

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

DECIZIE

Nr. ...

Prin contestația înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 62279/02.12.2021, formulată de ...SA, cu sediul în ..., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., având CUI RO 9010105, reprezentată legal prin manager ..., împotriva adreselor de comunicare a rezultatului procedurii nr. 5490/19.11.2021 și nr. 5945/19.11.2021, precum și a raportului procedurii nr. 5941/19.11.2021, emise de ..., cu sediul în localitate ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii simplificate, organizată în vederea atribuirii contractului de achiziție având ca obiect **„Furnizare echipamente IT în cadrul proiectului: Asigurarea accesului elevilor la procesul de învățare în mediul on-line”**, s-a solicitat anularea înscrisurilor susmenționate și a tuturor actelor subsecvente acestora, aferente lotului 1, cu consecința emiterii unui nou raport al procedurii și declarării ca fiind câștigătoare a ofertei ...SA, precum și reevaluarea documentelor justificative transmise de către ...SA, cu respectarea dispozițiilor legislației naționale în materia achizițiilor publice.

CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR, asupra cauzei de față, constată următoarele:

Prin contestația înregistrată la CNSC sub numărul de mai sus, ...SA critică rezultatul procedurii de atribuire comunicat cu nr. 5490/19.11.2021 și nr. 5945/19.11.2021 și raportul procedurii de atribuire nr. 5941/19.11.2021, emise de ..., în cadrul procedurii de atribuire susmenționată, solicitând cele arătate în partea introductivă.

În motivarea contestației, ...SA precizează că decizia de respingere a ofertei sale, comunicată prin adresa nr. 5945/19.11.2021, este nelegală pentru următoarele considerente:

În data de 14.10.2021, ca urmare a faptului că societatea sa se clasa pe locul I în clasamentul intermediar de evaluarea a ofertelor pentru lotul 1, autoritatea contractantă, prin adresa nr. 5307, a solicitat

documente justificative privind îndeplinirea obligațiilor DUAЕ (respectiv ONRC, dovada îndeplinirii obligațiilor de plată a impozitelor, taxelor sau a contribuțiilor la bugetul local și bugetul general consolidat, inclusiv pentru punctele de lucru, cazierul judiciar al firmei și al reprezentanților legali, așa cum rezulta din certificatul ONRC, dovada furnizării de produse similare, etc.) în conformitate cu prevederile art. 196 din Legea nr. 98/2016 și art. 132 alin. (2) din H.G. nr. 395/2016.

Urmare a acestei solicitări de clarificări, arată contestatorul, a postat, în SEAP, înscrisurile solicitate, iar în data de 25.10.2021, autoritatea contractantă a revenit cu o nouă solicitare de clarificări nr. 5489/25.10.2021, prin care a comunicat, printre altele, faptul că nu a depus cazierul judiciar pentru auditorii societății, respectiv ...SRL, ... SRL și

Respectând termenul de răspuns, susține contestatorul că a transmis adresa nr. 21/B2B/23005/37778, prin care a precizat următoarele aspecte:

Cu privire la depunerea documentelor justificative privind îndeplinirea DUAЕ, ...SA a respectat cerința din fișa de date *„Cazierul judiciar al membrilor organului de administrare, de conducere sau de supraveghere al respectivului operator economic, sau a celor ce au putere de reprezentare, de decizie sau de control în cadrul acestuia, așa cum rezulta din certificatul constatator emis de ONRC / actul constitutiv.”*

Întrucât cerința susmenționată include termenul „sau”, contestatorul apreciază că aceasta permite ofertantului să aleagă între a prezenta, pe lângă propriul cazier, fie pe cel ale membrilor organului de administrare, de conducere sau de supraveghere al respectivului operator economic, sau a celor ce au putere de reprezentare, de decizie sau de control în cadrul acestuia, așa cum rezultă din certificatul constatator emis de ONRC/actul constitutiv.

Astfel, rezultă fără niciun fel de dubiu, faptul că, prin utilizarea termenului „sau” autoritatea contractantă a impus îndeplinirea unor cerințe alternative și nu cumulative, lăsând la aprecierea fiecărui operator economic să aleagă cazierul pe care le 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 afirmate, contestatorul invocă practica Consiliului.

Cu toate acestea, se arată că autoritatea contractantă a comunicat rezultatul procedurii nr. 5490/19.11.2021, în cuprinsul căreia s-a reținut că răspunsul transmis de către ...SA este inacceptabil în sensul prevederilor art. 134 alin.(5) din H.G. nr. 395/2016, *„deoarece ofertantul clasat pe primul loc nu demonstrează, în mod corespunzător, îndeplinirea integrală a tuturor criteriilor de calificare, în urma demersurilor realizate în baza art. 196 alin. (2) din Lege cu art. 66 alin. (1) din H.G. nr. 395/2016.”*

Contrar celor reținute de autoritatea contractantă, contestatorul precizează că a răspuns întocmai solicitării de clarificări și a depus certificatele de cazier judiciar, atât pentru ...SA, cât și pentru ..., în calitate de Director Executiv, precum și pentru membrii Consiliului de Administrație.

Se precizează că, potrivit Actului Constitutiv, conducerea societății ...SA este delegată de către Consiliul de Administrație către Directorul Executiv al Societății pentru care s-a depus cazierul judiciar.

Mai mult decât atât, învederează contestatorul că a depus caziere judiciare și pentru asociații societății, respectiv pentru ... SRL și pentru ...SRL, astfel încât a fost îndeplinită inclusiv cerința de a depune caziere judiciare pentru membrii organelor de conducere a societății.

Se arată că, potrivit Actului Constitutiv al societății, asociații ... SRL și ...SRL formează Adunarea Generală a Acționarilor, aceasta din urmă reprezintă organul de conducere al societății iar în această calitate hotărăște asupra activității acesteia și asigură politica economică și comercială a societății.

Având în vedere faptul că, raportat la atribuțiile ce rezultă din Actul Constitutiv, Adunarea Generală a Acționarilor, Consiliul de Administrație și Directorul Executiv reprezintă organe ale societății responsabile cu conducere, respectiv administrarea societății, este evident, în opinia contestatorului, că a îndeplinit întocmai obligația de a prezenta cazierele judiciare atât pentru operatorul economic cât și pentru organele de administrare și/sau de conducere, astfel cum prevăd cerințele fișei de date, motiv pentru care respingerea ofertei sale are un vădit caracter nefondat și neîntemeiat.

În opinia contestatorului, susținerile autorității contractante din cuprinsul comunicării rezultatului nr. 5940/19.11.2021 sunt simple alegații lipsite de orice fundament juridic.

Față de cele menționate, contestatorul susține că autoritatea contractantă a respins, în mod nelegal, documentele justificative transmise de către ...SA și, pe cale de consecință, a respins, în mod neîntemeiat, oferta sa, motiv pentru care se impune admiterea contestației, astfel cum a fost formulată.

În drept, invocă dispozițiile Legii nr. 101/2016, precum și celelalte prevederi legale la care a făcut trimitere în susținerile sale.

Ca mijloace de probă, au fost depuse înscrisuri.

Prin punctul de vedere nr. 6116/02.12.2021, înregistrat la CNSC sub nr. 62598/02.12.2021, ..., în calitate de autoritate contractantă, solicită respingerea contestației, ca netemeinică și nefondată.

În cuprinsul punctului de vedere autoritatea contractantă prezintă detaliat un istoric al desfășurării procedurii de atribuire, precizând, în prealabil, considerente cu privire la înțelesul conjuncției „sau”, iar față de criticile contestatorului, sintetizează următoarele:

1. Comisia de evaluare a solicitat prezentarea documentelor justificative care probează îndeplinirea celor asumate prin completarea DUAЕ, întocmai cu cerința prevăzută în documentația de atribuire la secțiunea III. Informații juridice, economice, financiare și tehnice, punctul III.i.l.a) Situația personală a candidatului sau ofertantului.

2. Comisia de evaluare a solicitat ofertantului ...SA să respecte cerința fișei de date și legislația în vigoare și să completeze documentele justificative depuse cu cele aferente cenzorilor, cerința fiind justificată și de prevederile caietului de sarcini, prevederi pe care ofertantul le-a cunoscut, le-a acceptat însă a preferat să le ignore. Ofertantul nu a respectat cerința fișei de date și solicitarea de clarificări privind documentele suport DUAЕ și ales o poziție care, deși era, în mod clar eronată, probabil a fost uzitată pentru a ascunde ceva.

Comisia de evaluare a revenit, cu o nouă solicitare, în care a cerut, în mod clar și fără echivoc, certificatele de cazier judiciar ale unor persoane fizice/juridice, clar nominalizate și în legătură cu informațiile Certificatului constatator emis de ONRC. Chiar dacă ...SA a ales să transmită, ca răspuns la cea de-a doua solicitare de clarificări privind documentele justificative DUAЕ, certificatele de cazier ale asociaților, este incontestabil faptul că acest răspuns nu vizează solicitarea de clarificări, ci, pentru a doua oară, reprezintă o alegere arbitrară a contestatorului de a răspunde la ce dorește și cum dorește.

În opinia autorității contractante este inexplicabil cum contestatorul a înțeles să depună certificatele de cazier la alegerea sa din moment ce prin solicitările de clarificări s-a revenit cu lămuriri clare asupra documentelor ce se impun a fi transmise, cerințele fiind atât de clare și transparente.

3. Comisia de evaluare nu a respins oferta depusă de ...SA înainte de a se asigura că a transmis clar acestuia care sunt documentele pe care trebuie să le depună în vederea respectării prevederilor art. 164 alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

4. Se subliniază faptul că semantica conjuncției "sau" a fost, în mod arbitrar, aleasă de către ofertant și nu are nicio legătură cu voința legiuitorului, ci doar cu o alegere unilaterală, favorabilă exclusiv ofertantului.

Invocând prevederile Legii nr. 31/1990, autoritatea contractantă precizează că nu toate formele de organizare juridică ale întreprinderilor au în componenta sa, în mod obligatoriu, un organ de control, astfel că legiuitorul nu putea obliga prezentarea unor documente aferente unor structuri care în unele cazuri nu există. Așadar, având în vedere forma de organizare a societății ...SA, autoritatea contractantă susține că aceasta trebuia să depună documente justificative și pentru organele de control deoarece acestea există. Se apreciază că, contestatorul a făcut abstracție de clarificările ulterioare ale autorității contractante, dreptul acesteia de a solicita documentele pe care le consideră relevante în evaluare este justificat de necesitatea de a asigura cadrul necesar pentru respectarea condițiilor ce se impun unui ofertant în vederea semnării contractului.

În opinia autorității contractante, refuzul contestatorului nu poate fi interpretat altfel decât ca o măsură de a ascunde informații ce ar putea conduce la respingerea ofertantului pe motive de neîncadrare în cerințele prevăzute de art. 164 din lege.

5. Se subliniază că nu s-a impus îndeplinirea unor cerințe alternative, ci s-a utilizat o formulare din actul normativ, formulare care include orice situație specifică oricărui ofertant, și în niciun caz nu este abuzivă din moment ce este întocmai cu cerința legiuitorului și, mai mult decât atât, s-a revenit cu clarificări ulterioare pentru a-l sprijini pe ofertant să răspundă la solicitarea din fișa de date.

6. Deciziile CNSC invocate de contestator nu reprezintă spețe similare cu prezenta, în acele situații fiind încălcate principiile tratamentului egal și al transparenței, mai mult, inclusiv decizia CNSC la care se face referire nu este întocmai cu speța dedusă soluționării, însă precizează autoritatea contractantă o propune spre analiză deoarece prezintă o situație similară.

Autoritatea contractantă precizează că prin cele două solicitări de clarificări a lămurit faptul că "sau" nu se va interpreta restrictiv cu sensul de "ori" iar contestatorul a înțeles acest aspect și a transmis certificatele de cazier ale asociațiilor ascunzând sub explicația unei înțelegeri parțiale, prezentarea unui răspuns concludent, respectiv certificatele de cazier ale cenzorilor.

Față de cele menționate, autoritatea contractantă precizează că oferta depusă de ...SA a fost respinsă, în conformitate cu art. 134 alin. 5 din H.G. nr. 395/2016, pentru lipsa transmiterii unui răspuns la solicitarea de clarificări.

În probațiune, au fost depuse, în copie, documentele aflate la dosarul achiziției publice.

Urmare a studierii documentelor aflate la dosar, cu adresa înregistrată la CNSC sub nr. 366/04.01.2022, ...SA a depus concluzii scrise.

Cu privire la cererea contestatorului de a i se permite depunerea de concluzii oral, văzând dispozițiile art. 21 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, în conformitate cu care procedura de soluționare a contestației este scrisă iar părțile vor fi audiate dacă completul de soluționare apreciază ca necesar, Consiliul o va respinge raportat la probatoriul administrat în vederea soluționării contestației.

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

..., în calitate de autoritate contractantă, a inițiat procedura de atribuire simplificată, divizată pe 7 loturi, având ca obiect **„Furnizare echipamente IT în cadrul proiectului: Asigurarea accesului elevilor la procesul de învățare în mediul on-line”**, prin publicarea, în SEAP, a anunțului de participare simplificat nr. ...07.06.2021.

Valoarea estimată a achiziției este de 419.719,37 lei, fără TVA, iar criteriul de atribuire este *„cel mai bun raport calitate-preț”*.

Pentru lotul 1 – *„Tablete”*, vizat prin contestație, conform Declarației de participare publicată în SEAP, au fost depuse 7 oferte, în urma evaluării cărora a fost emis raportul procedurii nr. 5941/19.11.2021, în care s-a consemnat modul de derulare a procedurii, ofertele respinse și motivele de respingere, ofertele admisibile, printre care se regăsește și cea depusă de contestatorul ...SA, precum și oferta desemnată câștigătoare, depusă de ...SRL.

Nemulțumit de rezultatul procedurii, ...SA (consemnând cauțiunea aferentă, potrivit dispozițiilor art. 61¹ din Legea nr. 101/2016), a formulat contestația de față, solicitând cele menționate în partea introductivă.

Examinând susținerile părților, documentele probatorii regăsite la dosarul cauzei și dispozițiile legale aplicabile, Consiliul reține că oferta depusă de ...SA a fost clasată pe primul loc în clasamentul intermediar și respinsă, ulterior prezentării documentelor suport DUAЕ, cu motivarea, consemnată în raportul procedurii nr. 5941/19.11.2021, conform căreia informațiile preliminare din DUAЕ nu au fost demonstrate.

Din detalierea motivului de respingere aflată în cadrul comunicării rezultatului procedurii nr. 5940/19.11.2021, rezultă că ceea ce reproșează autoritatea contractantă contestatorului constă în faptul că nu a prezentat certificatele de cazier judiciar inclusiv pentru cenzorii persoane juridice: ...SRL și KMMG AUDIT SRL, și persoane fizice: ..., menționați în certificatul constatator emis de ORC.

...SA contestă pretenția autorității contractante, susținând că a acționat cu respectarea cerințelor documentației de atribuire, astfel că revine Consiliului sarcina de a tranșa această dispută dintre părți.

Relevante sunt prevederile documentației de atribuire, corolarul regulilor aplicabil pe parcursul derulării procedurii de atribuire, respectiv cele de la nivelul fișei de date, având conținutul:

III.1.1.a) Situație personală a candidatului sau ofertantului

Informații și formalități necesare pentru evaluarea respectării cerințelor menționate:

Ofertantul va face dovada că nu se încadrează la situațiile prevăzute de art. 60, 164, art. 165, art. 167 din Legea nr. 98/2016.

Modalitatea prin care poate fi demonstrată îndeplinirea cerințelor: Se va prezenta DUAE în conformitate cu prevederile art. 193 alin. 1 din Legea nr. 98/2016 iar documentele justificative care probează îndeplinirea celor asumate în DUAE urmează a fi prezentate la solicitarea autorității contractante, doar de către ofertantul clasat pe locul I în clasamentul intermediar întocmit la finalizarea evaluării ofertelor.

Cerințele privind neîncadrarea în situațiile prevăzute la art. 60, art. 164, art. 165, art. 167 se adresează și subcontractanților și terților conform art. 170/1 și 183/1 din Legea nr. 98/2016.

Documentele justificative vor putea fi, în măsura în care furnizează toate informațiile solicitate în DUAE, următoarele: (...)

3. Cazier judiciar pentru operatorul economic,

4. **Cazier judiciar al membrilor organului de administrare, de conducere sau de supraveghere al respectivului operator economic, sau a celor ce au putere de reprezentare, de decizie sau de control în cadrul acestuia, așa cum rezultă din certificatul constatator emis de ONRC/actul constitutiv.**

Interpretarea acestei ultime prevederi stă la originea litigiului de față, autoritatea contractantă apreciind, în baza ei, că operatorul economic avea obligația de a prezenta inclusiv cazierul judiciar pentru cenzorii persoane juridice: ...SRL și ... SRL, respectiv persoane fizice: ..., menționați în certificatul constatator nr. 680270/21.09.2021, emis de ONRC. Subliniază autoritatea contractantă că, în urma solicitării de clarificări, ofertantul nu a prezentat cazierul judiciar al persoanelor menționate.

Pe de altă parte, contestatorul arată că, potrivit actului constitutiv al societății sale, consiliul de administrație și directorul executiv reprezintă organe de administrare ale societății, drept care cerința fișei de date a fost îndeplinită cu cazierul judiciar prezentat.

Așadar, 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 consiliului de administrație și al directorului executiv sunt suficiente pentru a se putea reține respectarea cerinței în discuție.

Așa cum a fost redactată cerința susenunțată din fișa de date a achiziției, rezultă că autoritatea contractantă a solicitat cazier judiciar 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, ofertantul avea obligația de a prezenta 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 în cadrul acestuia*”. Particula disjunctivă „*sau*” din redactarea cerinței are funcția de a separa cele

două posibilități ale ofertanților. Mai mult, virgula situată în fața acestora vine să întărească funcția separatoare a opțiunilor.

Interpretarea Consiliului este de ordin funcțional și tributară principiului de drept *in dubio pro reo*, în sensul că, dacă ofertantul optează să depună cazierul judiciar pentru personalul din prima categorie, cerința etalon se consideră îndeplinită dacă sunt depuse cazierul judiciar ale membrilor organului de administrare și cele ale membrilor organului de conducere sau supraveghere (funcție de modul de organizare al societății). Altminteri, disjuncția „sau” nu ar diferi cu nimic de conjuncția „și”.

Stabilind că aceasta este înțelesul cerinței fișei de date, se reține corectă interpretarea ...SA, având în vedere și forma de organizare a acestei societăți, conform căreia nu avea obligația de a prezenta inclusiv cazierul judiciar ale cenzorilor, ci doar pe acelea ale membrilor organelor de administrare și conducere.

Potrivit certificatului ONRC depus de ofertantul contestator, acesta are ca persoane împuternicite (persoane fizice), în calitate de administratori, pe: ... De asemenea, apar nominalizați ca cenzori/auditori ...SRL, ... SRL și

Conform dispozițiilor art. 137 alin. (1) din Legea nr. 31/1990 (r), cu modificările și completările ulterioare Societatea pe acțiuni este administrată de unul sau mai mulți administratori, numărul acestora fiind totdeauna impar. Când sunt mai mulți administratori, ei constituie un consiliu de administrație.

Așa cum rezultă din Actul constitutiv al societății contestatoare, Anexa III *Structura Consiliului de Administrație* are următoarea componență:, iar, potrivit Anexei IV, *Directorii Societății sunt următorii*: De asemenea, conform aceluiași înscris: art. 18.1 Consiliul de Administrație este răspunzător pentru conducerea generală a Societății..., iar, potrivit art. 18¹.1 Conducerea Societății este delegată de Consiliul de Administrație către Directorul Executiv al societății care este responsabil cu luarea tuturor măsurilor aferente conducerii Societății...

La procedură, societatea contestatoare a furnizat autorității contractante, certificatele de cazier judiciar pentru ...SA, precum și cele ale membrilor consiliului de administrație și pe cel al directorului executiv. Prin urmare, societatea s-a achitat de datoria de a prezenta autorității cazierul judiciar al său și ale „*membrilor organului de administrare, de conducere sau de supraveghere*”.

Totodată, reține Consiliul că ...SA, deși nu era obligat în raport cu cerința documentației de atribuire, a prezentat inclusiv cazierul judiciar ale celor doi acționari ... SRL și ...SRL.

În ceea ce privește organul de supraveghere, ca modalitate alternativă de îndeplinire a cerinței în ipoteza aleasă de contestator (cazier judiciar ale „*membrilor organului de administrare, de conducere sau de supraveghere*”), relevante sunt următoarele dispoziții din Legea nr. 31/1990 (r), cu modificările și completările ulterioare:

- art. 153 alin. (1):

(1) Prin actul constitutiv se poate stipula că societatea pe acțiuni este administrată de un directorat și de un consiliul de supraveghere, în conformitate cu prevederile prezentei secțiuni.;

- art. 153¹ alin. (1) și (4):

(1) Conducerea societății pe acțiuni revine în exclusivitate directoratului, care îndeplinește actele necesare și utile pentru realizarea obiectului de activitate al societății, cu excepție celor rezervate de lege în sarcina consiliului de supraveghere și a adunării generale a acționarilor.

(4) Când este un singur membru, acesta poartă denumirea de director general unic. (...);

- art. 153³ alin. (4): Consiliul de supraveghere reprezintă societatea în raporturile cu directoratul.;

- art. 153⁴:

(1) Cel puțin o dată la 3 luni, directoratul prezintă un raport scris consiliului de supraveghere cu privire la conducerea societății, cu privire la activitatea acesteia și la posibila sa evoluție.

(2) Pe lângă informarea periodică prevăzută la alin. (1), directoratul comunică în timp util consiliului de supraveghere orice informație cu privire la evenimentele ce ar putea avea o influență semnificativă asupra situației societății.

(3) Consiliul de supraveghere poate solicita directoratului orice informații pe care le consideră necesare pentru exercitarea atribuțiilor sale de control și poate efectua verificări și investigații corespunzătoare.

(4) Fiecare membru al consiliului de supraveghere are acces la informațiile transmise consiliului.;

- art. 153⁵ alin. (1) și (2):

(1) Directoratul înaintează consiliului de supraveghere situațiile financiare anuale și raportul său anual, imediat după elaborarea acestora.

(2) Totodată, directoratul înaintează consiliului de supraveghere propunerea sa detaliată cu privire la distribuirea profitului rezultat din bilanțul exercițiului financiar, pe care intenționează să o prezinte adunării generale.

- art. 153⁶ alin. (1), (3) și (4):

(1) Membrii consiliului de supraveghere sunt numiți de către adunarea generală a acționarilor, cu excepția primilor membri, care sunt numiți prin actul constitutiv.

(3) Numărul membrilor consiliului de supraveghere este stabilit prin actul constitutiv. Acesta nu poate fi mai mic de 3 și nici mai mare de 11.

(4) Membrii consiliului de supraveghere pot fi revocați oricând de adunarea generală a acționarilor, cu o majoritate de cel puțin două treimi din numărul voturilor acționarilor prezenți.

- art. 153⁹ alin. (1) și (2):

(1) Consiliul de supraveghere are următoarele atribuții principale:

- a) exercită controlul permanent asupra conducerii societății de către directorat;
- b) numește și revocă membrii directoratului;
- c) verifică conformitatea cu legea, cu actul constitutiv și cu hotărârile adunării generale a operațiunilor de conducere a societății;
- d) raportează cel puțin o dată pe an adunării generale a acționarilor cu privire la activitatea de supraveghere desfășurată.

(2) În cazuri excepționale, când interesul societății o cere, consiliul de supraveghere poate convoca adunarea generală a acționarilor.

Din economia acestor dispoziții legale, rezultă că, la nivelul societății pe acțiuni, pe lângă directorat/director general unic, poate funcționa, fără a fi obligatoriu, și un consiliu de supraveghere cu atribuții proprii, ierarhic superior directoratului/directorului general.

Analizând Actul constitutiv al societății contestatoare, Consiliul constată că nu se regăsesc informații care să conducă spre concluzia că în cadrul acestuia funcționează și un consiliu de supraveghere, ci doar consiliul de administrație și director.

Totodată, coroborând prevederile legale enunțate cu cele ale Secțiunii a IV-a – „*Auditul financiar, auditul intern și cenzorii*” din Legea nr. 31/1990, consiliul de supraveghere nu este totuna cu cenzorii societății.

Reținute fiind cele de mai sus, susținerea autorității contractante privind necesitatea prezentării inclusiv a cazierelor judiciare ale celor trei cenzori ai contestatorului va fi respinsă, fiind rezultatul unei interpretări eronate a cerinței fișei de date a achiziției, dar și a prevederilor Legii nr. 31/1990 în raport cu organizarea societății contestatorului.

Opinia autorității contractante nu poate fi validată nici în raport cu prevederile legale din legislația achizițiilor publice, pentru aceleași considerente mai sus enunțate, și nici chiar de speța 370 din Biblioteca de spețe a ANAP, care nu face decât să confirme interpretarea invocată de contestator și însușită de Consiliu.

Nici argumentul conform căruia contestatorul avea obligația de a se conforma solicitărilor de clarificări adresare nu poate fi primit în soluționare, câtă vreme obligația ofertanților este aceea de a face dovada îndeplinirii cerințelor documentației de atribuire, iar nu a unora care excedează acesteia. Interpretarea eronată a unei cerințe a documentației de atribuire nu poate constitui nicidecum fundament valid al respingerii unei oferte, așa cum consideră autoritatea contractantă, cu atât mai puțin cu cât cerința în baza căreia s-a decis respingerea ofertei contestatorului este îndeplinită cu prisosință. Nu tăgăduiește nicăieri autoritatea contractantă depunerea de către ...SA a cazierelor judiciare ale membrilor consiliului de administrație și directorului.

Astfel, potrivit art. 75 din Legea nr. 98/2016, ofertantul depune oferta elaborată în conformitate cu informațiile și cerințele prevăzute în documentele achiziției, obligație întărită și prin dispozițiile art. 123 alin. (1) din H.G. nr. 395/2016 – ofertantul elaborează oferta în conformitate cu prevederile documentației de atribuire. Corelativ, autorității

contractante îi revine sarcina de a respecta cu strictețe criteriile pe care ea însăși lea stabilit.

În ceea ce privește practica CNSC invocată de părți, nu se reține ca având relevanță, deoarece, în sistemul de drept românesc, practica judiciară nu constituie izvor de drept.

Raportat la cele înfățișate, Consiliul determină că, în mod nelegal, autoritatea a respins oferta ...SA sub aspectul dezbătut, situație care atrage infirmarea rezultatului procedurii de atribuire contestat, cu consecința reevaluării ofertei în discuție, ținând seama de cele expuse, pe larg, mai sus.

Luând în considerare cele anterior expuse, în temeiul art. 26 alin. (2), (5) și (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite, în parte, contestația formulată de ...SA, în contradictoriu cu ..., va anula raportul procedurii nr. 5941/19.11.2021, în partea care privește evaluarea ofertei contestatorului, precum și actele subsecvente, și va obliga autoritatea contractantă la reevaluarea ofertei indicate, cu respectarea dispozițiilor legale și a celor evocate în motivare, în termen de 10 de zile de la primirea deciziei.

Capătul de cerere privind declararea drept câștigătoare a ofertei ...SA, va fi respins, ca inadmisibil, în considerarea art. 127 alin. (1) lit. m) din H.G. nr. 395/2016, potrivit cu care atribuția desemnării ofertei câștigătoare aparține comisiei de evaluare.

Decizia este obligatorie pentru părți, potrivit art. 28 alin. (1) din același act normativ.

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

CONSILIUL DECIDE:

Admite, în parte, contestația formulată de ...SA, în contradictoriu cu ..., anulează raportul procedurii nr. 5941/19.11.2021, în partea care privește evaluarea ofertei contestatorului, precum și actele subsecvente.

Obligă autoritatea contractantă la reevaluarea ofertei indicate, cu respectarea dispozițiilor legale și a celor evocate în motivare, în termen de 10 de zile de la primirea deciziei.

Respinge, ca inadmisibil, capătul de cerere privind declararea drept câștigătoare a ofertei ...SA.

Obligatorie.

Împotriva prezentei se poate formula plângere, în termen de 10 zile de la comunicare pentru părțile cauzei, respectiv de la data luării la cunoștință de către alte persoane vătămate.

PREȘEDINTE COMPLET,

MEMBRU,

MEMBRU,

...