ..., acesta înlocuindu-l în funcţie pe Ovidiu Buluc, fiindu-i astfel transferate toate drepturile și obligaţiile aferente acestei poziţii.

În aceste condiţii, autorul contestației precizează că a repectat atât cerinţele cuprinse în fișa de date a achiziției, cât și dispoziţiile legale aplicabile în materia societăților comerciale și, pe cale de consecinţă, solicită anularea deciziei prin care, în mod nelegal, oferta sa a fost descalificată cu consecinţa reluării procedurii de atribuire în vederea respectării dreptului de participare al ..., precum și a tuturor principiilor care guvernează procedura achiziţiilor publice.

În drept, invocă dispozițiile art. 8 din Legea nr. 101/2016.

În probațiune, s-au depus, în copie, documente.

La data de ....**,** în cuprinsul căreia face precizarea că a formulat contestație împotriva Deciziei autorității contractante nr. ... ”Comunicare rezultat procedură” prin care oferta sa a fost considerată inacceptabilă.

Prin punctul de vedere nr. .... precizează că ... a transmis cazierele judiciare doar pentru trei administratori (..., ..., ...) din cei șase menţionaţi în certificatul constatator. Nu a transmis cazierele judiciare pentru: ..., ... și ..., nefăcând dovada neîncadrării acestor persoane în prevederile art. 164 din Legea nr. 98/2016, răspunsul fiind neconcludent.

Întrucât cerinţa nu a fost îndeplinită, oferta ... a fost declarată ca inacceptabilă în baza prevederilor art. 134 alin. (5) și art. 137 alin. (2) lit. b) din HG nr. 395/2016.

În probațiune, s-au depus, în copie, documente aflate la dosarul achiziției publice, care au fost înregistrate la Consiliu sub nr. ...

Față de susținerile părților şi de documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarele:

..., în calitate de autoritate contractantă, a inițiat procedura de licitație deschisă, împărțită pe loturi, în vederea încheierii unui acord-cadru de furnizare având ca obiect "....", loturile 2, 4, 6, 7 și 8, prin publicarea, în SEAP, a anunțului de participare nr. ... și a documentației de atribuire aferente.

Împotriva rezultatului procedurii, ... a înaintat Consiliului contestația de față (constituind cauțiunea aferentă conform dispozițiilor art. 61^1 din Legea nr. 101/2016), prin depunerea Recipisei de consemnare nr. .... lei), solicitând Consiliului cele menționate în partea introductivă.

Referitor la cererea de suspendare a procedurii de atribuire până la soluționarea contestației, Consiliul s-a pronunțat prin Încheierea nr. .... din data de ...., în sensul respingerii ei.

Consiliul constată că părțile sunt în dispută cu privire la decizia autorității contractante de a declara inacceptabilă oferta depusă de ..., pentru loturile 2, 4, 6, 7 și 8, deoarece, *"nu s-au transmis cazierele judiciare pentru cei trei administratori prevăzuți în certificatul constatator ca persoane fizice împuternicite: ..., ... și ..., nefăcând dovada neîncadrării acestor persoane în prevederile art. 164 din Legea nr. 98/2016 și răspunsul său nu este concludent".*

Preliminar analizării aspectelor sesizate de contestator, este de remarcat că documentația de atribuire, publicată în SICAP, nu a fost contestată, ..., neînțelegând să uzeze nici de dreptul de a solicita clarificări conform art. 160 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, drept pentru care toate prevederile ei și-au consolidat forța obligatorie atât pentru autoritatea contractantă, cât mai ales pentru asocierea de operatori economici participanți la procedura de atribuire. La acest moment, nu pot fi emise pretenții sau critici vizavi de prevederile documentației de atribuire, întrucât ar fi vădit tardive, raportat la termenul prescris de Legea nr. 101/2016.

Astfel, documentația acceptată implicit de ofertant îi impunea acestuia să îi urmeze cu strictețe prescripțiile, sens în care dispune și art. 75 din Legea nr. 98/2016: *ofertantul depune oferta elaborată în conformitate cu informațiile și cerințele prevăzute în documentele achiziției,* precum și art. 123 alin. (1) din HG nr. 395/2016: *ofertantul elaborează oferta în conformitate cu prevederile documentației de atribuire*.

Prin depunerea ofertei se înțelege că ofertantul și-a însușit documentația de atribuire fără rezerve, ceea ce înseamnă că nu i se poate scuza nicio abatere de la prescripțiile ei, opozabile în cel mai mic detaliu.

În acest sens, Consiliul reține că, atât în cadrul anunțului de participare cât și în cuprinsul fișei de date a achiziției, autoritatea contractantă a specificat la pct. *III.1.1) Capacitatea de exercitare a activitatii profesionale, (…):*

Cerinta nr. 1 Ofertantii nu trebuie sa se regaseasca in situatiile prevazute la art. 164, 165, 167 si art. 59 din Legea nr. 98/2016 privind achizitiile publice. Operatorul economic (lider, asociat, tert sustinator, subcontractant) va completa cerinta corespunzatoare in formularul DUAE, cu informatii aferente situatiei lor, din documentatia de atribuire. Incadrarea in situatia prevazuta la art. 164, 165, 167 din Legea nr. 98/2016 privind achizitiile publice atrage excluderea ofertantului din procedura aplicata pentru atribuirea contractului de achizitie publica. Documentele justificative care probeaza indeplinirea celor asumate prin completarea formularului DUAE trebuie prezentate, DOAR LA SOLICITAREA AUTORITATII CONTRACTANTE, numai de ofertantii clasati pe primele 3 locuri la finalizarea evaluarii ofertelor,

iar la

pct. *III.1.1.a) Situatia personala a candidatului sau ofertantului Informatii si formalitati necesare pentru evaluarea respectarii cerintelor mentionate: Cerinta nr. 1 Ofertantii nu trebuie sa se regaseasca in situatiile prevazute la art. 164, 165, 167 si art. 59 din Legea nr. 98/2016 privind achizitiile publice. Operatorul economic (lider, asociat, tert sustinator, subcontractant) va completa cerinta corespunzatoare in formularul DUAE, cu informatii aferente situatiei lor, din documentatia de atribuire. Incadrarea in situatia prevazuta la art. 164, 165, 167 din Legea nr. 98/2016 privind achizitiile publice, atrage excluderea ofertantului din procedura aplicata pentru atribuirea contractului de achizitie publica. Documentele justificative care probeaza indeplinirea celor asumate prin completarea formularului DUAE trebuie prezentate, DOAR LA SOLICITAREA AUTORITATII CONTRACTANTE, numai de ofertantii clasati pe primele 3 locuri la finalizarea evaluarii ofertelor. Aceste documente pot fi:*

(...)

- CAZIER JUDICIAR al operatorului economici al membrilor organului de administrare, de conducere sau de supraveghere al respectivului operator economic, sau a celor care au putere de reprezentare, de decizie sau de control in cadrul acestuia, asa cum rezulta din certificatul constatator emis de ONRC/actul constitutiv.

Potrivit dispoziţiilor art. 164 alin. (1) din Legea nr. 98/2016: *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:*

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

b) *infracţiuni de corupţie, prevăzute de art. 289-294 din Legea nr. 286/2009, cu modificările şi completările ulterioare, şi infracţiuni asimilate infracţiunilor de corupţie prevăzute de art. 10-13 din Legea nr. 78/2000 pentru prevenirea, descoperirea şi sancţionarea faptelor de corupţie, cu modificările şi completările ulterioare, sau de dispoziţiile corespunzătoare ale legislaţiei penale a statului în care respectivul operator economic a fost condamnat;*

c) *infracţiuni împotriva intereselor financiare ale Uniunii Europene, prevăzute de art. 18^1 -18^5 din Legea nr. 78/2000, cu modificările şi completările ulterioare, sau de dispoziţiile corespunzătoare ale legislaţiei penale a statului în care respectivul operator economic a fost condamnat;*

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

e) *spălarea banilor, prevăzută de art. 29 din Legea nr. 656/2002 pentru prevenirea şi sancţionarea spălării banilor, precum şi pentru instituirea unor măsuri de prevenire şi combatere a finanţării terorismului, republicată, cu modificările ulterioare, sau finanţarea terorismului, prevăzută de art. 36 din Legea nr. 535/2004, cu modificările şi*

completările ulterioare, sau de dispoziţiile corespunzătoare ale legislaţiei penale a statului în care respectivul operator economic a fost condamnat;

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

g) *fraudă, în sensul articolului 1 din Convenţia privind protejarea intereselor financiare ale Comunităţilor Europene din 27 noiembrie 1995.*

(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.*

Conform dispozițiilor Legii societăților nr. 31/1990 cu modificările și completările ulterioare:

art. 137. - (1) Societatea pe acţiuni este administrată de unul sau mai mulţi administratori, numărul acestora fiind totdeauna impar. Când sunt mai mulţi administratori, ei constituie un consiliu de administraţie.

art. 143[2]. - (1) Consiliul de administraţie reprezintă societatea în raport cu terţii şi în justiţie. În lipsa unei stipulaţii contrare în actul constitutiv, consiliul de administraţie reprezintă societatea prin preşedintele său.

(2) Prin actul constitutiv, preşedintele şi unul sau mai mulţi administratori pot fi împuterniciţi să reprezinte societatea, acţionând împreună sau separat. O astfel de clauză este opozabilă terţilor. (...)

(5) Consiliul de administraţie înregistrează la registrul comerţului numele persoanelor împuternicite să reprezinte societatea, menţionând dacă ele acţionează împreună sau separat. Acestea depun la registrul comerţului specimene de semnătură.

În vederea demonstrării îndeplinirii cerinței mai sus enunțate, ... a prezentat, urmare a mai multor solicitări de clarificări ale autorității contractante, următoarele documente:

- Certificatul constatator nr. .....

Persoane împuternicite (persoane fizice)

....

Astfel, având în vedere dispozițiile Legii societăților nr. 31/1990 cu modificările și completările ulterioare, mai sus evocate, Consiliul apreciază că ... avea obligația de a prezenta certificatele de cazier judiciar pentru toate cele trei persoane împuternicite, având calitatea de administrator așa cum sunt menționate în Certificatul constatator nr. .....

În condițiile în care conținutul celor două Decizii ale Consiliului de administrație a ..., sus menționate, au fost înscrise la Oficiul Registrului Comerțului de pe lângă Tribunalul ..., informațiile din Certificatul constatator nr. ..., apar ca fiind actualizate, astfel încât pentru cele trei persoane având calitatea de administrator este obligatorie prezentarea unui certificat de cazier judiciar, așa cum este solicitat prin fișa de date a achiziției și în art. 164 alin. (2(din Legea nr. 98/2016

Consiliul reține că, prin contestația sa, ... face precizări doar referitor la d-nul ..., arătând că pentru acesta nu era necesară prezentarea cazierului judiciar, fără a face remarci referitoare la celelalte două persoane, așa încât măcar din punctul de vedere al acestor două persoane (.... și ...), decizia autorității contractante se relevă ca fiind legală, ea nefiind nici măcar criticată prin contestație.

În acest context, Consiliul determină că în mod legal ... a declarat inacceptabilă oferta ... pentru loturile 2, 4, 6, 7 și 8.

Astfel, în raport cu criticile și apărările formulate, în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge contestația ..., ca nefondată.

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

CONSILIUL DECIDE:

Respinge contestația ..., ca nefondată.

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

Împotriva ei se poate formula plângere, în termen de 10 zile lucrătoare de la comunicare pentru părţile cauzei, respectiv de la data luării la cunoştinţă de către alte persoane vătămate, în temeiul art. 29 din Legea nr. 101/2016.

...