



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C. N. S. C.

Str. Stavropoleos nr.6, Sectorul 3, București, 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) și ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul adoptă următoarea:

DECIZIE

Nr. ..

Data: ..

Prin contestația nr. 153/13.12.2019, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 51416/13.12.2019, formulată de SRL, cu sediul în,,, cu număr de înmatriculare la Oficiul Registrului Comerțului nr., având CUI ..., reprezentată legal prin administrator și convențional prin cabinet de avocat ..., cu sediul în,, împotriva adresei de comunicare a rezultatului procedurii nr. 29250/10.12.2019, emisă de, cu sediul în, str. ...,, în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de atribuire, prin licitație deschisă, organizată în vederea încheierii contractului de lucrări având ca obiect "Reabilitare DJ 123, km 7+000-21+500, inclusiv refacerea drumului la km 7+900-7+940 și repararea a 4 podețe afectate de inundații din perioada 7 iunie-4 iulie 2016", cod CPV 45233000-9 – Lucrări de construcții, de fundație și de îmbrăcare a autostrăzilor și a drumurilor (Rev.2), s-a solicitat

Prin cererea de intervenție înregistrată la CNSC sub nr. /23.12.2019, SRL, cu sediul în,,, cu număr de înmatriculare în Registrul Oficiului Comerțului nr., având CUI, reprezentată legal prin administrator și convențional de, cu sediul ales pentru comunicare a actelor de

procedură în,,,,, solicită admiterea ei, în principal, ca intervenție principală și, în subsidiar, ca intervenție în interesul autorității contractante, precum și respingerea contestației formulată de SRL, ca inadmisibilă pentru lipsa cauțiunii, și, în subsidiar, ca nefondată, iar, în ambele cazuri, obligarea contestatorului la suportarea cheltuielilor de judecată.

Contestația va fi soluționată împreună cu cererea de intervenție, având în vedere dispozițiile art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, precum și prevederile art. 61 și următoarele din Codul de procedură civilă.

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

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestația de față, prin care SRL critică adresa de comunicare a rezultatului procedurii nr. 29250/10.12.2019, emisă de, în calitate de autoritate contractantă, în procedura amintită, solicitând cele menționate în partea introductivă.

În fapt, contestatorul arată că oferta sa s-a clasat pe locul al doilea în clasamentul întocmit de comisia de evaluare, oferta societății SRL fiind desemnată câștigătoare, decizie nelegală, în opinia sa, deoarece, așa cum rezultă din caietul de sarcini, pentru desfășurarea lucrărilor de foraje micropiloți și consolidare, este necesară autorizarea activităților CAEN respectiv, 4314 – Lucrări de foraj și sondaj pentru construcții, 4399 – Alte lucrări speciale de construcții, această clasă incluzând "activități de construcții specializare într-un domeniu comun diferitelor tipuri de structuri necesitând calificare sau echipament specializat", iar, din certificatul constatat al ofertantului câștigător, rezultă că acesta nu este autorizat pentru executarea lucrărilor de foraje micropiloți și consolidare, această activitate regăsindu-se doar ca activitate secundară.

Prin urmare, apreciază contestatorul, condiția prevăzută la art. 173 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, nu este îndeplinită de ofertantul criticat, întrucât acesta nu are capacitatea tehnică și profesională de a îndeplini contractul în limitele tehnice și juridice stabilite în cadrul procedurii de achiziție publică, sens în care oferta societății în discuție este inacceptabilă, în conformitate cu prevederile art. 215 alin. (4) din Legea nr. 98/2016.

Cu titlu exemplificativ, contestatorul invocă Decizia CNSC nr. 253/C1/4699 din 29.01.2018, raportat la o procedură de achiziție publică a aceleiași autorități contractante, prin care s-a statuat că, din moment ce activitatea necesară executării lucrărilor care fac obiectul procedurii de achiziție publică nu a fost autorizată, autoritatea

contractantă, în mod legal, a dispus respingerea acelei oferte, ca fiind inacceptabilă.

Mai mult, contestatorul consideră că se impune a fi verificată experiența similară a ofertantului câștigător, în raport cu cerința fișei de date de la pct. III.1.3. a), întrucât din raportul procedurii de atribuire și activitatea societății indicate, rezultă că aceasta nu putea să dovedească experiența similară pentru asemenea lucrări.

Pentru motivele invocate, contestatorul apreciază că oferta declarată câștigătoare este inacceptabilă, în baza prevederilor art. 215 alin. (4) din Legea nr. 98/2016, sens în care solicită admiterea contestației așa cum a fost formulată.

În drept, se invocă prevederile art. 10 din Legea nr. 101/2016, art. 215 alin. (4) din Legea nr. 98/2016.

Ca mijloace de probă, au fost depuse înscrisuri.

În punctul de vedere comunicat prin adresa nr. ad.29775/20.12.2019, înregistrată la CNSC sub nr. 52554/20.12.2019,, în calitate de autoritatea contractantă, solicită respingerea contestației, ca nefondată.

Detaliind modul de desfășurare a procedurii, autoritatea contractantă precizează că, după reevaluarea ofertelor financiare depuse de și SRL, conform celor dispuse de CNSC prin decizia nr. .. din 22.11.2019, acestea au fost declarate acceptabile și conforme, iar, în urma aplicării criteriului de atribuire, cu luare în considerare a prețului ofertelor, algoritmului de calcul stabilit în anunțul de participare și a punctajului final, oferta clasată pe primul loc a fost cea depusă de SRL.

De asemenea, mai precizează că ofertantului declarat câștigător i s-au solicitat documente suport DUAЕ, iar, în urma analizării lor, comisia de evaluare a constatat că cerințele solicitate prin documentația de atribuire au fost demonstrate.

În ceea ce privește criticile aduse de SRL, autoritatea contractantă supune atenției că, pentru demonstrarea capacității tehnice în execuția lucrărilor de poduri, un ofertant nu trebuie să fie autorizat pentru lucrări de foraje micropiloți și consolidare, acestea reprezentând doar o parte din lucrările de poduri pentru lucrări generice de poduri.

Totodată, având în vedere codul CPV din anunțul de participare care descrie lucrările de poduri, respectiv 45221111-3 – Lucrări de construcții de poduri rutiere, și a documentului nr. 216069 eliberat de ONRC -*Furnizare informații*, rezultă că ofertantul declarat câștigător este autorizat să execute activitatea conform (CAEN REV. 2) 4213 – Construcția de poduri și tuneluri, cod CAEN 4321 – Instalarea stâlpilor și echipamentelor pentru iluminat și a semnalelor electrice, cod CAEN 711- Activități de arhitectură, inginerie și servicii de consultanță tehnică legate de acestea, cod CAEN 711 – Servicii de management al proiectelor pentru construcții.

Prin urmare, lucrările de construcții de poduri sunt descrise în anunțul de participare în mod explicit și univoc, prin atribuirea unui singur cod CPV, respectiv 45221111-3 – Lucrări de construcții de poduri rutiere, fără particularizări prin utilizarea unor coduri CPV secundare, iar activitățile care sunt incluse în clasa definită prin codul CAEN 4213 – Construcția de poduri și tuneluri, definesc lucrări generice, fără a face referire la variante constructive sau soluții tehnice prescrise anumitor componente prin proiectul tehnic. În cazul de față corespund în totalitate cu lucrarea definită prin codul CPV atribuit lucrărilor de construcții de poduri rutiere.

Or, în opinia autorității contractante, autorizarea SRL pentru activitatea 4213 – Construcția de poduri și tuneluri, demonstrează că, în executarea contractului, ofertantul are capacitatea tehnică pentru executarea lucrărilor de poduri.

De asemenea, menționează că "Lucrările de foraje micropiloți și consolidare", semnalate de contestator, reprezintă doar o parte din lucrările de poduri ce urmează a fi executate. Astfel, în cadrul propunerii tehnice depuse de SRL se regăsesc, la pagina 448-460, "Propunerea tehnică de execuție COD pte-38: Infrastructuri-Fundații indirecte a podurilor, viaductelor și pasajelor", în care este descrisă tehnologia de execuție a acestui tip de lucrări, iar, la pagina 95-98 "Procedura tehnică de execuție COD PTE-01: Lucrări de terasamente", sunt prezentate standardele tehnice în vigoare pentru lucrări geotehnice speciale (injectare cu presiune înaltă a terenurilor, piloți etc), elemente prefabricate (piloți de fundație, micropiloți etc).

În consecință, apreciază autoritatea contractantă, capacitatea tehnică pentru executarea de lucrări de foraje micropiloți și consolidare și, implicit, pentru executarea lucrărilor de poduri, este demonstrată în mod indubitabil.

Referitor la criticile contestatorului privind experiența similară a ofertantului câștigător, autoritatea contractantă arată că prin contractul prezentat de acesta, nr. 2028/06.10.2017, *Construire pod râul Olt în satul Tușnadu-Nou, comuna Tușnad*, privind construirea unui pod nou din beton armat având o lungime de 43,40 ml, se demonstrează îndeplinirea cerinței de experiență similară solicitată.

Potrivit autorității contractante, jurisprudența CNSC invocată de contestator a fost interpretată de acesta în mod eronat, întrucât, în procedura de față al cărui obiect cuprinde și lucrări de poduri, ofertantul SRL este autorizat pentru activitatea având codul CAEN 4213- Construcția de poduri și tuneluri, această activitate reprezentând partea de construcție de poduri a obiectului contractului, are capacitatea tehnică de execuție a contractului, oferta acestuia fiind admisă.

Concluzionând, autoritatea contractantă apreciază că acuzele aduse de contestator cu privire la desfășurarea procesului de evaluare,

sunt nefondate, nefiind susținute cu probe concludente, solicitând respingerea contestației depusă de SRL, ca nefondată.

Ca mijloace de probă, au fost depuse înscrisuri.

Prin cererea de intervenție înregistrată la CNSC sub nr. /23.12.2019, SRL solicită admiterea ei, precum și respingerea contestației, conform celor enunțate în partea introductivă.

Ulterior justificării interesului său de a interveni în prezenta cauză, SRL aduce în discuție inadmisibilitatea contestației formulată de SRL, pentru lipsa cauțiunii. În susținerea acesteia, intervenientul arată că nu poate fi primită ca dovadă cauțiunea constituită pentru prima contestație formulată de SRL, soluționată prin decizia CNSC nr. ..., o asemenea situație însemnând limitarea dreptului său de a se îndestula din aceasta, fiind pus în situația de a suporta concursul autorității contractante. Mai mult decât atât, subliniază intervenientul, mențiunile din cadrul recipisei de consemnare a cauțiunii nu permit o asemenea operațiune.

Pe fond, intervenientul susține că lucrările la care se face referire în procedură, nu sunt altceva decât lucrările de execuție fundații indirecte cu piloți forajați pentru poduri, fiind așadar lucrări ce intră în sfera de aplicare a CAEN 4213 "*Construcția de poduri și tuneluri*", care, la rândul ei, este o activitate secundară pentru CAEN 4211 - "*Lucrări de construcții a drumurilor și autostrăzilor*". De altfel, arată acesta, lucrările de consolidare din proiect sunt gabioane și ziduri de sprijin simple.

Raportat la obiectul contractului, activitatea invocată de contestator nu este nici principală, nici secundară, ci auxiliară, existând doar pentru a sprijini realizarea activităților principale și secundare ale contractului. Or, pentru astfel de lucrări de fundare a podurilor, intervenientul susține că nu sunt necesare autorizații sau avize speciale, ci doar de utilizarea unui utilaj.

Având în vedere obiectul achiziției din anunțul de participare și codul CPV ce vizează achiziția de față, se evidențiază de intervenient că în Anexa III la Regulamentul CE nr. 213/2008 de modificare a Regulamentului CE nr. 2195/2002 privind Vocabularul comun privind achizițiile publice (CPV), este prezentat tabelul de corespondență între CPV și NACE Rev. 1, iar, din cuprinsul acestuia, rezultă că acest cod CPV (45233000-9) corespunde cu următorul cod CAEN rev. 1: CAEN 4523 - Construcția de șosele. În continuare, utilizând tabelul de corespondență dintre CAEN Rev. 1 și CAEN Rev. 2, publicat pe site-ul EUROSTAT, având în vedere raportul 1:1 dintre CAEN Rev. 1 și CAEN Rev. 2, intervenientul arată că se obține corespondența dintre CPV și CAEN Rev.2, rezultând următoarea corespondență între CAEN rev. 14523 "*Construcția de șosele*" cu CAEN rev. 2, și anume CAEN 4211 "*Lucrări de construcții a drumurilor și autostrăzilor*".

Așadar, apreciază intervenientul, lucrările aferente CPV 45233000-9 – *Lucrările de construcții, de fundație și de îmbrăcare a autostrăzilor și a drumurilor* corespund cu lucrările ce fac obiect CAEN Rev. 2 CAEN 4211 - "*Lucrări de construcții a drumurilor si autostrăzilor*".

În cauză, se susține de intervenient că societatea sa are autorizate atât activitățile aferente CAEN 4211 – *Lucrări de construcții a drumurilor și autostrăzilor*, cât și activitățile aferente CAEN 4213 – *Construcția de poduri și tuneluri*, conform Legii nr. 359/2004.

Pe de altă parte, subliniază intervenientul, societatea sa s-a bazat pe prevederile documentației de atribuire, care arată foarte clar că dovada îndeplinirii cerinței de la pct. III.1.1. b) din fișa de date a achiziției se face cu certificatul eliberat de Oficiul Registrul Comerțului competent din punct de vedere teritorial 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.

Or, din analiza acestor cerințe și documentele prezentate, intervenientul susține că societatea sa are în obiectul de activitate secundar, inclusiv CAEN-urile pretinse de contestator ca fiind necesare, respectiv CAEN 4313 și CAEN 4399.

În continuare, intervenientul susține că lipsa autorizării conform Legii nr. 359/2004, nu atrage lipsa capacității profesionale. Potrivit art. 5 alin. (1) din legea amintită, precum și a celor de la art. 15 alin. (1) din același act normativ menționat, se poate observa 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 persoana juridică îndeplinește condițiile menționate.

Invocând jurisprudența CNSC în domeniu, se arată de intervenient că autorizația prevăzută de Legea nr. 359/2004 nu intră în sfera prevederilor art. 207 din Codul civil, iar în literatura de specialitate se arată că acest articol se aplică pentru autorizațiile speciale, nu pentru autorizarea activităților CAEN prevăzută de Legea nr. 359/2004.

În altă ordine de idei, intervenientul susține că lipsa autorizării conform Legii nr. 359/2004, nu atrage lipsa capacității profesionale, având în vedere că, potrivit art. 5 din acest act normativ, autorizarea reprezintă de fapt doar o declarație în sensul că persoana îndeplinește anumite condiții, și se obține prin depunerea de către societate a declarației tip corespunzătoare.

Cu privire la experiența sa similară, intervenientul arată că în documentele prezentate pentru susținerea DUAЕ transmise cu adresa nr. 1069/05.12.2019 este inclus și contractul *Podul peste Târnava mică km 1+275, care este fundat indirect cu piloți forți*, care demonstrează că lucrările indicate sunt asemănătoare cu cele din proiect. Dincolo de aceasta, intervenientul subliniază faptul că cerința

corespunzătoare din fișa de date nu a vizat necesitatea depunerii unor contracte care să cuprindă inclusiv „forare piloți, consolidări”.

Interpretarea dată de contestator, în opinia intervenientului, ar încălca și principiile din materia achizițiilor publice, principiile transparenței și tratamentului egal, precum și forța obligatorie a documentației de atribuire atât față de ofertanți, cât și față de autoritate, după expirarea termenului legal de contestare a acesteia.

Or, documentația de atribuire arată deosebit de clar ce se înțelege prin experiență similară, iar, în opinia intervenientului, a justificat dincolo de orice dubiu îndeplinirea acestei cerințe prin răspunsul nr. 1069/05.12.2019 și a documentelor anexate.

Pentru motivele expuse, intervenientul solicită admiterea cererii sale așa cum a fost formulată.

Ca mijloace de probă, au fost depuse înscrisuri.

În drept, se invocă Legea nr. 98/2016, HG nr. 395/2016 și Legea nr. 101/2016.

Din analiza susținerilor părților și a documentelor existente la dosarul cauzei, Consiliul reține cele ce urmează:

....., în calitate de autoritate contractantă, a inițiat procedura de atribuire, prin licitație deschisă, organizată în vederea încheierii contractului de lucrări având ca obiect “Reabilitare DJ 123, km 7+000-21+500, inclusiv refacerea drumului la km 7+900-7+940 și repararea a 4 podețe afectate de inundații din perioada 7 iunie-4 iulie 2016”, cod CPV 45233000-9 – Lucrări de construcții, de fundație și de îmbrăcare a autostrăzilor și a drumurilor (Rev.2), prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr. CN1012094/14.06.2019, la care a anexat documentația de atribuire, valoarea estimată fiind de 31.137.400,00, fără TVA.

Potrivit Declarației de participare publicată în SEAP, în cadrul procedurii au fost primite două oferte.

În raportul procedurii nr. 24913/23.10.2019, s-a consemnat modul de desfășurare a procedurii, respingerea ambelor oferte primite, motivele care au stat la baza acestei decizii, precum și anularea procedurii de atribuire.

Împotriva acestui rezultat, SRL și SRL au formulat contestațiile soluționate prin decizia nr. ... din 22.11.2019, în sensul admiterii lor și obligării autorității contractante la reevaluarea ofertelor.

Ulterior reevaluării dispuse de Consiliu, așa cum reiese din raportul procedurii nr. 29150/10.12.2019, oferta SRL a fost declarată câștigătoare, oferta SRL clasându-se pe locul al doilea.

Nemulțumită de acest rezultat, SRL a formulat contestația de față (consemnând cauțiunea aferentă, potrivit dispozițiilor art. 611 din Legea nr. 101/2016), solicitând cele menționate în partea introductivă.

Față de cererea de intervenție formulată de SRL, văzând că aceasta are calitate și capacitate procesuală și a dovedit un interes legitim propriu în pricină prin promovarea cererii, fiind ofertantul declarat câștigător, astfel cum rezultă din raportul procedurii nr. 29150/10.12.2019, în conformitate cu art. 64 Cod procedură civilă, Consiliul o încuviințează, în principiu, ca cerere de intervenție în interesul autorității contractante. Intervenția formulată în cauză este în interesul autorității contractante, respectiv acela de respingere a contestației și menținere ca fiind legale a actelor întocmite de achizitoare, prin care a fost desemnată câștigătoare oferta sa.

În considerarea dispozițiilor art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va analiza cu prioritate excepția inadmisibilității contestației, invocată de intervenient, pe care o va respinge, sens în care se reține că societatea contestatoare a depus la dosarul cauzei, în original, recipisa de consemnare nr. 205966410/1/18.12.2019, în cuantum de 220.000 lei, reprezentând „cauțiune dosar nr. 2663/C2/2019 ...”, fiind astfel respectate dispozițiile art. 61¹ din același act normativ.

În soluționare, Consiliul reține că autorul contestației apreciază nelegală decizia autorității contractante de a desemna câștigătoare oferta depusă de SRL, pe motiv că această societate nu ar avea capacitatea profesională de a executa contractul supus achiziției, al cărui obiect, conform fișei de date a proiectului și caietului de sarcini, arată contestatorul, cuprinde și lucrări de foraje micropiloți și consolidare. În esență, se susține, prin contestație, că era necesară autorizarea activităților corespunzătoare codurilor CAEN 4313 Lucrări de foraj și sondaj pentru construcții sau CAEN 4399 Alte lucrări speciale de construcții, iar, în certificatul constatator al câștigătorului, aceste activități se regăsesc doar ca activități secundare.

Examinând susținerile părților, probatoriul aflat la dosarul cauzei și dispozițiile legale aplicabile, așa cum rezultă din informațiile regăsite în anunțul de participare publicat în SEAP, Consiliul observă că prezentul contract are ca obiect „*Reabilitare DJ 123, km 7+000-21+500, inclusiv refacerea drumului la km 7+900-7+940 și repararea a 4 podețe afectate de inundațiile din perioada 7 iunie-4 iulie 2016*” (cap. II.1.1. Titlu), încadrat în codul CPV 45233000-9 - Lucrări de construcții, de fundație și de îmbrăcare a autostrăzilor și a drumurilor (Rev.2), cu următoarea descriere „*Vor fi executate lucrările prevăzute în proiectul tehnic realizat de POD- PROIECT SRL, detaliile de execuție și caietului de sarcini pe specialități, elaborate de proiectantul lucrărilor aferente investiției, puse la dispoziție de Achizitor, respectiv se va realiza reabilitarea drumului DJ 123 pe 14.500 ml, executarea de podețe la km 18+591 și km 19+758, de poduri la km 7+282, km 15+069, km 16+059, km 21+230, km 21+497*” (cap. II.1.4 Descrierea succintă).

Potrivit cap. III.1.1.b) Capacitatea de exercitare a activității profesionale, din fișa de date a achiziției, „*Conform art. 173 aliniat (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. (...) Documentele justificative care probează îndeplinirea celor asumate prin completarea DUAЕ, 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 (...)".

Din ansamblul legislației pe linie de achiziții publice rezultă că evaluarea fiecărei oferte se raportează numai la cerințele care îi sunt aplicabile din documentația de atribuire, nu la altele (sau la aceleași, însă diminuate ori majorate). Prin necontestare, toate prevederile documentației de atribuire își consolidează forța obligatorie atât față de operatorii economici participanți la procedura de atribuire, care, în lumina dispozițiilor art. 75 din Legea nr. 98/2016, precum și art. 123 alin. (1) din HG nr. 395/2016, trebuie să depună o ofertă care să îi urmeze cu strictețe prescripțiile, cât și pentru autoritatea contractantă, care, în procesul de evaluare, este ținută să analizeze ofertele primite în raport de cerințele de participare necontestate, așa cum reglementează art. 127 alin. (1) din HG nr. 395/2016.

Criteriile de calificare nu trebuie să depindă de modul în care sunt înțelese la un moment dat de către o societate ofertantă, dincolo de exprimarea din documentația de atribuire, fiind imperativ ca autoritatea/entitatea să asigure încă de la inițiere operatorilor economici o înțelegere/interpretare unitară, decurgând din informarea lor completă, corectă și explicită cu privire la modul de aplicare a procedurii de atribuire.

Obligația de transparență are ca scop în special să garanteze că este înlăturat riscul de arbitrar din partea autorității contractante (Hotărârea Curții de Justiție a Uniunii Europene în cauza SAG ELV Slovensko și alții, C-599/10, EU:C:2012:191, punctul 25, precum și jurisprudența acolo citată). Principiul egalității de tratament și obligația de transparență interzic autorității contractante să respingă o ofertă care îndeplinește cerințele prevăzute în cererea de ofertă pe baza unor motive care nu au fost prevăzute în cererea de ofertă menționată (Hotărârea Medipac-Kazantzidis, C-6/05, EU:C:2007:337, punctul 54).

Deosebit de relevantă este concluzia la care aceeași instanță de la Luxemburg a statuat-o în Hotărârea din 16 aprilie 2015, cauza C-278/14, având ca obiect o cerere de decizie preliminară formulată de

Curtea de Apel Alba Iulia, în procedura SC Enterprise Focused Solutions SRL împotriva Spitalului Județean de Urgență Alba Iulia:

"Articolul 23 alineatul (8) din Directiva 2004/18/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 31 martie 2004 privind coordonarea procedurilor de atribuire a contractelor de achiziții publice de lucrări, de bunuri și de servicii, astfel cum a fost modificată prin Regulamentul (UE) nr. 1251/2011 al Comisiei din 30 noiembrie 2011, nu este aplicabil unui contract de achiziții publice a cărui valoare nu atinge pragul de aplicabilitate prevăzut de această directivă. În cadrul unui contract de achiziții publice care nu intră sub incidența directivei menționate, dar care prezintă un interes transfrontalier cert, aspect a cărui verificare este de competența instanței de trimitere, normele fundamentale și principiile generale ale Tratatului FUE, în special principiile egalității de tratament și nediscriminării, precum și obligația de transparență care rezultă din acestea trebuie interpretate în sensul că autoritatea contractantă nu poate respinge o ofertă care îndeplinește cerințele anunțului de participare pe baza unor motive care nu sunt prevăzute în anunțul menționat."

În cazuistica internă în materia achizițiilor publice, instanțele de contencios administrativ au statuat:

- deciziile civile nr. 2211 din 21 mai 2013 (nici Consiliul și nici instanța nu au abilitatea legală să adauge la cerințele de calificare impuse de autoritate, chiar dacă ar aprecia că, pentru buna derulare a contractului, autoritatea ar fi trebuit să impună cerințe suplimentare), nr. 4565 din 6 octombrie 2016 (în condițiile în care autoritatea contractantă nu a impus, prin documentația de atribuire, nicio cerință în ceea ce privește obligativitatea certificării pentru prestarea serviciilor, invocarea neconformității unei oferte din perspectiva unor cerințe care nu se regăsesc în documentație, fără ca aceasta din urmă să fi fost contestată, din perspectiva respectivei omisiuni, în termenul prescris de lege pentru aceasta, apare ca vădit neîntemeiată) și nr. 1029 din 7 martie 2017 (Curtea observă că prevederile obiectului contractului din fișa de date a achiziției nu face nicio referire la monumente istorice. Susținerile autorității contractante, potrivit cărora „este de notorietate că obiectivul de investiții [...] este un monument istoric” nu au nicio relevanță în condițiile în care întocmirea unei oferte se face prin raportare la cerințele exprese din documentația de atribuire. Curtea apreciază nejustificată solicitarea autorității în sensul că certificatul ISO 9001 ar trebui să conțină activitatea de proiectare monumente istorice, în condițiile în care obiectul contractului, astfel cum a fost definit de autoritate pentru partea de proiectare, nu definește distinct activitatea de proiectare monumente istorice. Dacă autoritatea urmărea ca respectivul certificat să definească expres activitatea de proiectare monumente istorice ar fi avut obligația de a face expres această precizare în cadrul capitolului privind modul de

îndeplinire a cerinței din fișa de date.), Curtea de Apel București, Secția a VIII-a contencios administrativ și fiscal;

- sentința civilă nr. 153/CA din 28 septembrie 2015 (petenta susține că oferta era inacceptabilă, atât timp cât ofertantul nu a făcut dovada autorizării activității conform Legii nr. 359/2004, însă această cerință nu a fost cuprinsă în fișa de date, iar autoritatea nu avea posibilitatea de a analiza condiții a căror îndeplinire nu a fost solicitată la inițierea procedurii de achiziție. În caz contrar ar fi fost o analiză abuzivă, care ar fi vătămat toți participanții la procedură, ceea ce legislația achizițiilor publice nu permite), Curtea de Apel Constanța, Secția a II-a civilă, de contencios administrativ și fiscal;

- decizia nr. 224 din 17 martie 2017 (principiul egalității de tratament și obligația de transparență ar fi vădit încălcate în cazul în care un operator economic ar fi supus, cu ocazia evaluării, unor criterii care nu sunt expres stabilite prin fișa de date), Curtea de Apel Iași, Secția contencios administrativ și fiscal.

Așa cum a fost impusă de autoritatea contractantă, prin documentația de atribuire, demonstrarea capacității exercitării activității profesionale urma să fie realizată prin prezentarea certificatului constatator emis de ONRC, din care să rezulte că domeniul de activitate principal/ secundar și codurile CAEN aferente acestora, permit societății ofertante să realizeze activitățile care fac obiectul contractului.

Raportat la această cerință, așa cum rezultă din documentul Furnizare Informații emis de ONRC sub nr. 2162069, ofertantul câștigător are ca activitate principală 4211 – Lucrări de construcții a drumurilor și autostrăzilor, iar, în activitățile secundare se regăsesc și cele corespunzătoare codurilor CAEN 4313 - Lucrări de foraj și sondaj pentru construcții și 4399 – Alte lucrări speciale de construcții n.c.a. Din același înscris, se constată că printre activitățile autorizate conform art. 15 din Legea nr. 359/2004, sunt menționate codurile CAEN 4213 – Construcția de poduri și tuneluri și 4211 – Lucrări de construcții a drumurilor și autostrăzilor.

Or, conform celor reținute mai sus, obiectul contractului supus achiziției este reprezentat de lucrări de reabilitare drumuri, inclusiv podețe și poduri, astfel că, din acest punct de vedere, activitățile autorizate conform art. 15 din Legea nr. 359/2004 corespunzătoare codurilor CAEN 4213 – *Construcția de poduri și tuneluri* (care include construcția de poduri, inclusiv a celor pentru autostrăzi suspendate și construcția de tuneluri) și 4211 – *Lucrări de construcții a drumurilor și autostrăzilor*, regăsite în certificatul câștigătorului, apar a fi suficiente și în măsură a îndeplini condițiile autorității contractante impuse, în acest sens, în documentația de atribuire.

Cât privește lucrările de foraje indicate de contestator, așa cum rezultă din caietul de sarcini, se observă că acestea sunt lucrări accesorii lucrărilor principale supuse achiziției, necesare pentru a

sprijini realizarea activităților care formează obiectul contractului, format din lucrări de reabilitare drumuri, poduri și podețe. Este de notorietate faptul că execuția unei lucrări presupune o multitudine de activități accesorii, pe care operatorul economic trebuie să le întreprindă pentru a executa lucrarea, însă ar fi excesiv ca în procesul de atribuire, autoritatea contractantă să solicite demonstrarea respectării tuturor normelor legale incidente, până în cel mai mic detaliu, ea fiind ținută numai la a se asigura că viitorul contractant are capacitatea tehnică și profesională să execute obiectul contractului prin stabilirea unor cerințe de calificare în măsură să atingă acest deziderat.

În speța de față, lucrările de foraje indicate de contestator, nereprezentând o componentă principală, autoritatea contractantă s-a asigurat, prin modul de formulare al cerinței, că ofertanții vor fi în măsură să execute lucrările, așa cum au fost acestea descrise prin caietul de sarcini, prin solicitarea demonstrării deținerii în obiectul de activitate al societății, principal sau secundar, a activităților ce se doresc a fi achiziționate, însă nu a stabilit ca cerință expresă, ca aceste activități accesorii să se regăsească și în secțiunea celor autorizate conform art. 15 din Legea nr. 359/2004.

De altfel, ținând cont de prevederile acestui act normativ, se constată că cererea de mențiune privind autorizarea unei activități se realizează prin depunerea unei declarații-tip pe propria răspundere. Pe de altă parte, cât timp desfășurarea autorizată a unei activități în mod licit pe piață este impusă prin lege, executantul este singurul pasibil de sancțiunile survenite din nesocotirea rigorilor acesteia, indiferent de conținutul documentației de atribuire care a stat la baza obținerii dreptului de a executa lucrările respective.

În concluzie, nu se poate reține o eventuală incapacitate profesională a ofertantului desemnat câștigător de a executa lucrările de reabilitare drumuri, poduri și podețe, obiect al prezentei achiziții, acesta făcând dovada autorizării activităților aferente codurilor CAEN 4213 – *Construcția de poduri și tuneluri* și 4211 – *Lucrări de construcții a drumurilor și autostrăzilor*, faptul că în secțiunea corespunzătoare a certificatului constatator nu se regăsesc autorizate și activitățile descrise ca făcând parte din codul CAEN 4313 *Lucrări de foraj și sondaj pentru construcții* și CAEN 4399 *Alte lucrări speciale de construcții n.c.a.*, nefiind în măsură să atragă caracterul inacceptabil al ofertei analizate, în condițiile în care, pe de o parte, nu a existat o cerință de calificare în acest sens, iar, pe de altă parte, ele sunt incluse în domeniul de activitate secundar al societății.

Se remarcă totodată că, în jurisprudența invocată de contestator, capacitatea de exercitare a activității profesionale a ofertantului în discuție se raporta la activitatea principală a obiectului contractului, astfel că raționamentul reținut în acea cauză nu se poate aplica *mutatis mutandis*, și în prezent.

Relativ la îndeplinirea cerinței privind experiența similară, Consiliul constată că, potrivit fișei de date a achiziției, III.1.3.a) Capacitatea tehnică și/sau profesională, se solicita ofertantului *„dovada executării în ultimii 5 ani împliniți la data limita stabilită pentru depunerea ofertelor, de lucrări similare la nivelul unuia sau mai multor contracte în domeniul infrastructurii de transport rutier, sau infrastructură similară d.p.d.v. complexitate și/sau utilitate. Prin lucrări similare se înțeleg:*

a) Lucrări de construcție/modernizare/reabilitare/reparații capitale aferente unor drumuri asemănătoare din punctul de vedere al tipului/naturii și complexității, cât și din punct de vedere al rezultatului sau funcționalității urmărite prin scopul contractului, sau lucrări superioare d.p.d.v. al complexității și/sau scopului cu cele supuse obiectului achiziției, ai căror beneficiari sunt autorități contractante sau clienți privați. Cerința de similitudine are în vedere experiența în executarea lucrărilor de construcții și/sau modernizări și/sau reabilitări și /sau reparații capitale la următoarele categorii de drumuri: drumuri comunale/județene de cel puțin clasa tehnică V cu două benzi de circulație sau drumuri de interes național, sau autostrăzi sau drumuri expres, necesare pentru realizarea unei infrastructuri de transport rutier similare sau superioare din punct de vedere al complexității (operațiuni, tehnologii sau utilaje) cu lucrările aferente contractului supus achiziției.

PRECUM ȘI

b) lucrări de construcție și/sau modernizare și/sau reparații capitale aferente unor poduri sau viaducte sau pasaje rutiere sau pentru transport feroviar cu o deschidere de cel puțin 5 m, asemănătoare sau superioare din punctul de vedere al tipului/naturii și complexității, cât și din punct de vedere al rezultatului sau funcționalității urmărite prin scopul contractului cu cele supuse obiectului achiziției;...”.

Și în acest caz se observă caracterul netemeinic al susținerilor contestatorului, cerința autorității contractante nefăcând referire la lucrări de forare piloți și consolidări, ci la lucrări de construcție/modernizare/reabilitare/reparații capitale aferente unor drumuri asemănătoare din punctul de vedere al tipului/naturii și complexității, cât și din punct de vedere al rezultatului sau funcționalității urmărite prin scopul contractului, respectiv lucrări de construcție și/sau modernizare și/sau reparații capitale aferente unor poduri sau viaducte sau pasaje rutiere sau pentru transport feroviar cu o deschidere de cel puțin 5 m, iar, pentru îndeplinirea acestei cerințe, așa cum rezultă din dosarul cauzei (filele 77-195), SRL a depus mai multe contracte având ca obiect atât reabilitare de drumuri, cât și construire pod.

Luând în considerare cele anterior expuse, în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge, ca nefondată,

conestația formulată de SRL, în contradictoriu cu, în calitate de autoritate contractantă.

Cererea contestatorului de plată a cheltuielilor de judecată, Consiliul o va respinge, ținând cont de dispozițiile art. 26 alin. (9) din același act normativ, întrucât nu s-a reținut culpa procesuală în sarcina autorității contractante.

Față de soluția pronunțată, în temeiul dispozițiilor art. 17 alin (3) și art. 68 din Legea nr. 101/2016, coroborate cu dispozițiile art. 61 și următoarele din Codul de procedură civilă, cererea de intervenție accesorie în interesul autorității contractante, depusă de SRL, va fi admisă.

În ceea ce privește solicitarea intervenientului accesoriu privind cheltuielile de judecată, Consiliul urmează a o respinge, având în vedere următoarele argumente:

Conform art. 453 alin. (1) din Codul de procedură civilă, partea care pierde procesul va fi obligată, la cererea părții care a câștigat, să îi plătească acesteia cheltuieli de judecată. Totodată, conform art. 61 din Codul de procedură civilă, oricine are interes poate interveni într-un proces care se judecă între părțile originare. Intervenția este principală când intervenientul pretinde pentru sine, în tot sau în parte, dreptul dedus judecății sau un drept strâns legat de acesta.

Intervenția este accesorie când sprijină numai apărarea uneia dintre părți. De asemenea, potrivit art. 65 alin. (1) Codul de procedură civilă, intervenientul devine parte în proces numai după admiterea în principiu a cererii sale.

Astfel, din analiza coroborată a dispozițiilor codului de procedură civilă referitoare la plata cheltuielilor de judecată, Consiliul reține că pentru acordarea cheltuielilor de judecată nu este suficientă dobândirea calității de parte într-un proces, ci mai este necesar și ca acea parte să câștige procesul, adică să obțină total sau în parte pretențiile solicitate prin cererea de chemare în judecată, dispozițiile art. 453 coroborat cu art. 454 teza I Codul de procedură civilă fiind explicate în acest sens.

Or, din aceasta perspectivă, Consiliul reține că intervenientul accesoriu, deși devine parte în proces după admiterea în principiu a cererii sale, conform art. 65 alin. (1) Codul de procedură civilă, totuși acesta nu invocă o pretenție proprie în proces pentru a deveni "*parte care câștigă procesul*", ci sprijină numai apărarea uneia dintre părți, după cum rezultă din dispozițiile art. 61 alin. (3) Codul de procedură civilă, astfel încât acesta nu poate obține condamnarea părții care a căzut în pretenții la plata cheltuielilor de judecată, doar partea în favoarea careia a intervenit și care a obținut pretențiile solicitate putând pretinde astfel de cheltuieli.

Totodată, potrivit art. 26 alin. (9) din Legea nr. 101/2016, „*Consiliul poate obliga, la cerere, partea în culpă, la plata cheltuielilor efectuate pentru soluționarea contestației. (...)*”. Cum nu se poate

stabili culpa procesuală a contestatorului în raport cu intervenientul accesoriu, întrucât acesta sprijină doar apărarea uneia dintre părți, nu este întemeiată cererea de acordare a cheltuielilor către această parte.

În acest sens s-a pronunțat și practica judiciară, relevante fiind decizia nr.1098/01.03.2012, pronunțată de Curtea de Apel Alba Iulia, decizia nr.4599/CA/2013 R/18.12.2013, pronunțată de Curtea de Apel Oradea, decizia civilă nr.1464/21.03.2013, pronunțată de Curtea de Apel Timișoara, decizia nr.861/13.09.2016, pronunțată de Curtea de Apel Suceava, decizia nr. 171/26.09.2019 pronunțată de Curtea de Apel Constanța.

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

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

CONSILIUL DECIDE:

Respinge excepția inadmisibilității contestației, invocată de SRL, în calitate de intervenient.

Respinge, ca nefondată, contestația formulată de SRL, în contradictoriu cu, în calitate de autoritate contractantă.

Respinge cererea contestatorului de plată a cheltuielilor de judecată.

Încuviințează, în principiu, cererea de intervenție formulată de SRL și o admite.

Respinge cererea de plată a cheltuielilor de judecată, formulată de către SRL.

Obligatorie.

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

PREȘEDINTE COMPLET,

.....

MEMBRU,

.....

MEMBRU,

.....

...