

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. 1849/C3/1922

Data: 20.08.2021

Prin contestația nr. DPM386/26.07.2021, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 38899/27.07.2021, formulată de către SA, cu sediul în, ..., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr., având CUI, reprezentată legal prin, director executiv, împotriva adresei de solicitare clarificări nr. 11451/19.07.2021, întocmită în procedura simplificată organizată de, în calitate de autoritate contractantă, cu sediul în, în vederea atribuirii unui contract având ca obiect „Proiectare, asistență tehnică și execuție lucrări la obiectivul: Reabilitare și extindere funcțională Unitatea de primiri Urgențe (UPU) Spitalul Județean de Urgență, inițiată cu anunțul de participare simplificat nr. SCN1084051, publicat în SEAP la 04.04.2021, s-a solicitat anularea punctului 2 din cuprinsul adresei atacate privind dovedirea îndeplinirii cerinței din fișa de date a achiziției referitoare la neîncadrarea participanților la procedură în situațiile prevăzute de art. 164 din Legea nr. 98/2016 sau, în subsidiar, în măsura în care se va aprecia că solicitarea autorității contractante este legală și temeinică, obligarea autorității contractante să transmită lămuririle necesare solicitate și să prelungească, în mod corespunzător, termenul stabilit pentru transmiterea răspunsului pentru punctul 2 din solicitarea de clarificări.

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

Prin contestația nr. DPM386/26.07.2021, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 38899/27.07.2021, ... SA atacă adresa de solicitare clarificări nr. 11451/19.07.2021, întocmită de, respectiv punctul 2 din aceasta, privind prezentarea cazierelor judiciare ale acționarilor societății și ale acționarilor societății, considerând-o nelegală și abuzivă, încălcând

atât dispozițiile art. 132 alin. (1) din HG nr. 395/2016, cât și principiile prevăzute în cuprinsul art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

Contestatorul susține că a participat la procedură, iar oferta s-a clasat pe primul loc, după aplicarea criteriului de atribuire și, în temeiul dispozițiilor art. 196 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, prin adresa nr. 10393 din 01.07.2021, autoritatea contractantă i-a solicitat prezentarea documentelor justificative actualizate pentru demonstrarea îndeplinirii criteriilor de calificare, în conformitate cu informațiile cuprinse în DUAЕ, printre care, la punctul 3, i-au fost solicitate: *Cazierul judiciar al operatorului economic și al membrilor organului de administrare, de conducere sau de supraveghere al respectivului operator economic, sau a celor ce au putere de reprezentare, de decizie sau de control în cadrul acestuia, așa cum rezultă din certificatul constatator emis de ONRC/actul constitutiv, valabil la momentul prezentării. Cerință obligatorie pentru ofertant, ofertant asociat, subcontractant și terț susținător. Cerințele privind neîncadrarea în situațiile prevăzute la art. 164, art. 165, art. 167 se adresează operatorului economic (lider, asociat, terț susținător, subcontractant) conform prevederilor art. 170 alin. (1) și art. 183 alin. (1) din Legea nr. 98/2016.*

De asemenea, contestatorul arată că, în data de 08.07.2021, prin adresa nr. DPM345, a comunicat autorității contractante documentele solicitate, iar pentru îndeplinirea cerințelor menționate în cerința nr. 1 din fișa de date, în secțiunea III.1.1.a) *Situația personală a candidatului sau ofertantului*, cerință reluată în conținutul punctului 3 din adresa nr. 10939 din 01.07.2021, a comunicat următoarele documente:

- pentru ofertantul SA - cazierul judiciar al SA (ofertant), cazierul judiciar al(administrator) și cazierul judiciar al domnului (director executiv);
- pentru subcontractantul- cazierul judiciar al (subcontractant), cazierul judiciar(administrator), ... (asociat) și(asociat);
- pentru subcontractantul- cazierul judiciar al (subcontractant) și(administrator);
- pentru subcontractantul- cazierul judiciar al (subcontractant), ...(administrator), ...(asociat);
- pentru subcontractantul- cazierul judiciar al (subcontractant) și(administrator).

Contestatorul precizează că, în data de 19.07.2021, prin intermediul SICAP, a fost informat că autoritatea contractantă i-a transmis o nouă solicitare de clarificări, adresa nr. 11451, prin care, în conținutul punctului 2, i-a solicitat:

"(...) prezentarea cazierelor judiciare ale membrilor organului de administrare, de conducere sau de supraveghere a 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 pentru(nr. 477402/25.06.2021), actul constitutiv, emis de autoritățile competente din țara în care are stabilit sediul/domiciliul, traduse în limba română, după caz, și anume:

2.1. Cazierul judiciar al

Calitatea: acționar

Naționalitate: cipriotă

SEDIU SOCIAL:

Act înființare nr.

2.2. Cazierul judiciar al domnului - acționar unic al societății

emis de autoritățile competente din - țara în care are stabilit sediul social această societate

2.3. Cazierul judiciar al

Calitate: acționar

Naționalitate: română

SEDIU SOCIAL:, cod poștal, Nr. de ordine în registrul comerțului:, CUI:

2.4. Cazierul judiciar al domnului - acționar”.

După analizarea conținutului documentelor menționate la punctele 2.1-2.4 din cuprinsul solicitării de clarificări, prin adresa nr. DPM379 transmisă prin email și fax în data de 22.07.2021, contestatorul susține că a solicitat autorității contractante atât lămuriri cu privire la caracterul contradictoriu între enunțul cerinței și documentele solicitate, cât și, în funcție de lămuririle/modificările transmise, prelungirea corespunzătoare a termenului de răspuns, solicitare pentru care nu a primit niciun răspuns din partea autorității contractante.

Citând cerința fișei de date, secțiunea *III.1.1.a) Situația personală a candidatului sau ofertantului*, cerința numărul 1, contestatorul precizează că, în conținutul Certificatului constatator eliberat de ORCTB, sunt menționate persoanele împuternicite cu puteri depline să reprezinte societatea pe acțiuni în relațiile cu terții, persoanele care au putere de reprezentare, de decizie și de control în cadrul societății.

Astfel, contestatorul consideră că a transmis autorității contractante toate documentele și a făcut dovada deplină a îndeplinirii cerinței din fișa de date referitoare la neîncadrarea în situațiile prevăzute de art. 164 din Legea nr. 98/2016, prin prezentarea cazierului judiciar, atât al societății ofertante, cât și ale persoanelor care fac parte din organul 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 operatorului economic ofertant.

De asemenea, contestatorul susține că certificatul constatator este confirmat și de Actul constitutiv al Societății, puterea de reprezentare a societății fiind atributul exclusiv al administratorului și directorului executiv, persoane pentru care Societatea a prezentat cazierul judiciar

solicitat prin fișa de date a achiziției odată cu transmiterea răspunsului la adresa nr. 10393 din 01.07.2021.

Din analiza comparativă a cerințelor din cuprinsul fișei de date a achiziției și conținutul documentelor solicitate prin punctele 2.1.-2.4 din solicitarea de clarificări, contestatorul precizează că autoritatea contractantă a făcut o interpretare abuzivă a dispozițiilor legale incidente prin raportare la conținutul documentației de atribuire care, prin necontestare, a dobândit putere de lege, aplicabilă tuturor raporturilor dintre autoritatea contractantă și participanții la procedura de achiziție publică, conținutul acesteia devenind astfel obligatoriu pentru toți, inclusiv pentru autoritatea contractantă.

În continuare, contestatorul invocă caracterul nelegal și abuziv al solicitării de clarificări, arătând că, potrivit art. 132 alin. (1) din HG nr. 385/2016: "În cazul în care, în cadrul documentației de atribuire a fost prevăzută obligația îndeplinirii unor criterii de calificare și selecție formulate în baza criteriilor prevăzute la cap. IV secțiunea a 6-a paragraful 1 din Lege, comisia de evaluare are obligația verificării modului de îndeplinire a acestora de către fiecare ofertant/candidat în parte prin analizarea conținutului DUAE.".

De asemenea, contestatorul menționează că, în conformitate cu cerința fișei de date a achiziției, secțiunea III.1.1.a), la modalitatea de îndeplinire a cerințelor, s-a prevăzut faptul că documentul care conține cazierul judiciar, valabil la data depunerii, trebuie să aparțină (i) operatorului economic și (ii) membrilor organelor 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, așa cum rezultă din certificatul constatator emis de O.N.R.C./actul constitutiv, iar din coroborarea dispozițiilor cuprinse, atât în certificatul constatator, cât și în actul constitutiv al societății ofertante, cu cazierele judiciare transmise autorității contractante, rezultă îndeplinirea acestei cerințe.

Contestatorul mai susține că evaluarea ofertelor se face prin raportare la prevederile legale și cele ale documentației de atribuire, autoritatea contractantă neputând introduce pe parcursul evaluării noi criterii de evaluare ori cerințe pentru verificarea ofertei.

Întrucât, în cuprinsul cerinței din fișa de date a achiziției, a fost inclusă disjuncția „sau”, care permite ofertanților să aleagă între a aduce, pe lângă propriul cazier, fie pe cele ale „membrilor organului de administrare, de conducere sau de supraveghere al respectivului operator economic”, fie pe cele ale „celor ce au putere de reprezentare, de decizie sau de control în cadrul acestuia”, contestatorul precizează că obligația ofertanților este îndeplinită prin transmiterea cazierelor administratorului și directorului executiv. Astfel cum este bine cunoscut, coordonarea disjunctivă presupune posibilitatea unei alegeri, a unei selectări care poate implica excluderea sau alternanța termenilor.

Contestatorul invocă în sprijinul acestor argumente și interpretarea constantă a Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, interpretare care este confirmată și de instanțele judecătorești investite cu plângeri împotriva deciziilor pronunțate de organismul administrativ-jurisdicțional, menționând doar cu titlu de exemplu, Decizia CNSC publicată în Buletinul Oficial nr. 3084 din 2017, Decizia CNSC publicată în Buletinul Oficial nr. 4664 din 2017, Decizia nr. 194 din 16.03.2021 pronunțată de Curtea de Apel Bacău, care menține decizia CNSC nr. 232/C10/20 din 02.02.2021.

Contestatorul consideră justificată afirmația că solicitarea de clarificări a autorității contractante este intenționat abuzivă prin raportare la faptul că i-a cerut transmiterea cazierului judiciar al acționarului, în calitatea acestuia de acționar unic al acționarului majoritar al Societății ofertante (99,4988% din capitalul social), emis de autoritățile competente din CIPRU - țară în care are stabilit sediul social această societate. Astfel cum rezultă din dosarul procedurii, contestatorul menționează că certificatul domnului, reprezentant persoana fizică al administratorului și director executiv al contestatorului, a fost deja prezentat autorității contractante, iar acesta nu este înscris în cazierul judiciar. Faptul că acesta este proprietarul 100% al acționarului majoritar al contestatorului, societate care are sediul social și este înregistrată în conformitate cu legislația Republicii, nu justifică în niciun fel cerința abuzivă și nelegală a autorității contractante de a prezenta un alt certificat de cazier judiciar, emis pentru aceeași persoană fizică, dar în altă calitate, de deținătoare a capitalului social al acționarului majoritar al operatorului economic.

Pentru că nu a găsit nicio justificare legală sau care să fie cuprinsă în conținutul documentației de atribuire, pentru o astfel de cerință, așa cum a arătat, contestatorul susține că a solicitat de la autoritatea contractantă lămuriri, dar și prelungirea corespunzătoare a termenului de depunere a documentelor solicitate, în cazul în care lămuririle prezentate ar fi fost în sensul menținerii solicitării inițiale.

Pentru că, până în data formulării contestației, nu a primit un răspuns din partea autorității contractante, iar data de răspuns prevăzută în solicitarea de clarificări era 26.07.2021, contestatorul solicită, în subsidiar, în situația în care sa va aprecia că cerințele autorității contractante, cuprinse în punctul 2 al documentului atacat, sunt temeinice și legale, să dispună obligarea acesteia *să răspundă solicitării de lămuriri a conținutului Solicitării de clarificări și să prelungească în mod corespunzător termenul de răspuns, ținând cont de timpul necesar pentru obținerea unor informații și documente de la terți, persoane juridice străine.*

În concluzie, contestatorul susține că solicitarea autorității contractante de a prezenta cazierul judiciar al acționarilor societății este nelegală și abuzivă, încalcă atât dispozițiile art. 132 alin. (1) din HG

nr. 395/2016, cât și principiile prevăzute în cuprinsul art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

Prin adresa nr. 12126/28.07.2021, înregistrată la Consiliu sub nr. 39377/29.07.2021, autoritatea contractantă a transmis punct de vedere față de contestație, susținând că nu adoptă măsuri de remediere, întrucât consideră temeinică și justificată solicitarea de la punctul 2 din adresa de clarificări nr. 11451/19.07.2021.

Autoritatea contractantă susține că, în baza procesului-verbal nr. 10392/01.07.2021, în temeiul prevederilor art. 196 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, comisia de evaluare a ofertelor, prin adresa nr. 10393/01.07.2021, transmisă prin SEAP, în data de 01.07.2021, a solicitat ofertantului SC SA, clasat pe primul loc, după aplicarea criteriului de atribuire, să prezinte documentele suport/dovezi pentru demonstrarea informațiilor prezentate în DUAE, cu termenul limită de depunere a documentelor la 08.07.2021.

De asemenea, autoritatea contractantă precizează că, potrivit procesului-verbal nr. 11450/19.07.2021, comisia de evaluare a procedat la verificarea documentelor suport/dovezilor pentru demonstrarea informațiilor din DUAE, înaintate de către ofertantul, clasat pe locul I, documente ce au fost prezentate de acest ofertant în răspunsul transmis prin SEAP în data 07.07.2021 și a constatat că sunt necesare, în temeiul prevederilor art. 196 alin. (3) din Legea nr. 98/2016, prezentarea de completări/clarificări.

Citând prevederile art. 132 alin. (1) și (2) din HG nr. 395/2016, autoritatea contractantă arată că a considerat să-i solicite ofertantului SC SA să prezinte completările/clarificările de la pct. 1 din adresa nr. 1451/19.07.2021, întrucât din documentele doveditoare prezentate în răspunsul ofertantului din data de 07.07.2021, la solicitarea nr. 10393/01.07.2021, nu reies informații privind lipsa datoriilor restante cu privire la plata impozitelor taxelor locale pentru puncte de lucru ale subcontractanților SC și SC și

De asemenea, autoritatea contractantă precizează că a considerat necesar a solicita clarificările de la pct. 2, având în vedere obligația autorității contractante de a exclude din procedură un operator economic în conformitate cu prevederile art. 164 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, art. 164 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, care stipulează motivele de excludere, în mod cumulativ.

În continuare, autoritatea contractantă arată că, în urma analizei și evaluării documentelor prezentate prin răspunsul din 07.07.2021, comisia de evaluare a constatat că:

I. Ofertantul a prezentat pentru SC SA, numai cazierile judiciare ale:

a) SC SA;

b) persoana împuternicită (persoana juridică),

Calitate: administrator

Reprezentată prin -

c) persoana împuternicită (persoana fizică)

Calitate: director

Funcție: director executiv.

II. Din Certificatul constatator nr. 477402/25.06.2021, emis de ONRC, reies acționarii și acționarul majoritar, ce deține controlul și puterea de decizie asupra SC SA, datorită faptului că deține majoritatea acțiunilor acestei societăți, astfel:

Acționari persoane juridice:

-

Calitatea: acționar

Naționalitate: cipriotă (...)

Nr. acțiuni, 2388145, cota participare - 99,4988%,

(reprezentată prin dl. - astfel cum reiese din Declarația FN din 02.07.2021 privind deținătorii acțiunilor, ce se regăsește în răspunsul din 07.07.2021)

-

Calitatea: acționar

Naționalitate: română (...)

Nr. acțiuni - 2708, cota participare - 0.1128 %

Acționari persoane fizice:

-

Calitatea: acționar

Naționalitate: română

Nr. acțiuni - 1805, cota participare - 0.0752 %

-,

Calitatea: acționar

Naționalitate: română

Nr. acțiuni - 7518, cota participare - 0.3132 %,

motiv pentru care a hotărât să solicite ofertantului SC SA să prezinte completările/clarificările de la pct. 2 a adresei nr. 11451/19.07.2021, deoarece din documentele doveditoare prezentate nu reies informații privind neîncadrarea în situațiile de excludere prevăzute de art. 164 din Legea nr. 98/2016 a acționarilor SC SA.

De asemenea, comisia de evaluare a constatat că ofertantul SC SA nu a prezentat documente doveditoare din care să reiasă informații privind neîncadrarea în situațiile de excludere prevăzute de art. 164 din Legea nr. 98/2016, a persoanelor care sunt membre 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, în speță - acționarii ofertantului, acționari care datorită formei de organizare, constituie, de regulă, Adunarea Generală a Acționarilor - cu putere de reprezentare, de decizie, de control, de conducere sau de supraveghere a SC SA.

Autoritatea contractantă susține că a considerat necesar a solicita clarificările de la pct. 2 având în vedere obligația autorității contractante de a exclude din procedură un operator economic în conformitate cu prevederile art. 164 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, pe care îl citează.

Mai precizează autoritatea contractantă că membrii comisiei de evaluare au luat act, în data 27.07.2021, de faptul că ofertantul SC SA a transmis prin fax, respectiv e-mail, adresa nr. DPM/11.07.2021, înregistrată la autoritatea contractantă sub nr. 11792/22.07.2021, prin care considera inadvertențe în solicitarea comisiei de la punctul 2 a adresei nr. 11451/19.07.2021 și, de asemenea, solicita prelungirea corespunzătoare a termenului de răspuns în conformitate cu lămuririle solicitate comunicate.

De asemenea, invocând și citând pct. IV. 1.1.a) Modalitatea de desfășurare a procedurii de atribuire: *Secțiunea IV Procedura, din fișa de date a achiziției și subpct.IV.1.1.b)*, pct. VI.3 *Informații suplimentare, Secțiunea VI Informații complementare* și prevederile art. 64 din Legea nr. 98/2016, în ceea ce privește adresa nr. DPM/11.07.2021, întrucât procedura se desfășoară în SEAP, online, comisia de evaluare nu are dreptul de a purta corespondența prin ale mijloace decât cele electronice, cu participanții, respectiv nu poate da curs solicitării de prelungire a termenului de răspuns, întrucât solicitarea nu a fost transmisă prin mijloacele electronice ale SEAP și ar încălca principiul tratamentului egal față de ceilalți participanți, fiindu-i acordat ofertantului o perioadă de 5 zile lucrătoare pentru transmiterea răspunsului la solicitarea din adresa nr. 11451/19.07.2021.

Întrucât ofertantul nu a solicitat clarificări sau informații suplimentare, în legătură la documentația de atribuire, în conformitate cu prevederile art. 160, în termenul limită stabilit de autoritatea contractantă (12.04.2021) în anunțul de participare simplificat nr. SCN1084051/04.04.2021, nu a contestat în termen documentația de atribuire, respectiv nu a contestat modalitatea de îndeplinire a cerinței privind neîncadrarea în motivele de excludere prevăzute de art. 164 din Legea nr. 98/2016, autoritatea contractantă consideră tardivă solicitarea ofertantului din contestația sa privind anularea punctului 2 din cuprinsul adresei de solicitare clarificări nr. 11451 din data de 19.07.2021, privind modalitatea de dovedire a cerinței fișei de date a achiziției referitoare la neîncadrarea ofertantului SC SA în situațiile prevăzute de art. 164 din Legea nr. 98/2016.

De asemenea, autoritatea contractantă arată că a constatat că, din actul constitutiv al SC SA, transmis prin SEAP în răspunsul din data de 26.07.2021, reies informații care confirmă următoarele:

A. Adunarea Generală a Acționarilor este organ suprem de conducere al ofertantului SC SA,

B. este acționarul majoritar al ofertantului, cu vot majoritar în Adunarea Generală a Acționarilor și, astfel, este persoana cu funcție

de decizie și de control și de supraveghere, întrucât deține majoritatea acțiunilor societății SA.

Totodată, autoritatea contractantă susține că nu poate lua în considerare practica judiciară invocată de contestator, întrucât nu are cunoștințe dacă deciziile ce privesc spețele enunțate nu au fost contestate, și dacă sunt definitive, sau dacă instanțele de judecată au menținut acele decizii.

În ceea ce privește calitatea dl., în mod eronat autoritatea contractantă a considerat că acesta are calitatea de acționar SC Ltd, întrucât din declarația acestuia reiese că are calitatea de reprezentat al acestui asociat.

Având în vedere cele susținute, autoritatea contractantă consideră justificată cerința de la pct. 2 din adresa de solicitare clarificări nr. 11451 din 19.07.2021 și nu adoptă măsuri de remediere.

Prin adresa nr. 12126/28.07.2021, înregistrată la CNSC sub nr. 40451/04.08.2021, autoritatea contractantă a transmis copia a dosarului achiziției publice.

Prin adresa nr. DM 418/12.08.2021, înregistrată la CNSC sub nr. 42335/12.08.2021, ca urmare a studierii dosarului aflat pe rolul Consiliului, ... SA a transmis Concluzii scrise, prin care combate susținerile autorității contractante din punctul său de vedere, reiterând criticile sale din cuprinsul contestației.

De asemenea, contestatorul susține că, prin raportare la cerințele documentației de atribuire și legislația specifică în materie, cazierele judiciare depuse sunt suficiente și respectă cerința din Secțiunea III.1.1.a) din fișa de date a achiziției, motiv pentru care solicitarea de clarificări transmisă prin punctul 2 al adresei nr. 11451 din data de 19.07.2021 este nelegală și netemeinică.

Față de susținerile părților și de documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul reține cele ce urmează:

..... a inițiat, la 04.04.2021, o procedură simplificată în vederea atribuirii unui contract având ca obiect „Proiectare, asistență tehnică și execuție lucrări la obiectivul: Reabilitare și extindere funcțională Unitatea de primiri Urgențe (UPU) Spitalul Județean de Urgență”, prin publicarea anunțului de participare simplificat nr. SCN1084051.

Nemulțumit de solicitarea de la punctul 2 din adresa de clarificări nr. 11451/19.07.2021, respectiv prezentarea cazierelor judiciare ale acționarilor societății, ... SA a formulat contestația de față, solicitând cele precizate în partea introductivă a deciziei.

Preliminar, Consiliul constată că, pentru a îndeplini obligația stabilită la art. 611 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, contestatorul SA a înaintat recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 207384624/1, în valoare de 88.000 lei, emisă de CEC Bank – Sucursala Gara de Nord, în data de 28.07.2021.

Consiliul ia act de cuprinsul actului atacat (pct. 2), prin care comisia de evaluare i-a transmis ofertantului contestator următoarea cerere:

In baza prevederilor art. 196 alin.(3) din Legea nr. 98/2016, privind achizițiile publice, cu modificările și completările ulterioare, comisia de evaluare va solicita completari/clarificari la documentele/dovezile prezentate ca dovadă a informațiilor cuprinse în DUAE, după cum urmează:

2. Va solicita prezentarea cazierelor judiciare ale membrilor organului de administrare, de conducere sau de supraveghere a 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 pentru(nr. 477402/25.06.2021), actul constitutiv, emise de autoritățile competente din țara în care are stabilit sediul/domiciliul, traduse în limba română, după caz, și anume :

2.1. Cazierul judiciar al

Calitatea: acționar

Naționalitate: cipriotă

SEDIU SOCIAL: Cipru (...)

2.2. Cazierul judiciar al domnului - acționar unic al societății, emis de autoritățile competente din - țara în care are stabilit sediul social această societate.

2.3 Cazierul judiciar al SRL, Calitate: acționar Naționalitate: română

SEDIU SOCIAL: Comuna (...).GABRIEL - CORNELIU – acționar.

Cât privește cazierul judiciar solicitat la pct. 2.2, autoritatea contractantă a precizat, în punctul de vedere, că, în mod eronat, a considerat că dl, are calitatea de acționar Ltd, întrucât într-adevăr din declarația acestuia reiese că are calitatea de reprezentat al acestui asociat.

Văzând că ofertantul contestator a transmis certificat de cazier judiciar (atașat răspunsului din 07.07.2021), iar achizitorul consideră că nu mai este de interes un alt document, Consiliul consideră întemeiată prima critică, în ceea ce privește anularea solicitării de la pct. 2.2, din adresa atacată.

Analizând susținerile părților și documentele din dosarul achiziției, Consiliul observă că litigiul părților este asupra obligației ofertantului contestator de a/nu depune caziere judiciare și pentru persoanele juridice nominalizate în adresa atacată, din moment ce se depun pentru persoanele care au putere de reprezentare în cadrul ofertantului.

Solicitarea comisiei de evaluare a fost pentru a verifica modul de respectare a cerinței din anunțul de participare/III.1) *Conditii de participare/III.1.1) Capacitatea de exercitare a activitatii profesionale, inclusiv cerintele privind inscrierea in registrele profesionale sau comerciale:*

Ofertanții/ofertantii

asociați/Terții

susținători/Subcontractanții participanți la procedură nu trebuie să se regăsească în situațiile prevăzute la art. 164, art. 165 și art. 167 din Legea nr. 98/2016, cu modificările și completările ulterioare.

1.Ofertantul (lider, asociati, tertii sustinatori si subcontractantii) va face dovada ca nu se incadreaza la situatiile prevazute de art. 164 din Legea 98/2016. Se va prezenta distinct Documentul Unic de Achizitie European (DUAЕ), in conformitate cu prevederile art.193 din Legea nr. 98/2016, de catre operatorii economici participanti la procedura de atribuire (...) din care sa reiasa urmatoarele: nu exista motive de excludere referitoare la condamnările penale referitoare la constituirea unui grup infracțional organizat, infracțiuni de corupție, infracțiuni împotriva intereselor financiare ale Uniunii Europene, acte de terorism, spălarea banilor, traficul și exploatarea persoanelor vulnerabile, fraudă. Modalitate de indeplinire: Operatorul economic (lider, asociat, tert sustinator, subcontractant) va completa cerinta corespunzatoare in formularul DUAЕ din documentatia de atribuire, in conformitate cu prevederile art.193 din Legea nr. 98/2016, cu informatiile aferente situatiei acestuia. (...)

Documentele justificative care probeaza indeplinirea celor asumate prin completarea DUAЕ urmeaza a fi prezentate, actualizate, la solicitarea autoritatii contractante, doar de ofertantul clasat pe locul I, dupa aplicarea criteriului de atribuire, constand in: cazierul judiciar al operatorului economic si 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 in cadrul acestuia, asa cum rezulta din certificatul constatator emis de ONRC/actul constitutiv, dupa caz.

Relevante în soluționarea cauzei sunt prevederile art. 164 din Legea nr. 98/2016:

(1) Autoritatea contractantă exclude din procedura de atribuire a contractului de achiziție publică/acordului-cadru orice operator economic cu privire la care a stabilit, în urma analizei informațiilor și documentelor prezentate de acesta, sau a luat cunoștință în orice alt mod că a fost condamnat prin hotărâre definitivă a unei instanțe judecătorești, pentru comiterea uneia dintre următoarele infracțiuni (...).

(2) Obligația de a exclude din procedura de atribuire un operator economic, în conformitate cu dispozițiile 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.

Din prevederile alin. (2) al articolului mai sus evocat, se observă, cu claritate, că excluderea de la alin. (1) operează și asupra următoarelor categorii de persoane (fizice/juridice) care au calitatea de: 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. Iar pentru a verifica o neîncadrare în dispozițiile art. 164 alin. (2) din lege, comisia de evaluare trebuie să solicite cazierele judiciare ale acestor persoane.

Conjunția "sau", din cuprinsul alin. (2), nu are rolul de a excepta de la verificare, respectiv de la excludere, una dintre categoriile enumerate de legiuitor.

În fapt, reglementarea în cauză, comună cu dispozițiile Directivei 24/2014, acoperă situațiile de fapt distincte, specifice organizării operatorului economic ofertant, în sensul că există diferite moduri de organizare internă, ori chiar diferite tipuri de grupuri economice implicate în achiziții.

În certificatul constatator al ofertantului SA, sunt înscrși următorii acționari, cu cota de participare la beneficii și pierderi: (99,4988%); (0.0752 %); (0.3132 %); (0.1128%).

În actul constitutiv al societății SA se menționează că societatea controlează societatea, conform prevederilor:

- *art. 7.1 Structura acționariatului și al capitalului social al Societății este următoarea: (...); Dl. (...); SRL (...); Dl. (...);*
- *art. 11.1.1 Adunarea Generală a Acționarilor este organul suprem de conducere al Societății.*

Din interpretarea dată de contestator s-ar înțelege că este suficientă prezentarea (respectiv, verificarea) doar a cazierului judiciar al persoanei care are putere de reprezentare a societății (respectiv, doar pentru dl.), fără a fi necesară prezentarea (verificarea) cazierului judiciar al acționarului majoritar.

Din analiza Codului Penal român (a se vedea, cel puțin, art. 135) reiese faptul că o persoană juridică răspunde penal într-un mod diferit de o persoană fizică și, implicit, lipsa de identitate dintre persoana juridică și cea fizică. Chiar dacă cea din urmă o reprezintă pe prima, la un moment dat, are ca rezultat existența unor certificate de cazier judiciar diferite și nu în mod necesar corelate.

Faptul că o persoană fizică este reprezentantul unei societăți/are putere de reprezentare pentru aceasta, iar cazierul ei judiciar nu are înscrise fapte, nu poate conduce la o apreciere asupra situației persoanei juridice care l-a mandatat.

Astfel, Consiliul consideră a fi corectă solicitarea cazierului judiciar al societății (acționar majoritar al operatorului economic contestator).

Însă, cât privește acționarii care dețin cote de participare mai mici de 1%, Consiliul apreciază că cererea cazierelor judiciare este excesivă, având în vedere prevederile art. 60 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, care se pot aplica similar și în cazul dispozițiilor de la art. 164 [*În sensul dispozițiilor alin. (1) lit. d), prin acționar sau asociat semnificativ se*

înțelege persoana care exercită drepturi aferente unor acțiuni care, cumulate, reprezintă cel puțin 10% din capitalul social sau îi conferă deținătorului cel puțin 10% din totalul drepturilor de vot în adunarea generală.].

În concluzie, Consiliul va respinge solicitarea de anulare a adresei atacate, în partea ce privește pct. 2.1, și va obliga ofertantul contestator să prezinte, pentru, certificatul de cazier judiciar (sau, în baza, art. 168 din Lege, *alte documente echivalente emise de autorități competente din țara respectivă*), în termenul pe care-l va indica autoritatea contractantă. Însă, admite cererea de anulare a adresei în cauză, sub aspectul pct. 2.2, 2.3 și 2.4.

În mod implicit, se respinge, ca rămasă fără obiect, solicitarea de justificare a cererii, din partea autorității contractante.

Văzând corespondența dintre părți, Consiliul va obliga autoritatea contractantă să prelungească termenul de comunicare a cazierului judiciar, în temeiul art. 196 alin. (2¹) din Legea nr. 98/2016: *Prin excepție de la dispozițiile alin. (1) și (2), în cazul procedurilor simplificate, autoritatea contractantă solicită ofertantului clasat pe primul loc documentele justificative care dovedesc informațiile cuprinse în DUAE numai după întocmirea clasamentului, stabilind un termen de 5 zile lucrătoare pentru prezentarea acestor documente, cu posibilitatea de prelungire cu maximum 5 zile lucrătoare, la solicitarea motivată a ofertantului respectiv.*

Pe cale de consecință, în temeiul art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite, în parte, contestația formulată de SA sub aspectul anulării pct. 2.2, 2.3 și 2.4 din adresa nr. 11451/19.07.2021 și va obliga autoritatea contractantă ca, în 10 zile de la primirea prezentei decizii, să-i comunice contestatorului un nou termen de răspuns la pct. 2.1 din aceeași adresă.

Va respinge, ca nefondată, critica privind anularea adresei atacate, referitoare la pct. 2.1.

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, sub aspectul anulării pct. 2.2, 2.3 și 2.4 din adresa nr. 11451/19.07.2021 și va obliga autoritatea contractantă ca, în 10 zile de la primirea prezentei decizii, să-i comunice contestatorului un nou termen de răspuns la pct. 2.1 din aceeași adresă.

Respinge, ca nefondată, critica privind anularea adresei atacate, referitoare la pct. 2.1.

Respinge, ca rămasă fără obiect, solicitarea de justificare a cererii, din partea autorității contractante.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, dar împotriva ei se poate formula plângere, în termen de 10 zile lucrătoare de la comunicare, în conformitate cu dispozițiile art. 28 alin. (1) și art. 29 din Legea nr. 101/2016.

PREȘEDINTE,

.....

MEMBRU,

.....

MEMBRU,

.....

.....