



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C. N. S. C.

Str. Stavropoleos, nr. 6, sector 3, București, România, CP 030084, CIF 20329980
Tel. +4 021 3104641 Fax. +4 021 3104642, +40218900745 www.cnsc.ro

În conformitate cu prevederile art. 266 alin. (2) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii, aprobată cu modificări și completări prin Legea nr. 337/2006, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr. .../.../...

Data: ...

Prin contestația nr. 1193/11.11.2015, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 21960/12.11.2015, înaintată de SC ... SRL, cu sediul în comuna ..., ..., județul ..., având adresa de corespondență în ..., înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., având CUI ..., reprezentată legal prin ...- Administrator, formulată împotriva rezultatului procedurii ce i-a fost comunicat prin adresa nr. 1177/06.11.2015, emis de C...ara, cu sediul în ..., ..., județul ..., în calitate de autoritate contractantă în procedura, licitație deschisă cu etapă finală de licitație electronică, organizată în vederea încheierii unui acord-cadru având ca obiect „Întreținere pe timp de iarnă 2015-2016, DRDP ... – SDN ...”, cu anunț de participare nr. ... publicat în SEAP în ..., s-a solicitat Consiliului

În baza legii și a documentelor depuse de părți,
CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

DECIDE:

Respinge ca nefondată contestația depusă de SC ... SRL.

Dispune continuarea procedurii de achiziție publică.

Obligatorie.

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

MOTIVARE

În luarea deciziei, s-au avut în vedere următoarele:

Prin contestația nr. 1193/11.11.2015, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 21960/12.11.2015, SC ...

SRL atacă rezultatul procedurii ce i-a fost comunicat prin adresa nr. 1177/06.11.2015, emis de ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de atribuire mai sus arătate, potrivit căruia oferta sa a fost declarată inacceptabilă în conformitate cu prevederile art. 36 alin. (1) lit. b) din HG nr. 925/2006 și, totodată, respinsă în temeiul dispozițiilor art. 81 din HG nr. 925/2006, oferta declarată câștigătoare fiind cea depusă de SC ... SRL în valoare de 9.704.870 lei fără TVA.

În fapt, contestatoarea arată că autoritatea contractantă a considerat inacceptabilă oferta sa motivat de faptul că terțul susținător (SC ... SRL) nu îndeplinește cerința de calificare prevăzută la art. 180 din OUG nr. 34/2006, invocând faptul că unul din asociații societății, respectiv domnul Tender Ovidiu Lucian, a fost condamnat definitiv, conform Deciziei penale nr. 862/A/08.06.2015, pronunțată de Curtea de Apel București.

Contrar opiniei autorității contractante, contestatoarea apreciază ca fiind nelegală decizia de respingere a ofertei sale, arătând că, pe de o parte, domnul Tender Ovidiu Lucian deține, în calitate de asociat, un număr de 10 părți sociale, reprezentând 0,0029% din capitalul social, neputând avea putere de decizie sau control și, pe de altă parte, prin cererea nr. 40210/22.06.2015 (înregistrată din oficiu la ONRC ...), s-a suspendat de drept calitatea de asociat a domnului Tender Ovidiu Lucian, deci, automat, și drepturile acestuia, în calitate de asociat în cadrul societății, la data depunerii ofertelor acesta nemaiputând exercita niciunul din drepturile sale date de aceasta calitate. De altfel, contestatoarea precizează că administratorul societății - cel care a semnat oferta - așa cum reiese din actul constitutiv și din certificatul constatator, este domnul Dragoș Marian Dumitru.

Mai mult, contestatoarea apreciază că, în speță, nu sunt aplicabile dispozițiile art. 182 alin. (2) teza a II-a din OUG nr. 34/2006 invocate de autoritatea contractantă în susținerea argumentului de respingere a ofertei, potrivit cărora cazurile menționate la art. 180 din același act normativ s-ar aplica și la directorii de companii sau la orice persoană cu putere de reprezentare, de decizie, de control, arătând că domnul Tender Ovidiu Lucian deține doar 0,0029% din capitalul social, acestuia fiindu-i suspendate toate drepturile ce rezultă din calitatea de asociat la momentul depunerii ofertelor.

Prin urmare, contestatoarea arată că, în mod cert, domnul Tender Ovidiu Lucian nu avea nicio putere de reprezentare, decizie sau control la momentul depunerii ofertelor.

Pe de altă parte, contestatoarea reclamă faptul că autoritatea contractantă nu indică actul, norma legală, din țara de rezidență a ofertantului (România), prin care dispozițiile art. 180 se aplică și la directori ori persoane cu putere de reprezentare și control în cadrul ofertantului, considerând că ceea ce încearcă autoritatea contractantă este o măsură abuzivă și nefundamentată, raportat la faptul că se prevalează de o normă juridică pe care o rupe din context, fără a indica actul juridic pe care se bazează folosirea respectivei norme.

În egală măsură, raportat la dispozițiile Legii nr. 31/1990 privind societățile comerciale, contestatoarea arată că teoria și practica a statuat, în mod indubital, prin prevederile art. 73 din actul normativ indicat, limitele răspunderii asociaților față de societate. Astfel, prin această distincție, contestatoarea precizează că în dreptul român cele două persoane (societatea cu asociații săi) nu se confundă, neconfundându-se, pe cale de consecință, nici răspunderea lor.

Totodată, norma menționată are în vedere situațiile în care condamnarea persoanei cu putere de reprezentare, de decizie ori de control în cadrul persoanei juridice produce consecințe și asupra acesteia. Condamnarea unei asemenea persoane atrage pentru aceasta incompatibilități și interdicții care nu se pot extinde la persoana juridică, în condițiile în care lipsește un text expres în acest sens, personalitatea juridică distinctă a persoanei juridice opunându-se unei asemenea extinderi.

Considerând că evaluarea ofertelor s-a făcut superficial, părtinitor, nelegal și cu scopul evident de a favoriza un anumit operator economic, contestatoarea solicită admiterea cererii sale așa cum a fost formulată, invocând, în drept, dispozițiile art. 255 alin. (1) și (3), art. 266 alin. (1), art. 270 alin. (1), art. 275 alin. (1), art. 275¹, art. 278 alin. (3) din OUG nr. 34/2006.

Prin adresa nr. 111/2787 din ..., înregistrată la CNSC sub nr. ...1/18.11.2015, autoritatea contractantă a transmis Consiliului punctul de vedere la contestație, solicitând respingerea acesteia ca nefondată.

Prin punctul de vedere, autoritatea contractantă precizează că oferta contestatoarei a fost respinsă în temeiul art. 81 din HG nr. 925/2006, fiind declarată inacceptabilă în conformitate cu dispozițiile art. 36 alin. (1) lit. b) din același act normativ, arătând că ofertantul nu îndeplinește cerința de calificare solicitată prin fișa de date a achiziției, la cap. III.2.I.a) *Situația personală a candidatului sau ofertantului* - Cerința nr. 1, referitoare la neîncadrarea în situațiile prevăzute la art. 180 din OUG nr. 34/2006 cu modificările și completările ulterioare.

Astfel, autoritatea contractantă menționează că autoarea contestației a prezentat, în demonstrarea condiției privind experiența similară, angajamentul ferm al operatorului economic SC ... SRL. Potrivit dispozițiilor art. 190 alin. (2) din OUG nr. 34/2006, „Persoana care asigură susținerea tehnică și profesională nu trebuie să se afle în situația care determină excluderea din procedura de atribuire, conform prevederilor art. 180 (...)”.

Pe de altă parte, autoritatea contractantă arată că, în conformitate cu Certificatul Constatator nr. 55564/07.09.2015, emis de ONRC ... pentru SC ... SRL, asociatul persoană fizică Tender Ovidiu Lucian este condamnat, conform Deciziei Penale nr. 862/A/08.06.2015, pronunțată de Curtea de Apel București în Dosarul nr. 28726/3/2006, la 12 ani și 7 luni închisoare.

Având în vedere cele constatate și ținând cont de recomandările ANAP din punctul de vedere emis în 08.10.2015, cu privire la situația de excludere din procedură a ofertantului în cauză, autoritatea contractantă

precizează că, prin adresa nr. 111/2432/21.10.2015, i-a solicitat contestatoarei, în conformitate cu dispozițiile coroborate ale art. 180 și art. 182 alin. (2) din ordonanță, să clarifice dacă asociatul Tender Ovidiu Lucian are putere de reprezentare, de decizie ori de control în cadrul SC ... SRL și să prezinte documente justificative care să susțină cele declarate, precum și documente justificative din care să rezulte faptele pentru care a fost condamnat asociatul Tender Ovidiu Lucian.

Drept răspuns, contestatoarea a declarat că administrator este Dragoș Marian Dumitru, răspunzând parțial la solicitarea autorității contractante, doar în ceea ce privește puterea de reprezentare. De asemenea, contestatoarea a declarat că, începând cu 08.06.2015, Ovidiu Tender Lucian nu mai are calitate de asociat al SC ... SRL, cu toate că în Certificatul constatator emis la data de 07.09.2015, acesta apare ca asociat. Contestatoarea a mai prezentat extras din Sentința penală nr. 862/A/08.06.2015, din care rezultă faptele pentru care a fost condamnat asociatul Tender Ovidiu Lucian: săvârșirea infracțiunii de înșelăciune, săvârșirea infracțiunii de instigare la abuz în serviciu, săvârșirea infracțiunii de constituire a unui grup infracțional organizat, săvârșirea infracțiunii de spălare de bani.

Revenind asupra solicitării, întrucât din Certificatul constatator nr. 55564/07.09.2015 reiese doar că Dragoș Marian Dumitru, în calitate de administrator, are putere de reprezentare/administrare, precum și că Tender Ovidiu Lucian este asociat persoană fizică, autoritatea contractantă a cerut contestatoarei să clarifice dacă asociatul persoană fizică Tender Ovidiu Lucian are putere de decizie ori de control în cadrul SC ... SRL.

Contrar opiniei contestatoarei prezentat în răspunsul nr. 1090/27.10.2015, prin care subliniază calitatea de administrator al d-lui Dragoș Marian Dumitru, autoritatea contractantă apreciază că atributul administratorului nu este acela de decizie și control, ci de reprezentare, după cum reiese atât din actul constitutiv, cât și din cele declarate de ofertant, respectiv administratorul este împuternicit să „îndeplinească operațiunile de gestiune și reprezentare pe care le reclamă realizarea scopului societății”.

Mai mult, în conformitate cu dispozițiile art. 10 din actul constitutiv al SC ... SRL, potrivit căroră „Deținerea de părți sociale în calitate de asociați conferă acestora toate drepturile și obligațiile care le revin potrivit Legii nr. 31/1990”, coroborate cu cele ale art. 12 din același act, ce stabilesc drepturile și obligațiile exercitate de către asociați, asociații societății au drept de decizie și control.

Totodată, din Certificatul constatator nr. 55564/07.09.2015 rezultă că, în cadrul SC ... SRL, sunt asociați (i) SC Tender SA, cu o cotă de participare la beneficii și pierderi de 99,9971% și (ii) Tender Ovidiu Lucian cu o cotă de participare la beneficii și pierderi de 0,0029%.

În acest context, în conformitate cu dispozițiile art. 182 alin. (2) din OUG nr. 34/2006, autoritatea contractantă a solicitat informații la Oficiul Național al Registrului Comerțului, pentru SC ... SA, asociat persoană juridică în cadrul SC ... SRL.

Din informațiile furnizate de către Oficiul Național al Registrului Comerțului (adresa nr. 1816674/15.10.2015), rezultă că, în cadrul societății comerciale Tender SA, dl. Tender Ovidiu Lucian are calitatea de asociat cu o cotă de participare la beneficii și pierderi de 84,5505%.

Prin urmare, autoritatea contractantă apreciază ca neîntemeiate susținerile contestatoarei potrivit cărora dl. Tender Ovidiu Lucian nu poate avea putere de decizie sau control întrucât deține, în calitate de asociat, un număr de 10 părți sociale, reprezentând 0,0029% din capitalul social al SC ... SRL, cu atât mai mult cu cât acesta deține, în cadrul SC ... SA, 84,5505% din capitalul social.

În opinia autorității contractante, contestatoarea încearcă să minimalizeze rolul d-lui Tender Ovidiu Lucian în cadrul SC ... SRL, făcând referire doar la cota de participare a acestuia de 0,0029% și omite să declare că acesta are calitate de asociat în cadrul SC ... SA cu o cotă de participare de 84,5505%.

De asemenea, autoritatea contractantă precizează că prevederile art. 73 din Legea nr. 31/1990 privind societățile comerciale, la care face referire contestatoarea nu statuează „limitele răspunderii asociaților față de societate”, ci prevăd răspunderea administratorilor față de societate și implicit răspunderea față de asociații societății.

Mai mult, autoritatea contractantă menționează că dispozițiile art. 72 din Legea nr. 31/1990 dispun faptul că „obligațiile și răspunderea administratorilor sunt reglementate de dispozițiile referitoare la mandat și de cele special prevăzute în această lege”. Din norma legală citată, rezultă că raporturile dintre administrator și societate (asociați) sunt raporturi de mandat, având deci natură contractuală, ceea ce înseamnă că administratorul are doar putere de reprezentare în baza mandatului, iar puterea de decizie și control aparține, exclusiv, asociaților societății.

Adunarea asociaților este organul de deliberare și decizie al societății cu răspundere limitată. Ea exprimă voința socială și, în consecință, decide în toate problemele esențiale ale activității societății prin adoptarea de hotărâri în adunarea generală a asociaților, iar în conformitate cu art. 73 alin. (1) lit. d) administratorul este răspunzător pentru exacta îndeplinire a hotărârilor adunării generale.

În concluzie, autoritatea contractantă susține că organul de deliberare și decizie al societății cu răspundere limitată este adunarea generală a asociaților (AGA), astfel asociații participă la deliberări și luarea deciziilor privind toate problemele esențiale ale societății, iar administratorul este numit de adunarea generală a asociaților și își îndeplinește atribuțiile în limita mandatului dat de către aceștia prin actul constitutiv al societății.

În referire la afirmațiile contestatoarei privind suspendarea calității de asociat ca urmare a condamnării d-lui Tender Ovidiu Lucian, prin Sentința Penală nr. 862/A/08.06.2015, nu au, în opinia autorității contractante, nicio relevanță în prezenta speță. Condiția ce se regăsește la art. 180 și art. 182 din OUG 34/2006 impune ca persoanele respective să nu fi fost condamnate, în ultimii 5 ani, printr-o hotărâre definitivă a vreunei instanțe judecătorești. Or, esențial este faptul că asociatul

Tender Ovidiu Lucian a fost condamnat prin hotărâre definitivă a unei instanțe judecătorești, în ultimii 5 ani, pentru săvârșirea infracțiunii de înșelăciune, săvârșirea infracțiunii de instigare la abuz în serviciu, săvârșirea infracțiunii de constituire a unui grup infracțional organizat, săvârșirea infracțiunii de spălare de bani.

Contrar opiniei contestatoarei, autoritatea contractantă indică faptul că norma legală ce prevede că dispozițiile art. 180 din ordonanță se aplică și directorilor ori persoanelor cu putere de reprezentare și control în cadrul ofertantului este chiar cea precizată la art. 182 alin. (2) din OUG nr. 34/2006.

De asemenea, autoritatea contractantă susține că afirmațiile contestatoarei potrivit cărora „condamnarea unei asemenea persoane atrage pentru aceasta incompatibilități și interdicții, care nu se pot extinde la persoana juridică” sunt contrare prevederilor art. 180 coroborate cu cele ale art. 182 alin. (2) din ordonanța de urgență.

În consecință, autoritatea contractantă apreciază că a evaluat toate ofertele cu respectarea prevederilor OUG nr. 34/2006 și ale HG nr. 925/2006.

Totodată, autoritatea contractantă precizează că, pe întreaga perioadă a derulării procedurii, a respectat scopul și principiile prevăzute la art. 2 din OUG nr. 34/2006, respectiv promovarea concurenței între operatorii economici, garantarea tratamentului egal și nediscriminarea operatorilor economici, asigurarea transparenței și integrității procesului de achiziție publică, asigurarea utilizării eficiente a fondurilor publice.

Ca urmare a studierii dosarului cauzei, prin adresa nr. 1280/24.11.2015, înregistrată la CNSC sub nr. 22898/25.11.2015, SC ... SRL a transmis Consiliului concluzii scrise, prin care solicită admiterea contestației așa cum a fost formulată.

Invocarea de către autoritatea contractantă a prevederilor art. 182 alin. (2) teza a II a din OUG nr. 34/2006, în susținerea argumentului de respingere a ofertei, potrivit cărora, cazurile menționate la art. 180 s-ar aplica în conformitate cu legislația statului în care sunt stabiliți ofertanții și la directorii de companii sau la orice persoană cu putere de reprezentare, de decizie, de control, este, în opinia contestatoarei, total neaplicabilă, în acest caz, având în vedere că art. 180 se referă la excluderea unui ofertant/candidat condamnat, respectiv la răspunderea penală a persoanei juridice și/sau la directorii de companii sau la orice persoană cu putere de reprezentare, de decizie, de control. Or, asociatul Tender Ovidiu Lucian deține doar 0,0029% din capitalul social, fiindu-i suspendate de drept toate drepturile ce rezultă din calitatea asociat la momentul depunerii ofertelor inclusiv cele privind SC ... SA.

De altfel, contestatoarea arată că dispozițiile legale privind faza de executare, de maximă importanță a procesului penal român, sunt reglementate de legiuitor în Titlul V din Partea specială a Codului de procedură penală român, intitulat „Executarea hotărârilor penale” (art. 550 – art. 582).

Faza de executare a hotărârii penale reglementează astfel toate acele dispoziții procedurale penale care consacră modalitățile efective

prin care se aduce la îndeplinire o hotărâre penală, indiferent dacă aceasta stabilește pedepse privative de libertate, amenzi penale, măsuri de siguranță, cheltuieli judiciare, sancțiuni civile etc. cu toate implicațiile legale ce derivă.

Faza executării hotărârii trebuie să fie caracterizată și de respectarea altor reguli:

- oficialitatea - presupune faptul că actele de executare a unei hotărâri definitive se îndeplinesc din oficiu, fără să fie condiționate de vreo altă manifestare de voință din partea inculpatului sau a părții vătămate; organele jurisdicționale implicate în procesul de executare a unei hotărâri penale definitive trebuie să fie active, să își dea „concursul” și să urmărească prin mijloace procedurale finalizarea raportului de constrângere, prin aplicarea pedepsei legale de urgență și cu precădere;

- obligativitatea - se referă la faptul că cele cuprinse într-o hotărâre penală definitivă trebuie aduse la îndeplinire în mod obligatoriu de instanța de executare;

- executabilitatea - derivă din împrejurarea că, odată ce s-a pronunțat o sancțiune penală cu caracter definitiv, aceasta trebuie adusă la îndeplinire, fiind practic expresia autorității de lucru judecat - res iudicata;

- caracterul jurisdicțional - se referă la faptul că desfășurarea întregii activități de punere în executare a unei hotărâri judecătorești este condusă și se află sub imperiul autorității de care se bucură instanța de executare prin reprezentantul său - judecătorul delegat cu executarea;

- caracterul neîntrerupt - activitatea de punere în executare a unei hotărâri penale definitive se caracterizează prin continuitate, adică prin aplicarea constantă și neîntreruptă până la epuizarea sancțiunilor și deplina realizare a dispozitivului hotărârii.

De asemenea, contestatoarea arată că legiuitorul a prevăzut, pentru punerea în executare a hotărârii penale definitive în condiții de maximă operativitate, că, în ipoteza în care hotărârea rămâne definitivă în fața instanței ierarhic superioare (instanța de apel sau instanța de recurs), aceasta are obligația de a trimite de îndată (în ziua pronunțării hotărârii) un extras al hotărârii care să conțină toate datele necesare pentru punerea în executare. În aceste condiții (în special în situațiile în care hotărârea penală definitivă aplică o pedeapsă privativă de libertate), se înlătură orice riscuri ce ar putea rezulta din întârzierea executării dispozițiilor hotărârii penale definitive.

Instanța de executare are atribuții, ca organ jurisdicțional special, de a iniția procedura de executare a hotărârii penale definitive cu privire la care are competență legală, respectiv de a dispune punerea în executare a dispozitivului acesteia, cu toate măsurile legale pe care le impune executarea hotărârii penale. Executarea hotărârii penale definitive se realizează de către un judecător delegat cu executarea, care dispune executarea și luarea tuturor măsurilor necesare pentru aducerea la îndeplinire a ordinului de executare.

Astfel, invocând dispozițiile art. 551, art. 553, art. 555, art. 562 și art. 573 din Codul de procedură penală, contestatoarea susține că atât pedeapsa privativă de libertate, cât și cele complementare au fost puse de îndată în executare de către judecătorul delegat responsabil cu executarea, care are obligația de a supraveghea respectarea executării lor.

Drept urmare, la momentul depunerii ofertelor, fiind pusă în executare hotărârea penală (Sentința penală nr. 2858/16.12.2014 a Tribunalului București, rămasă definitivă prin Decizia penală nr. 862A din data de 08.06.2015 a Curții de Apel București), este evident faptul că dl Tender Ovidiu Lucian nu mai putea exercita niciun drept dat de calitatea de asociat în niciuna din cele două societăți.

Mai mult, contestatoarea precizează că domnului Tender Ovidiu Lucian nu i-au fost confiscate părțile sociale deținute la cele două societăți prin hotărârea penală, ci i-a fost interzisă exercitarea calității de asociat.

De altfel, dacă prin hotărârea penală dată de instanța de judecată nu i s-ar fi interzis domnului Tender Ovidiu Lucian dreptul de exercitare a calității de asociat, atunci autoritatea contractantă era îndreptățită să spună că acesta deține în continuare dreptul de decizie sau control.

Pentru clarificarea situației și pentru a avea certitudinea punerii în executare a pedepselor complementare, contestatoarea apreciază că autoritatea contractantă ar trebui să se adreseze instanței de executare, organ responsabil cu punerea în executare a hotărârii penale, precum și cu supravegherea respectării ei.

În opinia contestatoarei, autoritatea contractantă confundă aceste două acțiuni, ce puteau fi dispuse de instanța de judecată, bazându-se pe faptul că dl Tender Ovidiu Lucian apare, în continuare, ca asociat în certificatul constatator, iar la rubrica „Condamnare penală a firmei” este specificat „Nu exista înregistrări”.

Mai mult, așa cum reiese chiar din certificatul constatator al SC ... SA, încă din data de 15.05.2015, societatea este administrată de către un administrator judiciar. De asemenea, SC ... SA este o societate pe acțiuni la purtător, astfel că nu se poate concluziona că persoana fizică Tender Ovidiu Lucian este acționar la SC ... SA.

În concluzie, contestatoarea susține că, în mod cert, dl Tender Ovidiu Lucian nu mai avea nicio putere de reprezentare, decizie sau control la momentul depunerii ofertelor.

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

Pentru încheierea acordului-cadru având ca obiect „Întreținere pe timp de iarnă 2015-2016, DRDP ... – SDN ...”, coduri CPV 90620000-9 – *Servicii de dezăpezire (Rev.2)*, 44113910-7 – *Materiale de întreținere rutieră de iarnă (Rev.2)*, (în calitate de autoritate contractantă) a inițiat procedura, licitație deschisă cu etapă finală de licitație electronică, prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr. ... din ..., la care a atașat documentația de atribuire.

Ofertele depuse în aplicarea acestei proceduri au fost deschise în cadrul ședinței desfășurate în acest scop, ocazie cu care a fost încheiat procesul-verbal nr. 111/2249 din 06.10.2015.

Comisia de evaluare și-a finalizat activitatea prin întocmirea raportului procedurii nr. 111/2688 din 06.11.2015.

Decizia privind rezultatul aplicării procedurii i-a fost comunicată SC ... SRL prin adresa nr. 111/2702 din 06.11.2015, respectiv faptul că oferta acestei societăți a fost respinsă ca inacceptabilă, conform art. 36 alin. (1) lit. b) din HG nr. 925/2006, deoarece nu este îndeplinită cerința de calificare privind experiența similară, pentru care a fost invocată susținerea acordată de terțul SC ... SRL, care se află în situația reglementată la art. 180 coroborat cu art. 182 alin. (2) din OUG nr. 34/2006 și care determină excluderea din procedura de achiziție publică.

Nemulțumită de rezultatul procedurii (ce i-a fost comunicat prin adresa nr. 1177/06.11.2015), SC ... SRL a înaintat Consiliului contestația de față (însoțită de garanția de bună conduită în valoare de 97.060,99 lei), solicitând Consiliului

În ceea ce privește cererea de suspendare a procedurii, Consiliul a constatat că solicitarea contestatoarei este neîntemeiată și, având în vedere prevederile art. 256³ alin. (3) și (4) din OUG nr. 34/2006, modificată prin OUG nr. 76/2010, a respins-o ca nefondată (Decizia nr. ...S/.../... din ...).

Analizând dosarul cauzei, Consiliul reține că în dovedirea îndeplinirii cerinței de calificare privind experiența similară, ofertanta SC ... SRL a invocat susținerea acordată de SC ... SRL, prezentând (conform art. 190 alin. 2 din OUG nr. 34/2006) angajamentul ferm al persoanei juridice susținătoare și acte privind această societate în dovedirea faptului că nu se află în situația care determină excluderea din procedura de atribuire, conform prevederilor [art. 180](#) și ale art. 181 [lit. a\)](#), [c¹\)](#) și [d\)](#) din OUG nr. 34/2006.

În urma clarificărilor succesive, solicitate de autoritatea contractantă ofertantei SC ... SRL, au rezultat următoarele informații:

- terțul susținător SC ... SRL are ca asociat persoană juridică SC ... SA (cotă de participare la beneficii și pierderi 99.9971%) și ca asociat persoană fizică pe dl. Tender Ovidiu Lucian (cotă de participare la beneficii și pierderi 0.0029%);

- dl. Tender Ovidiu Lucian a fost condamnat penal, prin decizia penală nr. 862/A/08.06.2015, pronunțată de Curtea de Apel București, la 12 ani și 7 luni închisoare și interzicerea unor drepturi, printre care și acela de a fi asociat, acționar, administrator într-o societate pe durata executării pedepsei închisorii și 5 ani după executarea pedepsei principale, pentru săvârșirea infracțiunilor de înșelăciune, instigare la abuz în serviciu, constituire a unui grup infracțional organizat, spălare de bani;

- de la data de 08.06.2015, dl. Tender Ovidiu Lucian nu mai are dreptul de a deține calitatea de asociat sau acționar într-o societate pe durata executării pedepsei închisorii (12 ani și 7 luni) și 5 ani după executarea pedepsei principale.

Din adresa nr. 1816674 din 15.10.2015, emisă de Oficiul Național al Registrului Comerțului, depusă la dosar de către autoritatea contractantă, rezultă că, în cadrul SC ... SA, dl. Tender Ovidiu Lucian deține calitatea de acționar persoană fizică cu o cotă de participare la beneficii și pierderi de 84.5505%.

Potrivit art. 180 din OUG nr. 34/2006, „Autoritatea contractantă are obligația de a exclude din procedura aplicată pentru atribuirea contractului de achiziție publică orice ofertant/candidat despre care are cunoștință că, în ultimii 5 ani, a fost condamnat prin hotărârea definitivă a unei instanțe judecătorești, pentru participare la activități ale unei organizații criminale, pentru corupție, pentru fraudă și/sau pentru spălare de bani.”

Dispozițiile art. 182 din ordonanța de urgență, stabilesc următoarele:

„(1) Autoritatea contractantă are obligația de a accepta ca fiind suficient și relevant pentru demonstrarea faptului că ofertantul/candidatul nu se încadrează în una dintre situațiile prevăzute la [art. 180](#) și [181](#) orice document considerat edificator, din acest punct de vedere, în țara de origine sau în țara în care ofertantul/candidatul este stabilit, cum ar fi certificate, caziere judiciare sau alte documente echivalente emise de autorități competente din țara respectivă.

(2) În cazul în care există incertitudini în ceea ce privește situația personală a respectivilor candidați/ofertanți, autoritatea contractantă are dreptul de a solicita în mod direct informații de la autoritățile competente care emit documente de natura celor prevăzute la alin. (1). În ceea ce privește cazurile menționate la [art. 180](#), în conformitate cu legislația internă a statului în care sunt stabiliți candidații sau ofertanții, aceste solicitări se referă la persoane fizice și persoane juridice, inclusiv, după caz, la directori de companii sau la orice persoană cu putere de reprezentare, de decizie ori de control în ceea ce privește candidatul sau ofertantul.”

Având în vedere că, potrivit art. 190 alin. (2) din OUG nr. 34/2006, persoana a cărei susținere este invocată în îndeplinirea de către un ofertant a cerințelor de calificare nu trebuie să se afle în situația care determină excluderea din procedura de atribuire, conform prevederilor [art. 180](#) și ale art. 181 [lit. a\)](#), [c¹\)](#) și [d\)](#), Consiliul stabilește că în mod corect autoritatea contractantă a făcut verificări cu privire la terțul susținător SC ... SRL.

Din informațiile prezentate, rezultă că această societate are ca asociat persoană fizică pe dl. Tender Ovidiu Lucian și ca asociat persoană juridică SC ... SA, în cadrul acestei din urmă societăți, dl. Tender Ovidiu Lucian având calitatea de acționar persoană fizică. De asemenea, așa cum rezultă din actele depuse, dl. Tender Ovidiu Lucian a fost condamnat, în data de 08.06.2015, pentru săvârșirea infracțiunilor de înșelăciune, instigare la abuz în serviciu, constituire a unui grup infracțional organizat, spălare de bani.

Având în vedere că textul art. 182 alin. (2) din OUG nr. 34/2006, stabilește că verificările autorității contractante se pot referi la persoane

fizice și persoane juridice, inclusiv, după caz, la directori de companii sau la orice persoană cu putere de reprezentare, de decizie ori de control în ceea ce privește candidatul sau ofertantul, Consiliul reține, din actul constitutiv al SC ... SRL (art. 10), că deținerea de părți sociale în calitate de asociați conferă acestora toate drepturile și obligațiile care le revin potrivit Legii nr. 31/1990, art. 191 și următoarele.

Rezultă, din clauzele art. 12 „Adunarea generală a asociaților” al actului constitutiv al SC ... SRL și din reglementările Legii nr. 31/1990 privind societățile cu răspundere limitată, că asociații sunt persoanele cu atribuții de decizie în cadrul societății, conform art. 72 din Legea nr. 31/1990, obligațiile și răspunderea administratorilor fiind reglementate de dispozițiile referitoare la mandat și de cele special prevăzute în această lege.

În consecință, pentru stabilirea incidenței în speță a situației reglementate la art. 180 din OUG nr. 34/2006, autoritatea contractantă, în mod corect, a solicitat informații cu privire la dl. Tender Ovidiu Lucian, asociat persoană fizică în cadrul SC ... SRL, persoană cu putere de decizie, conform celor evocate mai înainte.

Coroborând toate cele expuse mai sus, Consiliul stabilește că, dată fiind condamnarea, în data de 08.06.2015, a dlui Tender Ovidiu Lucian, pentru săvârșirea infracțiunilor de înșelăciune, instigare la abuz în serviciu, constituire a unui grup infracțional organizat, spălare de bani, în cauză devin incidente dispozițiile coroborate ale art. 180, art. 182 alin. (2) și art. 190 alin. (2) din OUG nr. 34/2006, astfel încât, în mod corect, autoritatea contractantă a decis că în cauza nu poate fi acceptată susținerea acordată de SC ... SRL pentru dovedirea îndeplinirii cerinței de calificare vizând experiența similară de către ofertanta SC ... SRL, drept urmare aceasta fiind respinsă pentru neîndeplinirea acestei cerințe de calificare, conform art. 36 alin. (1) lit. b) din HG nr. 925/2006.

Consiliul nu va reține în beneficiul acesteia, susținerile contestatoarei potrivit căroră, dat fiind că la data depunerii ofertei (06.10.2015) dl Tender Ovidiu Lucian nu mai deținea calitatea de asociat în cadrul SC ... SRL, nu se poate face aplicarea legală a dispozițiilor art. 180 din OUG nr. 34/2006, societatea terță susținătoare neavând nicio legătură la acea dată cu fostul său asociat. Motivul pentru care Consiliul opinează aceasta rezidă din chiar textul art. 180 din ordonața de urgență, care condiționează exercitarea obligației de către autoritatea contractantă de faptul că ofertantul (terțul susținător), în ultimii 5 ani, a fost condamnat prin hotărârea definitivă a unei instanțe judecătorești, pentru participare la activități ale unei organizații criminale, pentru corupție, pentru fraudă și/sau pentru spălare de bani. Așadar, din interpretarea coroborată a art. 180, art. 182 alin. (2) și art. 190 alin. (2) din OUG nr. 34/2006, rezultă că dacă în ultimii 5 ani, persoana fizică, persoana juridică, inclusiv, după caz, directori de companii sau orice persoană cu putere de reprezentare, de decizie ori de control în ceea ce privește ofertantul, a suferit o condamnare din cele arătate în textul de lege, condiția este suficientă pentru ca excluderea din procedura de atribuire să opereze.

De asemenea, Consiliul retine ca dl Tender Ovidiu Lucian detinea o influenta dominanta, prin intermediul SC ... SA, ce asigura puterea de control asupra SC ... SRL.

Luând în considerare aspectele de fapt și de drept evocate, în baza art. 278 alin. (5) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul urmează să respingă ca nefondată contestația depusă de SC ... SRL.

În baza art. 278 alin. (6) din ordonanța de urgență, Consiliul va dispune continuarea procedurii de achiziție publică.

La punerea în aplicare a dispozițiilor din prezenta decizie, părțile vor avea în vedere că este obligatorie, dar și că pot formula plângere împotriva ei, în conformitate cu dispozițiile art. 280 alin. (3) și art. 281 din OUG nr. 34/2006.

PREȘEDINTE COMPLET

...

MEMBRU COMPLET

...

...

MEMBRU COMPLET

...