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, +4 021 8900745 www.cnsc.ro

În conformitate cu prevederile art. 14 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 cu modificările și completările ulterioare, Consiliul adoptă următoarea:

DECIZIE

Nr. ...../...../.....
Data: .....

Prin contestația înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. ....., depusă de SC ..... SRL, cu sediul în ....., Jud. ....., înregistrată la Registrul Comerțului Bacău sub nr. ....., având CUI RO ....., reprezentată prin administrator ....., și convențional prin ....., biroul ....., împotriva rezultatului procedurii de atribuire comunicat prin adresa nr. ..... emis de ....., cu sediul în ....., ..., Jud. ..... în calitate de autoritate contractantă, în vederea atribuirii contractului de achiziție publică, având ca obiect..... s-a solicitat:

- ..... comunicat prin adresa nr. 2704/13.12....., a actelor care stau la baza acestuia și a eventualelor acte subsecvente acestuia;
- obligarea autorității contractante să procedeze la reevaluarea ofertelor cu respectarea prevederilor documentației de atribuire și a actelor normative în vigoare, să reia procedura de atribuire și să stabilească oferta câștigătoare;
- obligarea autorității contractante la plata cheltuielilor de judecată, depunând în acest sens prin adresa înregistrată sub nr. ..... la CNSC, factura seria SCA, nr..... și factura seria SCA, nr. .....

În luarea deciziei, **CONSILIUL**, legal investit, a avut în vedere următoarele:

Contestatorul susține că:

1) În conformitate cu prevederile II.1.5 din fișa de date a achiziției, contractul ce urmează să fie atribuit are ca obiect:

„Elaborare proiect tehnic și execuție lucrări:

- demolare pod existent

- realizarea unui pod nou peste Târnava Mare pe DJ 137, km 12+260, satul Porumbenii Mari, Comuna Porumbeni cu o singură deschidere de 38 m realizată cu grinzi prefabricate precomprimate, din beton armat solidarizate printr-o placă la nivelul tălpii superioare, un beton de pantă";

2) De asemenea, potrivit art. III.2.1.b) din fișa de date a achiziției:

„Conform art. 173 alin. (1) din Legea nr. 98/2016 operatorii economici care depun ofertă trebuie să dovedească o formă de înregistrare emisă în țara de rezidență, din care să reiasă că operatorul economic este legal constituit, că nu se află în niciuna dintre situațiile de anulare a constituirii precum și faptul că are capacitatea profesională de a realiza activitățile care fac obiectul contractului. (...)

Documentele justificative care probează îndeplinirea celor asumate prin completarea DUAE, și care urmează să fie prezentate, la solicitarea autorității contractante doar de către ofertantul clasat pe locul I în clasamentul întocmit la finalizarea evaluării ofertelor, sunt:

- pentru persoanele juridice române: Certificat constatator emis de Oficiul National Registrului Comerțului de pe lângă Tribunalul Teritorial, din care să rezulte domeniul de activitate principal/ secundar, codurile CAEN aferente acestora, nume complet, sediu, persoanele autorizate/ administratori".

3) Pentru a verifica îndeplinirea acestei condiții de calificare, autoritatea contractantă a obținut de la Registrul Comerțului raportul de interogare extins nr. 2070752 din care a constatat că contestatorul nu are autorizat în conformitate cu prevederile Legii nr. 359/2004 codul CAEN 4213 - Construcția de poduri și tuneluri.

4) Autoritatea contractantă a considerat că sunt aplicabile prevederile art. 137 alin. (2) lit. b) din HG nr. 395/2016, motiv pentru care în temeiul art. 137 alin. (1) din același act normativ a dispus respingerea ofertei contestatorului ca inacceptabilă.

Documentația de atribuire prevede că dovada îndeplinirii cerinței de la pct. III.2.1.b) din fișa de date a achiziției se face cu certificatul de Registrul Comerțului din care să rezulte domeniul de activitate principal/ secundar, precum și codurile CAEN aferente acestora, nicidecum faptul că acestea să fie autorizate în conformitate cu prevederile Legii nr. 359/2004.

5) Documentația de atribuire arată deosebit de clar că dovada îndeplinirii cerinței de la pct. III.2.1.b) din fișa de date a achiziției se face cu certificatul de Registrul Comerțului din care să rezulte domeniul de activitate principal/ secundar, precum și codurile CAEN aferente acestora, nicidecum faptul că acestea să fie autorizate în conformitate cu prevederile Legii nr. 359/2004.

6) Din raportul de interogare extins nr. 2070752 obținut de autoritatea contractantă de la Registrul Comerțului rezultă că SC ..... SRL deține codul CAEN 4213 „Construcția de poduri și tuneluri" ca activitate secundară.

În acest sens, Contestatorul atașează raportul de interogare extins nr. 2165774, precum și actul constitutiv, din care rezultă că deține ca obiect de activitate codul anterior menționat.

7) Potrivit art. 5 alin. (1) din Legea nr. 359/2004: „*Prin autorizarea funcționării, în sensul prezentei legi, se înțelege asumarea de către solicitant a responsabilității privitoare la legalitatea desfășurării activităților declarate*".

8) „*Autorizarea*" prevăzută de Legea nr. 359/2004 reprezintă doar o formalitate necesară înainte de derularea efectivă a activității, iar aceasta se obține automat după depunerea de către societate a declarației - tip corespunzătoare (declarația model 3).

9) Potrivit art. 15 alin. (1) din Legea nr. 359/2004, această formalitate se îndeplinește prin simpla depunere a unei declarații - tip pe propria răspundere din care să rezulte că: „*persoana juridică îndeplinește condițiile de funcționare prevăzute de legislația specifică în domeniul prevenirii și stingerii incendiilor (P.S.I.), sanitar, sanitar-veterinar, protecției mediului și protecției muncii, pentru activitățile precizate în declarația-tip*".

10) Contestatorul consideră că această autorizare nu reprezintă decât o simplă formalitate ce se îndeplinește prin simpla semnare a unei declarații - tip din partea reprezentantului persoanei juridice în cauză și, nicidecum o confirmare din partea autorităților în sensul că persona juridică îndeplinește condițiile menționate.

11) Mai mult decât atât, această „*autorizare*" este necesară doar în cazul în care activitatea respectivă este efectiv prestată. Contestatorul susține că ar avea nevoie de această autorizare doar în ipoteza în care va fi declarat câștigător, înainte având doar obligația legală de a depune la Registrul Comerțului această declarație - tip care se aprobă în maxim 3 zile lucrătoare (declarația model 3).

12) Fiind doar o formalitate care poate fi îndeplinită oricând, nu există niciun impediment pentru a se considera că contestatorul nu are capacitatea necesară pentru realizarea obiectului de activitate al contractului ce urmează a fi atribuit.

13) Contestatorul, în susținerea celor menționate anterior invocă jurisprudența CNSC.

Prin adresa nr. 55569/.....-...../29.12....., Consiliul solicită autorității contractante transmiterea dosarului achiziției și oferta SC ..... SRL, dovada respectării prevederilor art. 16 alin. (2) și art. 6 alin. (4) din Legea nr. 101/2016 iar, în situația în care a adoptat vreo măsură de remediere după primirea contestației, transmiterea dovezii respectării prevederile art. 9 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

Autoritatea contractantă răspunde solicitării și, prin adresa nr. ....., înregistrată la CNSC cu nr. ..... transmite punctul de vedere față de contestație împreună cu documentele solicitate, solicitând Consiliului respingerea contestației ca nefondată.

Astfel, autoritatea contractantă prin procesul de evaluare, nr. ..... comunică contestatorului rezultatul evaluării DUAE.

A. Referitor la motivele invocate de contestator la Paragraful 1, autoritatea contractantă susține că:

- Prevederile fișei de date 11.1.5) descrierea succintă a contractului sau a achiziției/ achizițiilor:

„Elaborare proiect tehnic și execuție lucrări:

- *demolare pod existent*
- *realizarea unui pod nou peste Târnava Mare pe DJ 137, km 12+260, satul Porumbenii Mari, comuna Porumbeni*"

Prevederile fișei de date, la punctul III.2.1.b) Capacitatea de exercitare a activității profesionale „Conform art. 173 alin. (1) din Legea 98/2016 operatorii economici care depun ofertă trebuie să dovedească o formă de înregistrare în condițiile legii din țara de rezidență, din care să reiasă că operatorul economic este legal constituit, că nu se află în niciuna dintre situațiile de anulare a constituirii precum și faptul că are capacitatea profesională de a realiza activitățile care fac obiectul contractului, care trebuie să rezulte din certificatul constatator emis de ONRC, valabil la depunerea ofertelor. Cerința se aplică inclusiv pentru subcontractanți și/sau terți susținători care completează informațiile aferente situației lor la nivelul unui DUAE distinct". Documentele justificative care probează îndeplinirea solicitării, pentru persoanele juridice române: „Certificat constatator emis de Oficiul National Registrului Comerțului de pe lângă Tribunalul Teritorial, din care să rezulte domeniul de activitate principal/ secundar, codurile CAEN aferente acestora, nume complet, sediu, persoanele autorizate/administratori; documentele originale însoțite de traducere în limba româna vor fi scanate și semnate cu semnătură electronică extinsă, vor fi transmise prin SEAP". Documentul „Furnizare informații

extinse nr. 2070752” emis de ONRC pentru SC ..... SRL, consultat și descărcat de pe site-ul www.onrc.ro, secțiunea RECOM on-line, la care autoritatea contractantă are acces, din care rezultă faptul că SC ..... SRL nu are autorizat codul CAEN: 4213 - Construcția de poduri și tuneluri, conform art. 15 din Legea nr. 359/2004. Autoritatea contractantă menționează faptul că acest cod CAEN „4213 - Construcția de poduri și tuneluri” reprezintă activitatea care face obiectul contractului, pe care și-o asumă:

„4213- Construcția de poduri și tuneluri

Această clasă include:

- *construcția de poduri, inclusiv a celor pentru autostrăzi suspendate*
- *construcția de tuneluri*

Această clasă exclude:

- *instalarea stâlpilor și echipamentelor pentru iluminat și a semnalelor electrice, vezi 4321*
- *activități de arhitectură și de inginerie, vezi 711*
- *servicii de management al proiectelor pentru construcții, vezi 711”* (sursa www.onrc.ro).

În data de 08.12..... în SEAP autoritatea contractantă a adresat, către contestator, la secțiunea întrebări o solicitare de clarificări, în cadrul întrebării nr. 1 prin care s-a solicitat, cu termen de răspuns în data de 11.12....., să se clarifice existența sau inexistența autorizației pentru cod CAEN 4213 - Construcția de poduri și tuneluri.

În răspunsul transmis de contestator, în SEAP, în termenul legal, a comunicat faptul că lucrările de construcția podului, care face obiectul prezentului contract, nu necesită autorizări suplimentare față de cele pe care contestatorul le deține în cadrul autorizării codului CAEN 4211 - Lucrări de construcții a drumurilor și autostrăzilor.

Referitor la cele declarate de contestator, în cadrul adresei de comunicare nr. 2704/13.12....., în conformitate cu nomenclatorul CAEN codul 4211 (pentru care contestatorul are autorizație) cuprinde:

„4211 - Lucrări de construcții a drumurilor și autostrăzilor

Această clasă include:

- *construcția de autostrăzi, străzi, drumuri și alte căi de acces pentru vehicule și pietoni*
- *lucrări de suprafață pe străzi, drumuri, autostrăzi, poduri sau tuneluri:*
- *asfaltarea drumurilor*
- *lucrări de marcare a drumurilor și alte marcaje*
- *instalarea de grilaje de protecție, indicatoare de circulație și alte dispozitive similare*
- *construcția pistelor de aerodrom*

Această clasă exclude:

- *instalarea iluminatului stradal și a semnelor electrice, vezi 4321*
- *activități de arhitectură și de inginerie, vezi 711*
- *servicii de management al proiectelor pentru construcții, vezi 711"* (sursa www.onrc.ro)

Din descrierea activităților pe care codul CEAN 4211 le conține, autoritatea contractantă susține că acest cod include doar „*lucrări de suprafață pe străzi, drumuri, autostrăzi, poduri sau tuneluri*", lucrări care reprezintă doar o parte minimă din obiectul contractului, din construirea unui pod nou.

Autoritatea contractantă subliniază faptul că în nomenclatorul CAEN există un cod separat pentru construirea de poduri, și anume codul 4213 - Construcția de poduri și tuneluri, codul care include obiectul principal al prezentei achiziții, așa cum reiese din descrierea mai sus prezentată.

Autoritatea contractantă susține că atâta timp cât în nomenclatorul CAEN există cod separat pentru activitatea care face obiectul prezentei achiziții, fiecare ofertant are obligația de a deține autorizație pentru codul respectiv, în conformitate cu prevederile art. 15 din Legea nr. 359/2004.

În urma acestor aspecte autoritatea contractantă în conformitate cu prevederile HG nr. 395/20016, art. 137 alin. (2), în condițiile art. 215 alin. (4), oferta depusă de contestator a fost declarată inacceptabila.

B. Referitor la motivele invocate de contestator la paragraful 2, de la pct. 5 până la pct. 7, autoritatea contractantă susține că cerința de la punctul amintit se referă la „*Capacitatea de exercitare a activității profesionale*", pe care orice ofertant trebuie să o aibă în momentul depunerii ofertelor. Singura metodă de demonstrare a capacității de exercitare a unei activități (cod CAEN) este deținerea autorizației emise în baza art. 15 din Legea nr. 359/2004. Această autorizare este primul act prin care o societate funcționează în condițiile prevederilor legale în vigoare cu privire la societățile comerciale, precum și cele referitoare la autorizarea funcționării (Legea nr. 359/2004) și poate presta servicii sau executa lucrări în mod licit pe piață conform art. 3 alin (1) lit. jj) din Legea nr. 98/2016.

În acest caz, autoritatea contractantă a trebuit să verifice și dacă ofertanții pot presta serviciile sau pot executa lucrările ce fac obiectul acestei proceduri în condiții legale, având obligația de a verifica dacă ofertanții (operatori economici) au capacitate de folosință. Comisia de evaluare nu putea admite o societate, să participe sau eventual să

câștige o procedură, care nu are capacitate de exercitare a activității profesionale, deoarece acesta reprezintă un risc foarte mare că nu va putea executa în bune condiții contractul.

Autoritatea contractantă, are obligația de a cerceta toate aspectele care rezultă dintr-un document pe care l-au depus ofertanții sau un document la care autoritatea contractantă are acces, reoferindu-se la documentul descărcat de pe site-ul www.onrc.ro.

În opinia autorității contractante, faptul că un cod CAEN se regăsește în lista activităților secundare ale unei societăți comerciale, nu este egal cu faptul că această societatea poate desfășura acea activitate în conformitate cu prevederile legale. Pentru desfășurarea unei activități, societatea trebuie să dețină o autorizație în conformitate cu prevederile art. 15 din Legea nr. 359/2004. Codurile CAEN pentru care contestatorul deține autorizație în conformitate cu prevederile Legii nr. 359/2004, sunt prezentate în certificatul constatator al societății la paginile 5-6, la secțiunea *„Activități autorizate conform art. 15 din Legea nr. 359/2004”*.

C. Referitor la motivele invocate de contestator la Punctul 2, de la pct. 8 până la pct. 12, în cadrul motivelor invocate de contestator, în cadrul punctelor de la 8 la 11, se regăsesc următoarele:

- autorizarea conform Legii nr. 359/2004 reprezintă doar o formalitate necesară înainte de derularea efectivă a activității și se obține automat pe baza unei declarații tip.
- autorizarea nu reprezintă o confirmare din partea autorităților, în sensul că persoana juridică îndeplinește condițiile menționate.
- autorizarea este necesară doar în cazul în care activitatea este efectiv prestată, iar în cazul în care societatea ar fi declarată câștigătoare, numai atunci ar avea obligația de a depune declarația - tip la Registrul Comerțului, care se aprobă în maxim 3 zile lucrătoare.

Referitor la cele invocate mai sus, autoritatea contractantă susține faptul că cerința de demonstrare a capacitării de exercitare a activității profesionale, în conformitate cu prevederile fișei de date, se face la momentul depunerii ofertelor. DUAE completat trebuie depus în mod obligatoriu la data depuneri ofertelor, în consecință dovedirea capacității de îndeplinire a criteriilor de calificare este aceeași, și anume data depunerii ofertelor. Având în vedere faptul că anunțul a fost publicat în SEAP în data de ..... și data limită de depunere a ofertelor era 23.11....., contestatorul avea la dispoziție 20 de zile calendaristice (14 zile lucrătoare) pentru depunerea declarației - tip (declarație Model 3) la Oficiul Național al Registrului Comerțului în raza căreia se află sediul acesteia, în vederea obținerii autorizației.

Inexistența declarației reprezintă neasumarea legalității desfășurării activității respective, la lipsa capacității de exercitare a activității, lucru

care înseamnă implicit lipsa capacității de exercitare a activității profesionale.

Potrivit autorității contractante la momentul depunerii ofertei orice ofertant trebuia să aibă îndeplinite criteriile de calificare, în caz contrar oferta este considerată inacceptabilă.

Punct 12: Contestatorul afirmă că nu există nici un impediment în obținerea autorizației și că nu există nici un impediment pentru a se considera că nu ar avea capacitatea necesară pentru realizarea obiectului de activitate al contractului.

Referitor la acest punct, așa cum a precizat la punctul anterior, autorizarea unei activități (Cod CAEN) are loc pe o declarație pe propria răspundere a administratorului societății sau după caz al asociatului sau al unei persoane împuternicite, iar neexistența ei reprezintă neasumarea legalității desfășurării activității respective, la lipsa capacității de exercitare a activității, lucru care înseamnă implicit lipsa capacității de exercitare a activității profesionale, la momentul depunerii ofertelor, așa cum a fost solicitat în documentația de atribuire.

D. Referitor la motivele invocate de contestator la Punctul 2, de la pct. 13 până la pct. 14, la spețele invocate de contestator, CONSILIUL JUDEȚEAN ..... are un precedent în acest sens, și anume în cadrul procedurii de achiziție publică având ca obiect „întreținerea curentă pe timp de iarnă pe drumurile județene din ....., pentru perioada .....-2019”, în cadrul căreia aceeași societate SC ..... SRL, a depus o contestație la CNSC, prin care a contestat, printre altele, acceptarea de către autoritatea contractantă a mai multor societăți comerciale care nu au deținut autorizație pentru Codul CAEN care făcea obiectul contractului respectiv, deși codul CAEN era inclus în activitățile secundare ale unei societăți. Potrivit autorității contractante, contestatorul nu a prezentat respectiva speță ca precedent în acest caz, deoarece el însuși se află acum în aceeași postură în care se aflau societățile a căror admisibilitatea le-a contestat și unde contestația sa a fost admisă.

Autoritatea contractantă prezintă o comparație a celor două proceduri, referitoare la cerințele din Fișa de date, decizia autorității contractante din prezenta procedură în conformitate cu Decizia CNSC, respectiv susținerile SC ..... SRL, din speța respectivă și cele afirmate în cadrul notificării depuse la prezenta procedură. Autoritatea contractantă consideră importantă comparația celor două spețe, deoarece contestația a fost depusă la o lună diferență, și în ambele este vorba de același contestator și aceeași autoritate contractantă, și același

obiect al contestație, adică lipsa autorizării codului CAEN conform Legii nr. 359/2004.

Având în vedere cele prezentate, autoritatea contractantă în baza prevederilor art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016 solicită respingerea contestației ca fiind nefondată, lipsită de interes, lipsită de obiect.

Prin adresa înregistrată la CNSC sub nr. 2069/16.01.2018 Contestatorul depune note scrise cu privire la punctul de vedere transmis de autoritate.

Contestatorul susține că autoritatea contractantă omite să indice faptul că decizia CNSC la care aceasta face trimitere s-a pronunțat în contextul în care ofertanții declarați câștigători nu dețineau licența pentru serviciile de salubritate Consiliul analizând această lipsă prin prisma criticii contestatorului privind verificarea superficială de către autoritate a capacității de exercitare a activității profesionale.

Contestatorul susține că a depus în data de 20.12..... declarația necesară (model 3) pentru autorizarea activității CAEN 4123 - Construcția de poduri și tuneluri (atașat certificatul constatator ONRC care dovedește aceasta).

Potrivit opiniei sale, susținerile din jurisprudența CNSC și din contestația depusă sunt întemeiate, și anume faptul că, potrivit prevederilor art. 15 din Legea nr. 359/2004 cererea de mențiune privind autorizarea unei activități se realizează foarte ușor prin depunerea unei declarații - tip pe propria răspundere.

Documentația de atribuire arată deosebit de clar că dovada îndeplinirii cerinței de la pct. III.2.1.b) din fișa de date a achiziției se face cu certificatul emis de Registrul Comerțului din care să rezulte domeniul de activitate principal/ secundar, precum și codurile CAEN aferente acestora, nicidecum faptul că acestea să fie autorizate în conformitate cu prevederile Legii nr. 359/2004.

Documentația de atribuire trebuie să fie clară și completă pentru ca orice operator economic să poată înțelege pe deplin conduita pe care trebuie să o adopte pentru a participa la o astfel de procedură, în conformitate cu principiile transparenței, tratamentului egal și asumării răspunderii, în caz contrar, orice neclaritate trebuie interpretată în defavoarea celui care a propus respectivele cerințe din documentația de atribuire, în acest caz, autoritatea contractantă.

Această consecință rezultă din principiul echității și al principiilor trasate de legislația achizițiilor publice, dar și din prevederile de principiu din dreptul comun, prevederile art. 1269 alin. (2) din Codul Civil: *„Stipulațiile înscrise în contractele de adeziune se interpretează împotriva celui care le-a propus*" .

Contestatarul susține că în conformitate cu art. 20 alin. (2) din HG nr. 395/2016 s-a bazat pe cerințele documentației de atribuire care arată că dovada îndeplinirii cerinței de la pct. III.2.1.b) din fișa de date a achiziției se face cu certificatul de la Registrul Comerțului din care să

rezulte domeniul de activitate principal/secundar, precum și codurile CAEN aferente acestora, nicidecum faptul că acestea să fie autorizate în conformitate cu prevederile Legii nr. 359/2004.

Din raportul de interogare extins nr. 2070752 obținut de autoritatea contractantă de la Registrul Comerțului rezultă că contestatorul deținea codul CAEN 4213 *„Construcția de poduri și tuneluri”* ca activitate secundară.

Contestatorul invocă jurisprudența suplimentară respectiv decizia civilă nr. 3297/10.06.2015, a Curții de Apel București, secția VIII-A, contencios administrativ.

Analizând susținerile și documentele depuse la dosarul cauzei, **CONSILIUL constată următoarele:**

...., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura de achiziție publică, în vederea atribuirii contractului de achiziție publică, având ca ..... de participare simplificat, într-o singură etapă, nr. ...../....., elaborând, în acest sens, documentația de atribuire aferentă. Conform anunțului de participare, criteriul de atribuire stabilit este ..... iar valoarea estimată a contractului este .....lei.

Contestatorul este nemulțumit de decizia autorității contractante, de respingere a ofertei sale ca inacceptabilă în faza de verificare a DUAE în temeiul art. 137 alin. (2) din HG nr. 395/2016, motivat de faptul că acesta nu are autorizat codul CAEN 4213, conform art. 15 din Legea nr. 359/2004, aspect comunicat prin adresa de comunicare a rezultatului parțial al procesului de evaluare nr. 2704/13.12..... (pag. 863 – 866 din dosarul achiziției, transmis de autoritatea contractantă la dosarul cauzei).

Procedând la analiza aspectelor invocate, Consiliul reține că, în cadrul documentației de atribuire, autoritatea contractantă a prevăzut, la cap III.2.1.b) Capacitatea de exercitare a activității profesionale din cadrul fișei de date a achiziției următoarea cerință minimă de calificare: *„Conform art. 173 aliniat (1) din Legea nr. 98/2016 operatorii economici care depun ofertă* ***trebuie să dovedească o formă de înregistrare*** *emisă în țara de rezidență,* ***din care să reiasă*** *că operatorul economic este legal constituit, că nu se afla în niciuna dintre situațiile de anulare a constituirii precum și faptul* ***că are capacitatea profesională de a realiza activitățile care fac obiectul contractului****”.*

Potrivit aceleiași fișe de date a achiziției, modalitatea de dovedire aferentă cerinței de mai sus a fost stabilită de către autoritatea contractantă astfel: *„Se va completa DUAE. În vederea demonstrării*

îndeplinirii criteriului de capacitate de exercitare a activității profesionale, de către ofertantul unic/ofertantul asociat și separat de subcontractanți/ terț susținător. Se solicită completarea DUAE cu informațiile aferente situației lor – la punctul Partea IV: Criterii de selecție litera A înscriere în Registrul Comerțului .

Documentele justificative care probează îndeplinirea celor asumate prin completarea DUAE, și care urmează să fie prezentate, la solicitarea autorității contractante doar de către ofertantul clasat pe locul I în clasamentul întocmit la finalizarea evaluării ofertelor, sunt:

- Pentru persoanele juridice române: Certificat constatator emis de Oficiul Național Registrului Comerțului de pe lângă Tribunalul Teritorial, din care să rezulte domeniul de activitate principal/ secundar, codurile CAEN aferente acestora, nume complet, sediu, persoanele autorizate/ administratori; documentele originale însoțite de traducere în limba româna vor fi scanate și semnate cu semnătură electronică extinsă, vor fi transmise prin SEAP (...)".

Din economia celor mai sus redate rezultă în mod clar că operatorii economici trebuiau să întreprindă anumite demersuri și să depună anumite documente/înscrisuri, care să probeze toate cerințele mai sus menționate.

În soluționarea contestației, Consiliul reține că potrivit prevederilor art. 123 din HG nr. 395/2016 operatorii economici au obligația de a elabora oferta [art. 3 lit. hh) din Legea nr. 98/2016 prevede că Oferta cuprinde propunerea financiară, propunerea tehnică, precum și alte documente stabilite prin documentația de atribuire] în conformitate cu prevederile documentației de atribuire.

Potrivit cerințelor din fișa de date a achiziției, operatorii economici participanți aveau obligația să declare prin completarea DUAE și ulterior să demonstreze prin prezentarea documentelor justificative, că au capacitatea profesională de a realiza activitățile care fac obiectul contractului.

Cerințele din fișa de date a achiziție cu privire la modalitatea de îndeplinire a cerințelor de calificare sunt obligatorii, și nu formale, înscrisurile elaborate de autoritatea contractantă nefiind contestate de către niciun operator economic interesat.

Mai mult, contestatorul nu a formulat obiecții cu privire la modalitatea de îndeplinire a cerinței de mai sus, prin urmare și-a însușit obligația de a demonstra că are capacitatea profesională de a realiza activitățile care fac obiectul contractului.

Procedând la analizarea declarațiilor DUAE depuse de asocierea SC ..... SRL – SC Luca Way SRL în prezenta procedură (pag. 1-36 din vol. 6 al dosarului cauzei), Consiliul reține că atât SC ..... SRL cât și asociatul său au SC Luca Way SRL au completat partea IV Criteriile de selecție, paragraful A: Capacitatea de a corespunde cerințelor, paragraful „Articolul 58 alineatul (2) din Directiva 2014/24/UE stabilește

următoarele motive de selecție. Înscrierea într-un registru profesional relevant. Este înscris în registrele profesionale relevante în statul membru de stabilire, astfel cum este descris în anexa XI la Directiva 2014/24/UE; operatorii economici din anumite state membre pot avea obligația de a respecta alte cerințe stabilite în anexa respectivă. Răspunsul dumneavoastră?" cu răspunsul „Da".

*www.onrc.ro*Totodată, Consiliul va reține că, la pag. 49 – 50 din procesul verbal nr. 1 înregistrat la autoritatea contractantă sub nr. 29646/08.12.2017 (pag. 543 – 544 din dosarul achiziției, parte a dosarului cauzei), autoritatea contractantă a consemnat că „în urma consultării www.onrc.ro, comisia de evaluare a descărcat documentul Furnizare informații extinse nr. 2070752 emis de ONRC pentru SC ..... SRL. Au fost identificate următoarele date:

- nr. ordine în Registrul comerțului: .....

- cod unic de înregistrare: .....

- certificat de înregistrare: B2315787 emis la 14.04.2011 și eliberat la 19.04.2011

- adresă sediu social: mun. Odorheiul Secuiesc, str. Budvar, nr. 35, jud. .....

- activități autorizate conf. art. 15 din Legea nr. 359/2004: Nu sunt autorizate următoarele coduri CAEN: 4213 – Construcția de poduri și tuneluri; 4311 – Lucrări de demolare a construcțiilor".

Prin nr. 2523/08.12..... (pag. 577 – 578 din dosarul achiziției, parte a dosarului cauzei), autoritatea contractantă a solicitat contestatorului următoarele clarificări:

„Întrebare nr. 1: Având în vedere:

- *Prevederile Fișei de date 11.1.5) Descrierea succintă a contractului sau a achiziției/achizițiilor*

  «Elaborare Proiect Tehnic și execuție lucrări:

  - *demolare pod existent*
  - *realizarea unui pod nou peste Târnava Mare pe DJ 137, km 12+260, satul Porumbenii Mari, comuna Porumbeni»*

- *prevederile Fișei de date, la punctul lll.2.1.b) Capacitatea de exercitare a activității profesionale «Conform art. 173 alin. (1) din Legea nr. 98/2016 operatorii economici care depun ofertă trebuie să dovedească o formă de înregistrare în condițiile legii din țara de rezidență, din care să reiasă că operatorul economic este legal constituit, că nu se află în niciuna dintre situațiile de anulare a constituirii precum și faptul că are capacitatea profesională de a realiza activitățile care fac obiectul contractului», care trebuie să*

rezulte din Certificatul constatator emis de ONRC, valabil la depunerea ofertelor

- *documentul «Furnizare informații extinse nr. 2070752» emis de ONRC pentru societatea dvs., consultat și descărcat de pe site-ul www.onrc.ro, secțiunea RECOM on-line, la care autoritatea contractantă are acces, din care rezultă faptul că societatea Dvs. nu are autorizat codurile CAEN: 4213 -Construcția de poduri și tuneluri și 4311 - Lucrări de demolare a construcțiilor, conform art. 15 din Legea nr. 359/2004.*

Menționăm faptul că aceste două coduri CAEN „4213 - Construcția de poduri și tuneluri și 4311 - Lucrări de demolare a construcțiilor" reprezintă activitatea care face obiectul contractului, partea de execuție, pe care societatea ..... și-o asumă:

«4213- Construcția de poduri și tuneluri

Această clasă include:

- *construcția de poduri, inclusiv a celor pentru autostrăzi suspendate*
- *construcția de tuneluri*

Această clasă exclude:

-instalarea stâlpilor și echipamentelor pentru iluminat și a semnalelor electrice, vezi 4321

-activități de arhitectură și de inginerie, vezi 711

-servicii de management al proiectelor pentru construcții, vezi 711» sursa www.onrc.ro

«4311 - Lucrări de demolare a construcțiilor

Această clasă include:

- demolarea clădirilor și a altor structuri» sursa www.onrc.ro

Vă rugăm clarificați".

Contestatorul a răspuns prin adresa nr. 1306/11.12..... (pag. 579-581 din dosarul achiziției, transmis de autoritatea contractantă la dosarul cauzei) astfel:

„- societatea SC ..... SRL are autorizat o serie de coduri CAEN printre altele codul pentru activitatea principală 4211 – Construcții de drumuri și autostrăzi și codul 4311 – Lucrări de demolare a construcțiilor;

- conform legislației în vigoare construcția podului care face obiectul prezentului contract nu necesită autorizări suplimentare față de cele existente la codul CAEN 4211 – Construcții de drumuri și autostrăzi;

- lucrările de demolare însă pot implica autorizări speciale, astfel codul 4311 – Lucrări de demolare a construcțiilor este autorizat (vă rugăm să verificați);

- activitatea 4211 – Construcția de drumuri și autostrăzi include execuția drumurilor și a lucrărilor de artă aferente, astfel acoperă toate activitățile (proceduri tehnologice) necesare construirii unor poduri (pichetare, terasamente, cofraje, armături, turnare beton, montare

elemente prefabricate) ca urmare autorizarea codului 4213 – Construcția de poduri și tuneluri nu este necesară ca activitate principală".

În soluționare Consiliul reține că, în cazul în care solicitarea de clarificări nu era justificată sau dacă considera că au fost incluse cerințe contradictorii/eronate/ambiguu formulate/nelegale, contestatorul putea să conteste respectiva solicitare de clarificări în termenul legal potrivit Legii nr. 101/2016.

Riscul întocmirii răspunsului la solicitările de clarificări la fel ca și cel al întocmirii ofertelor cade în sarcina operatorului economic, el neputând să își invoce propria culpă ca motiv al lipsei autorizării funcționării pentru activitatea 4213 – Construcția de poduri și tuneluri potrivit principiului „*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*" având în vedere faptul că autoritatea contractantă a menționat în mod expres, în cadrul solicitării de clarificări, care sunt cerințele pe care orice contestatorul trebuie să le îndeplinească și modul în care acesta trebuie să își elaboreze răspunsul.

Analizând răspunsul trimis de contestator prin adresa nr. 1306/11.12..... comparativ cu adresa de solicitare de clarificări, Consiliul reține următoarele:

- în cadrul răspunsului, contestatorul alege să precizeze că nu are autorizat codul CAEN 4213 Construcția de poduri și tuneluri, ci doar codurile CAEN 4211 Lucrări de construcții a drumurilor și autostrăzilor și 4311 Lucrări de demolare a construcțiilor;
- potrivit aceluiași răspuns, contestatorul justifică lipsa autorizării codului CAEN 4213 Construcția de poduri și tuneluri prin faptul că *„activitatea 4211 – Construcții de drumuri și autostrăzi include execuția drumurilor și a lucrărilor de artă aferente, astfel acoperă toate activitățile (procedurile tehnologice) necesare construirii unui pod (pichetare, terasamente, cofraje, armături turnare beton montare elemente prefabricate) ca urmare autorizarea codului 4213 Construcția de poduri și tuneluri nu este necesară ca activitate principală*".

În soluționare, Consiliul va lua în considerare faptul că potrivit clasificării CAEN aprobată prin Ordinul nr. 337/2007 emis de Institutul Național de Statistică (Actualizare care, potrivit alin. (2) din Ordin a fost efectuată cu respectarea prevederilor Regulamentului Comisiei Europene nr. 1.893/2006 de modificare a Regulamentului Consiliului Comunității Economice Europene nr. 3.037/90 privind Nomenclatorul Activităților din Comunitatea Europeană - NACE Rev. 2), clasa **CAEN 4211 Lucrări de construcții a drumurilor și autostrăzilor** include:

- construcția de autostrăzi, străzi, drumuri și alte căi de acces pentru vehicule și pietoni
- **lucrări de suprafață pe** străzi, drumuri, autostrăzi, **poduri** sau tuneluri:
- asfaltarea drumurilor
- lucrări de marcare a drumurilor și alte marcaje
- instalarea de grilaje de protecție, indicatoare de circulație și alte dispozitive similare
- construcția pistelor de aerodrom,

însă nu include activitatea „*construcția de poduri*", această activitate fiind clasificată exclusiv la codul **CAEN 4213 Construcția de poduri și tuneluri** care, potrivit Ordinului nr. 337/2007, include:

- **construcția de poduri**, inclusiv a celor pentru autostrăzi suspendate
- construcția de tuneluri.

În speță, răspunzând prin adresa nr. 1306/11.12..... la adresa nr. prin care autoritatea contractantă i-a cerut să clarifice dacă are capacitatea profesională de a realiza activitățile care fac obiectul contractului motivat de faptul că activitatea 4213 Construcția de poduri și tuneluri nu apare în certificatul emis de ONRC ca fiind autorizată conform art. 15 din Legea nr. 359/2004, contestatorul a recunoscut tacit față de oferta sa incidența următoarelor prevederi legale din cuprinsul Legii nr. 359/2004:

- art. 4: „***Autorizarea funcționării solicitanților se face cu îndeplinirea procedurii prevăzute*** *de prezenta lege și de actele normative speciale, armonizate cu prevederile prezentei legi*";

- art. 15 alin. (1) lit. b) din cuprinsul capitolului IV „Procedura autorizării funcționării": *„(1) În vederea eliberării de către biroul unic din cadrul oficiului registrului comerțului de pe lângă tribunal a certificatului de înregistrare conținând codul unic de înregistrare sau, după caz, a certificatului de înscriere de mențiuni, solicitantul are obligația să depună, o dată cu cererea de înregistrare și actele doveditoare, declarația-tip pe propria răspundere, semnată de asociați sau de administratori, din care să rezulte, după caz, că: (...) b) persoana juridică îndeplinește condițiile de funcționare prevăzute de legislația specifică în domeniul sanitar, sanitar-veterinar, protecției mediului și protecției muncii, pentru activitățile precizate în declarația-tip*".

Consiliul nu va lua în considerare susținerile contestatorului din cuprinsul contestației, potrivit cărora „*autorizarea prevăzută de Legea nr. 359/2004 reprezintă o formalitate necesară înainte de derularea efectivă a activității*" având în vedere că potrivit art. 41 alin. (1) din Legea nr. 359/2004, „***Constituie contravenție*** *și se sancționează, potrivit legii, cu amendă cuprinsă între 10.000.000 lei și 100.000.000 lei,* ***desfășurarea oricărei activități de către persoanele juridice prevăzute la art. 2 cu nerespectarea prevederilor prezentei legi***".

Consiliul nu va lua în considerare nici susținerile contestatorului potrivit cărora *„autorizarea prevăzută de Legea nr. 359/2004 (...) se obține automat după depunerea de către societate a declarației-tip (...) neexistând nicio posibilitate ca solicitarea noastră de autorizare să fie respinsă*" deoarece potrivit art. 17^2 și 17^3 din Legea nr. 359/2004 cu modificările și completările ulterioare, conformitatea celor declarate potrivit art. 15 face obiectul controlului de către autoritățile publice competente care, dacă constată că nu sunt îndeplinite condițiile legale de funcționare, notifică acest fapt solicitantului, acordând un termen de remediere a neregularităților constatate iar în cazul în care acestea nu sunt remediate, autoritățile publice competente notifică oficiului registrului comerțului de pe lângă tribunal actul prin care s-a interzis desfășurarea activității, în termen de 3 zile de la emiterea acestuia, pentru a fi înregistrat din oficiu în registrul comerțului.

Mai mult, contestatorul a ales, prin propria manifestare de voință să răspundă în termen la solicitarea de clarificări, ceea ce implică o acceptare a ei și oferind astfel posibilitatea entității contractante de a verifica concludența răspunsurilor.

Pasivitatea contestatorului în așteptarea rezultatului procedurii, care în fapt echivalează cu atitudinea culpabilă a acestuia, nu poate justifica inițierea la acest moment a unui demers judiciar pentru eliminarea/ modificarea aspectelor reclamate. Nu este permis ca ofertantul să rămână în expectativă până la data comunicării rezultatului procedurii, sperând că va fi declarat câștigător și ulterior va încheia contractul de achiziție publică, iar după aflarea rezultatului să reclame conținutul fișei de date și solicitările autorității contractante considerate necesare pentru evaluarea ofertei.

Consiliul va reține că riscul întocmirii ofertelor cade în sarcina operatorului economic, el neputând să își invoce propria culpă ca motiv al neautorizării activității CAEN 4213 Construcția de poduri și tuneluri potrivit principiului *„nemo auditur propriam turpitudinem allegans*", în condițiile în care autoritatea contractantă a menționat în mod expres, în cadrul documentației de atribuire, faptul că *„operatorii economici care depun ofertă* ***trebuie să dovedească o formă de înregistrare*** *emisă în țara de rezidență,* ***din care să reiasă*** *(...)* ***că are capacitatea profesională de a realiza activitățile care fac obiectul contractului***".

Mai mult, în cazul în care cerința privind capacitatea de exercitare a activității profesionale din fișa de date a achiziției era considerată ca fiind contradictorie/eronată/ambiguu formulată sau abuzivă, contestatorul

avea dreptul de a notifica și ulterior contesta respectiva prevedere, potrivit dispozițiilor legale. Prin necontestarea în termenul legal, acestea au devenit obligatorii atât pentru contestator, cât și pentru comisia de evaluare, în exercitarea atribuțiilor sale exclusive, prevăzute la art. 127 alin. (1) din HG nr. 395/2016.

În speță prevederile art. 134 alin. (1) din HG nr. 395/2016 au fost aplicabile, comisia de evaluare având neclarități în verificarea îndeplinirii de către contestator a cerinței de calificare privind capacitatea de exercitare a activității profesionale iar prin răspunsul formulat contestatorul recunoscut prin manifestarea propriei voințe că nu are autorizat codul CAEN 4213 Construcția de poduri și tuneluri, care include activitatea „***construcția de poduri****, inclusiv a celor pentru autostrăzi suspendate*", ci doar codul CAEN 4211 Lucrări de construcții a drumurilor și autostrăzilor, care include doar „***lucrări de suprafață*** *pe poduri*".

Ori, întrucât prezenta procedură de atribuire nu are ca obiect doar „lucrări de suprafață pe poduri" (cum ar fi, spre exemplu, refacerea suprastructurii), ci realizarea/construcția integrală a unui pod astfel cum este precizat la secțiunea II.1.5) Descrierea succintă a contractului sau a achiziției/achizițiilor din fișa de date, Consiliul va reține că autoritatea contractantă a procedat în mod corect neacceptând explicațiile neconcludente transmise de contestator prin răspunsul său nr. 1306/ 11.12.....

Potrivit prevederilor art. 3 alin. (1) lit. jj) din Legea nr. 98/2016, operator economic reprezintă *„orice persoană fizică sau juridică, de drept public ori de drept privat, sau grup ori asociere de astfel de persoane, care oferă* ***în mod licit pe piață*** *executarea de lucrări și/sau a unei construcții, furnizarea de produse ori prestarea de servicii, inclusiv orice asociere temporară formată între două ori mai multe dintre aceste entități*".

În soluționare, Consiliul nu va lua în considerare susținerile contestatorului, din cuprinsul notelor scrise înregistrate la CNSC sub nr. ..... potrivit cărora „pentru evitarea oricărui dubiu, subscrisa am depus în data de 20.12..... declarația necesară (model 3) pentru autorizarea activității CAEN 4213 – Construcția de poduri și tuneluri (atașat certificatul constatator ONRC care dovedește aceasta)" deoarece această informație nu a fost transmisă comisiei de evaluare în vederea exercitării atribuțiilor sale exclusive, prevăzute la art. 127 din HG nr. 395/2016, ci a fost transmisă Consiliului, ulterior respingerii ofertei sale tocmai ca urmare a neautorizării activității respective.

Mai mult, din verificarea dosarului cauzei, Consiliul va reține că SC ..... SRL nici nu a transmis la dosarul cauzei dovada depunerii declarației în cauză, contrar celor susținute în notele scrise potrivit cărora „atașat certificatul constatator ONRC care dovedește aceasta" și contrar principiului de drept conform căruia „actori incumbit probatio" – „sarcina probei incumbă, în mod exclusiv, reclamantului"; principiul în cauză se regăsește transpus în dreptul autohton în cadrul dispozițiilor art. 249 cpc, potrivit cărora, referitor la sarcina probei, „cel care face o susținere în cursul procesului trebuie să o dovedească, în afară de cazurile anume prevăzute de lege".

Referitor la deciziile CNSC și hotărârile Curților de Apel invocate în sprijinul său de către contestator și de către autoritatea contractantă, Consiliul stabilește că acestea sunt relative la pricinile soluționate anterior, nu constituie izvor de drept și nici nu pot obliga la emiterea unei noi decizii într-un anumit sens deoarece precedentul judiciar nu constituie izvor de drept în sistemul românesc. Potrivit Legii nr. 101/2016, în activitatea sa, Consiliul se supune numai legii, deciziile acestuia fiind pronunțate în temeiul legii. În aceeași direcție sunt și normele art. 26 din Regulamentul de organizare și funcționare al Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, aprobat prin HG nr. 1037/2011, în vigoare la data emiterii prezentei, care statuează, la art. 26 alin. (2): *„completul de soluționare a contestației este independent, deciziile pronunțate fiind bazate pe stricta aplicare și respectare a legii*", iar nu pe deciziile pronunțate anterior.

Raportat la prevederile art. 137 alin. (2) lit. b) din HG nr. 395/2016, conform cărora *„În condițiile art. 215 alin. (4) din Lege, oferta este considerată inacceptabilă în următoarele situații: (...) a fost depusă de un ofertant care nu îndeplinește una sau mai multe dintre criteriile de calificare stabilite în documentația de atribuire sau nu a completat DUAE în conformitate cu criteriile stabilite de autoritatea contractantă"* și ținând seama că printre atribuțiile comisiei de evaluare sunt și cele de:

- elaborare a solicitărilor de clarificări și/sau completări necesare în vederea evaluării ofertelor,
- verificare a îndeplinirii criteriilor de calificare de către ofertanți;
- stabilire a ofertelor inacceptabile și/sau neconforme și a motivelor care stau la baza încadrării acestora în fiecare din aceste categorii, așa cum este prevăzut la art. 127 alin. (1) lit. i), b) și j) din HG nr. 395/2016, Consiliul constată că această verificare s-a făcut cu rigurozitatea impusă de legislația în domeniu și, pe cale de consecință, critica contestatorului privind nelegalitatea evaluării ofertei sale este nefondată, urmând să fie respinsă.

Pentru considerentele anterior expuse, în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016 cu modificările și completările ulterioare, Consiliul va respinge ca nefondată contestația formulată de către SC ..... SRL în contradictoriu cu ....

Pentru aceste motive
în baza documentelor depuse de părți,
CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

DECIDE:

Respinge ca nefondată contestația depusă de SC ..... SRL în contradictoriu cu ....

Obligatorie.

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

Complet de soluționare a contestațiilor în domeniul achizițiilor publice:

Consilier de soluționare	PREȘEDINTE	Consilier de soluționare
.....	.....	.....

Redactat în 4 (patru) exemplare originale, conține 18 (optsprezece) pagini.