CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR

C.N.S.C.

Str. Stavropoleos nr. 6, Sectorul 3, Bucureşti, 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. 14 alin. (2) din Legea nr. 101/2016 privind remediile şi căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziţie publică, a contractelor sectoriale şi a contractelor de concesiune de lucrări şi concesiune de servicii, precum şi pentru organizarea şi funcţionarea Consiliului Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr. ...
Data: ...

Prin contestația nr. ..., înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. ..., formulată de ..., cu sediul în ..., înregistrată la Registrul Comerțului sub nr. ..., având CIF RO ..., reprezentată de Mihai Labău – Director general, împotriva adresei nr. ..., reprezentând o solicitare de clarificare, emisă de ..., în calitate de autoritate contractantă, cu sediul în Focșani, str. Dimitrie Cantemir, județul Vrancea, în cadrul procedurii simplificate – într-o singură etapă, organizată în vederea încheierii acordului-cadru având ca obiect *”LUCRĂRI DE ÎNTREȚINERE CURENTĂ PE TIMP DE VARĂ PE REȚEAUA DE DRUMURI DIN ADMINISTRAȚIA CONSILIULUI JUDEȚEAN VRANCEA, PE DURATA A 36 DE LUNI CALENDARISTICE”*, cod CPV 45233141-9 – Lucrări de întreținere a drumurilor (Rev.2), s-a solicitat obligarea autorității contractante la anularea integrală a adresei nr. ... și a tuturor actelor subsecvente, cu consecința reevaluării documentelor depuse de contestatoare.

CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR
asupra cauzei de faţă, constată următoarele:

Prin contestația depusă, ..., în calitate de ofertant la procedura simplificată – într-o singură etapă, organizată de către autoritatea contractantă ..., în vederea încheierii acordului-cadru, având ca obiect *”LUCRĂRI DE ÎNTREȚINERE CURENTĂ PE TIMP DE VARĂ PE REȚEAUA DE DRUMURI DIN ADMINISTRAȚIA CONSILIULUI JUDEȚEAN VRANCEA, PE DURATA A 36 DE LUNI CALENDARISTICE”*, cod CPV 45233141-9 – Lucrări de întreținere a drumurilor (Rev.2), iniţiată prin publicarea invitației de participare nr. ... în SEAP, a solicitat cele menţionate în partea introductivă.

În conținutul contestației, ... arată că adresa de solicitare de clarificări nr. ..., nu este conformă fișei de date a achiziției.

În susținerea afirmației sale, contestatoarea redă cap. III.2.1.a) din fișa de date a achiziției.

În aceeași ordine de idei, ... susține că oferta sa îndeplinește cerințele de calificare prevăzute de documentația de atribuire, deoarece a depus următoarele documente:

1. Cazierele judiciare emise de IPJ ale ofertantului ..., respectiv al membrilor organului de administrare de conducere sau de supraveghere al respectivilor sau a celor ce au putere de reprezentare, decizie sau de control în cadrul acestora, așa cum rezultă din certificatul constatator, emis de ONRC/actul constitutiv la momentul depunerii ofertelor, precum și la momentul depunerii ofertelor, precum și la momentul prezentării lor, respectiv la data de 04.09.2017 – ..., ..., ..., ..., ..., ...

Drept urmare, contestatoarea opinează că solicitarea de clarificări nr. ... reprezintă o modificare a cerințelor existente, prevăzute în cadrul documentației de atribuire.

De asemenea, ... arată că, persoana juridică ...și persoana fizică ... nu pot fi încadrate, din punct de vedere legal, la solicitarea prevăzută în fișa de date: ”(...) respectiv al membrilor organului de administrare, de conducere sau de supraveghere al respectivilor sau a celor ce au putere de reprezentare, decizie sau de control (...)”, în situația în care a depus documentele solicitate pentru membrii organului de administrare, de conducere.

Mai mult, contestatoarea subliniază că, cerința din fișa de date a achiziției este eliminatorie, în sensul că este formulată utilizând conjuncția ”sau”, legând astfel 2 cerințe care se exclud reciproc, deci nu implică din partea ofertanților depunerea documentelor enunțate în mod cumulativ.

Prin adresa nr. ..., Consiliul a solicitat autorității contractante copia dosarului achiziției integral, plus orice alte documente pe care le consideră edificatoare, DUAE-ul depus de contestatoare, documentele de calificare suport, dacă există, punctul de vedere cu privire contestația depusă de ..., precum și dovada comunicării acestuia contestatoarei.

Prin adresa nr. ..., înregistrată la Consiliu cu nr. ..., autoritatea contractantă a transmis punctul de vedere, cu privire la contestația depusă de ....

În conținutul acestuia, ... redă un scurt istoric al procedurii, arătând următoarele:

1. Cu privire la precizarea contestatoarei, conform căreia, avea dreptul de a opta cu privire la persoanele pentru care trebuie să depună caziere judiciare, autoritatea contractantă opinează că aceasta nu este susținută prin raportare la prevederile art. 164 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 și ale fișei de date a achiziției.

În acest sens, ... arată următoarele:

1.1. potrivit principiului de drept ”Actus interpretandus est potius ut valeat quam ut pereat”, legea trebuie interpretată în sensul producerii efectelor ei și nu în sensul neaplicării ei;

- astfel, ... menționează că, cerința la care face referire contestatoarea, nu este altceva decât transpunerea, ad litteram, a unui text de lege. Aceasta cuprinde, în mod identic, dispozițiile art. 164 alin. (2) din Legea nr. 98/2016. Conform acestui text de lege, autoritățile contractante au obligația de a exclude din procedura de atribuire, un operator economic, 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;

- în aceeași ordine de idei, autoritatea contractantă arată că, în cazul în care, s-ar accepta susținerea contestatoarei (respectiv faptul că cele două cerințe se exclud reciproc) ar însemna că legiuitorul a introdus o dispoziție fără aplicabilitate. Altfel spus, conform celor menționate de ..., deși legiuitorul a făcut trimitere, în mod expres, la organele de supraveghere (evident în cazul acelor societăți care au astfel de organe), acesta a solicitat, în realitate, doar prezentarea documentelor justificative pentru organele de conducere ale ofertanților nu și pentru cele de supraveghere. Ori, dacă aceasta ar fi fost intenția legiuitorului, art. 164 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, nu ar fi cuprins vreo trimitere la prezentarea documentelor justificative pentru membrii organelor de supraveghere ale ofertanților. Mai mult, norma juridică cuprinsă în textul de lege anterior menționat, nu se încadrează în categoria celor dispozitive (fie că este vorba despre norme permisive sau supletive), astfel încât ofertantul nu poate alege, cu de la sine putere, care sunt persoanele pentru care va prezenta documente justificative. Așa cum se poate observa din art. 164 alin. (2), norma juridică cuprinsă în cadrul acestuia, nu este una dispozitivă, ci imperativă (altfel spus, o normă juridică care impune subiectelor de drept o anumită acțiune sau, după caz, o inacțiune de la care ele nu pot deroga prin acordul de voință). Astfel, având în vedere faptul că norma juridică anterior menționată este una imperativă, precum și faptul că textele de lege trebuie interpretate, în sensul în care, produc efecte juridice, este evident că susținerea contestatoarei nu poate fi primită.

1.2. ... subliniază că, în cazul societăților comerciale pe acțiuni, atribuțiile de conducere și cele de verificare nu sunt exercitate de aceleași persoane, așa cum se întâmplă în cazul anumitor societăți comerciale cu răspundere limitată. În susținerea afirmației sale, acesta arată următoarele:

- potrivit art. 159 alin. (1) din Legea nr. 31/1990, societățile comerciale pe acțiuni au, în mod obligatoriu, cenzori, aleși de adunarea generală a acționarilor. Atribuțiile cenzorilor sunt diferite de cele ale

organelor de conducere. Astfel, conform art. 163 din același act normativ, cenzorii sunt obligați să supravegheze gestiunea societății, să verifice dacă situațiile financiare sunt legal întocmite, în concordanță cu registrele, dacă acestea din urmă sunt ținute regulat și dacă evaluarea elementelor patrimoniale s-a făcut conform regulilor stabilite pentru întocmirea și prezentarea situațiilor financiare. De asemenea, cenzorii aduc la cunoștință membrilor consiliului de administrație, neregulile în administrație și încălcările dispozițiilor legale sau ale prevederilor actului constitutiv pe care le constată, iar cazurile mai importante le aduc la cunoștință adunării generale. Mai mult, diferențierea dintre organele de conducere ale societăților comerciale pe acțiuni și cenzori este subliniată și de prevederile art. 161 alin. (2) lit. a) – b) din Legea nr. 31/1990. Conform acestui text de lege, cenzorii, nu pot fi rude sau afini până la al patrulea grad, inclusiv sau soții administratorilor. De asemenea, cenzorii nu pot fi persoanele care primesc sub orice formă, pentru alte funcții decât aceea de cenzor, un salariu sau o remunerație de la administratori sau de la societate sau ai căror angajatori sunt în raporturi contractuale sau se află în concurență cu aceasta. Drept urmare, între organele de conducere și cele de supraveghere ale unei societăți comerciale pe acțiuni există diferențe importante, întrucât aceste structuri au atribuții total diferite. Pe cale de consecință, în cazul societăților comerciale pe acțiuni, nu se poate reține că cerința de la art. 164 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 este îndeplinită doar prin prezentarea cazierelor judiciare pentru persoanele ce alcătuiesc organele de conducere ale acestora;

- autoritatea contractantă subliniază că un operator economic participant la procedură, trebuie analizat ca un întreg și nu prin raportare la o parte din elementele sale componente. În mod evident, nu se poate reține faptul că un ofertant ale cărui organe de conducere nu au antecedente penale, nu prezintă un grad ridicat de risc, dacă persoanele desemnate să verifice legalitatea modului în care acesta își desfășoară activitatea, au comis fapte considerate, atât de legislația penală, cât și de cea din domeniul achizițiilor publice, ca fiind deosebit de periculoase. Într-o asemenea situație, prezentarea certificatelor de cazier judiciar pentru ceilalți membrii ai organelor de conducere este lipsită de finalitate, întrucât ea privește doar o parte dintre persoanele implicate în derularea activității unui agent economic. Prezentarea acestor certificate de cazier judiciar nu poate oferi informații cu privire la conduita celorlalte persoane care dețin poziții deosebit de importante în cadrul unei societăți comerciale și care pot preveni producerea unor infracțiuni de natură să afecteze interesele legitime ale autorității contractante;

- în plus, ... arată că, în măsura în care ... consideră că art. 164 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 se interpretează în sensul că ofertanții nu trebuie să prezinte documente justificative pentru organele lor de control sau de supraveghere, deși acestea sunt menționate în mod expres, atât în fișa de date, cât și în legea anterior menționată, aceasta avea

posibilitatea de a solicita clarificări autorității contractante. De asemenea, în conformitate cu prevederile art. 6 alin. (1) lit. b) și alin. (3) din Legea nr. 101/2016, contestatoarea avea posibilitatea să formuleze notificare prealabilă cu privire la conținutul documentației de atribuire în termen de 5 zile de la data postării acesteia pe SEAP. Ori, atât timp, cât ... nu a formulat solicitări de clarificare cu privire la acest aspect din fișa de date a achiziției, în termenul legal, se deduce că aceasta a fost de acord cu modul de întocmire al acesteia.

Din examinarea materialului probator administrat, aflat la dosarul cauzei, Consiliul reține următoarele:

Procedura simplificată – într-o singură etapă, a fost inițiată de autoritatea contractantă, ... a inițiat procedura simplificată – într-o singură etapă, organizată în vederea încheierii acordului-cadru, având ca obiect *”LUCRĂRI DE ÎNTREȚINERE CURENTĂ PE TIMP DE VARĂ PE REȚEAUA DE DRUMURI DIN ADMINISTRAȚIA CONSILIULUI JUDEȚEAN VRANCEA, PE DURATA A 36 DE LUNI CALENDARISTICE”, cod CPV 45233141-9 – Lucrări de întreținere a drumurilor (Rev.2)*, prin publicarea în SEAP a invitației de participare nr. ....

Din informațiile invitației de participare, Consiliul a reținut că valoarea estimată a acordului-cadru ce urmează a se încheia, este de 14.456.619,27 lei, fără TVA.

Prin adresa nr. ... de solicitare a documentelor suport pentru DUAE, autoritatea contractantă a solicitat următoarele:

”În certificatul constatator de furnizare informații extinse nr. ... sunt menționați cenzor persoană juridică SC ...respectiv cenzor persoană fizică Voinea Valentina.

Cu adresa 12.715/29.08.2017 au fost solicitate cazierele judiciare emise de IPJ pentru membrii organului de administrare, de conducere sau de supraveghere a operatorului economic sau a celor ce au putere de reprezentare, de decizie sau de control în cadrul acestuia, așa cum rezultă din Certificatul Constator emis de ONRC/Actul constitutiv sau orice alte documente edificatoare, după caz;

Prin urmare, comisia de evaluare vă solicită transmiterea cazierelor judiciare pentru ..., precum și pentru Voinea Valentina, valabile la data depunerii”.

Prin prezenta contestație, ... formulează critici cu privire la solicitarea de clarificări a autorității contractante, susținând că aceasta încalcă prevederile punctului III.2.1. a) ”Situația personală a condidatului sau ofertantului” din fișa de date a achiziției, respectiv:

”Documentele justificative care probează îndeplinirea celor asumate prin completarea DUAE pot fi:

a) *Cazierul judiciar emis de IPJ al operatorului economic/terțului susținător/subcontractantului respectiv al membrilor organului de administrare, de conducere sau de supraveghere al respectivilor sau a celor ce au putere de reprezentare, decizie*

sau de control în cadrul acestora așa cum rezultă din certificatul constatator emis de ONRC/actul constitutiv. Pentru persoanele juridice străine se acceptă documente echivalente".

Consiliul reține că documentele mai sus menționate au fost solicitate de autoritatea contractantă în temeiul prevederilor art. 164 alin. (2) din legea nr. 98/2016, respectiv *"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"*.

Având în vedere faptul că, din textul legal mai sus menționat, reiese clar că obligația de excludere se extinde asupra tuturor persoanelor enumerate, existența unor variante fiind legată de forma de organizare a respectivilor operatori economici, Consiliul apreciază că prevederea mai sus enunțată din documentația de atribuire trebuie interpretată în acest sens, solicitarea autorității contractante fiind legală din acest punct de vedere.

Totuși, Consiliul apreciază că modul de redactare a prevederii respective din fișa de date, a cererii de clarificări anterioare și a prezentei cereri de clarificări, prin utilizarea sintagmei *"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"* cu referire la prezentarea unui document nu la o obligație a autorității contractante, permite interpretarea dată de contestatoare că este acceptată prezentarea de documente pentru o categorie sau alta nu pentru amebele categorii.

Având în vedere cele de mai sus, Consiliul constată că modul de formulare a cererilor de clarificări nu respectă obligația legală privind claritatea și consideră că autoritatea contractantă trebuie să formuleze o nouă cerere în care să solicite completări ale documentelor prezentate și anume cazierul pentru ...și pentru Voinea Valentina prin raportare la prevederea legală în temeiul căreia solicită.

Luând în considerare aspectele de fapt și de drept evocate, în baza art. 26 alin. (2) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, Consiliul urmează să admită contestația depusă de ... în contradictoriu cu ..., și să anuleze solicitarea de clarificări înregistrată cu nr. ... din ....

În baza art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va obliga autoritatea contractantă ca, în termen de 10 zile de la primirea deciziei Consiliului, să ducă la îndeplinire măsurile de remediere și anume să solicite ofertantei contestatoare completări ale documentelor

prezentate de aceasta în cadrul ofertelor, cu respectarea principiilor tratamentului egal și transparenței precum și a celor evocate în considerente.

Prezenta decizie va fi obligatorie pentru părți potrivit dispozițiilor art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

Împotriva prezentei decizii se va putea formula plângere, atât pentru motive de nelegalitate, cât și de netemeinicie, în termen de 10 zile de la comunicare potrivit prevederilor art. 29 alin. (1) și art. 32 din Legea nr. 101/2016.

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

Admite contestația formulată de ... în contradictoriu cu ....

Anulează solicitarea de clarificări înregistrată cu nr. ... din 07.09.2017.

Obligă autoritatea contractantă ca, în termen de 10 zile de la primirea deciziei Consiliului, să ducă la îndeplinire măsurile de remediere și anume să solicite ofertantei contestatoare completări ale documentelor prezentate de aceasta în cadrul ofertelor, cu respectarea principiilor tratamentului egal și transparenței precum și a celor evocate în considerente.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți.

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

PREȘEDINTE,	**MEMBRU,**	**MEMBRU,**
...	**...**	**...**

Redactată în 4 (patru) exemplare, conține 7 (șapte) pagini.