Șoimulescu Soltan

PENTRU: TIRRENA SCAVI SpA

Via del Valentino nr. 476,

55054 Stiava – Massarosa (LU),

Italia

DATA: 8 MARTIE 2019

CĂTRE: CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

Str. Stavropoleos nr. 6, 030084 Sector 3,

București, Tel 40 21 310 46 41, Fax 40 21 310 46 42

E-mail office@cnsc.ro

COPIE: Compania Națională de Administrare a Infrastructurii Rutiere

Str. Dinicu Golescu nr. 38, 010873 Sector 1,

Bucuresti, Tel 40 21 264 32 02, Fax 40 21 312 09 84

Subiect: Contestație în procedura de licitație deschisă pentru atribuirea contractului având ca obiect *„Proiectarea și execuția autostrăzii Sibiu – Pitești, Secțiunea 5 Curtea de Argeș – Pitești km 92 + 600 – 122+950"* – anunț de participare nr. 176986/11.07.2017

DOMNULE PREȘEDINTE,

Subscrisa TIRRENA SCAVI SpA, cu sediul în Via del Valentino nr. 476, 55054 Stiava – Massarosa (LU), Italia, reprezentată legal prin în calitate de Președinte al Consiliului de Administrație și prin în calitate de persoană împuternicită în cadrul procedurii de atribuire – licitație deschisă - a contractului de lucrări *„Proiectare și execuție autostrada Sibiu-Pitești, Secțiunea 5 Curtea de Argeș – Pitești km 92+600 – 122+950"*, în calitate de ofertant la procedura de atribuire sus-menționată, reprezentată convențional prin SCA Soimulescu, Soltan & Asociații, cu sediul în București, str. Grigore Alexandrescu nr. 66, sector 1, unde solicităm comunicarea actelor de procedură (persoana însărcinată cu primirea corespondenței fiind) precum și prin avocați substituenți , e-mail office@oflaw.eu,

în contradictoriu cu

Compania Națională de Administrare a Infrastructurii Rutiere SA („CNAIR"), cu sediul în București, str. Dinicu Golescu nr. 38, reprezentată legal prin director general Narcis Ștefan Neaga, CUI

RO6054368, înregistrată la Registrul Comerțului sub nr. J40/552/2004, tel. 021 264 32 47, adresă e-mail office@cnadnr.ro, în calitate de autoritate contractantă la procedura de atribuire sus-menționată,

în temeiul art. 8 și urm. 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, formulăm prezenta

CONTESTAȚIE

Împotriva deciziei de declarare a ofertei Tirrena Scavi S.p.A. ca inacceptabilă și de excludere a subscrisei din procedură, comunicată subscrisei prin Adresa CNAIR nr. 138/1660/01.03.2019,

Prin care vă solicităm respectuos:

- Să dispuneți anularea deciziei comisiei de evaluare privind declararea ofertei Tirrena Scavi S.p.A. ca inacceptabilă și excluderea subscrisei din procedură și, respectiv, anularea Adresei CNAIR nr. 138/1660/01.03.2019 prin care a fost comunicată Tirrena Scavi S.p.A această decizie și, pe cale de consecință, să constatați ca fiind acceptabilă și conformă oferta Tirrena Scavi S.p.A. sau, în subsidiar, să obligați autoritatea contractantă să declare ca fiind acceptabilă și conformă oferta Tirrena Scavi S.p.A.;

- Să obligați autoritatea contractantă la plata tuturor cheltuielilor ocazionate de prezenta contestație.

***

În cele ce urmează, după prezentarea principalelor aspecte ale situației de fapt (*Secțiunea I*), vom demonstra nelegalitatea și netemeinicia deciziei comisiei de evaluare *(Secțiunea a II-a)* după care vom arăta că, în orice caz, subscrisa nu poate fi exclusă din procedura de atribuire prin raportare la art. 165 alin. 3 din Legea nr. 98/2016 (*Secțiunea a III-a*).

I. SITUAȚIA DE FAPT

1. Prin publicarea anunțului de participare în Sistemul Electronic de Achiziții Publice din data de 07.07.2017, CNAIR a deschis procedura de licitație pentru atribuirea contractului având ca obiect *„Proiectarea și execuția autostrăzii Sibiu – Pitești, Secțiunea 5 Curtea de Argeș – Pitești km 92 + 600 – 122+950"* (denumit în cele ce urmează, „Proiectul").

2. La data de 27.10.2017, Tirrena Scavi a depus oferta sa, dobândind astfel calitatea de ofertant în procedura de atribuire a contractului referitor la acest Proiect.

3. La data de 17.01.2019, prin intermediul adresei sale nr. 138/412 (Anexa 1), invocând prevederile art. 196 alin. 1 din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice[1], comisia de evaluare a solicitat subscrisei să prezinte documente suport justificative actualizate prin care să demonstreze îndeplinirea criteriului de calificare și selecție, în conformitate cu informațiile din Formularul DUAE – Partea III „Motive de excludere" – Secțiunea B „Motive legate de plata impozitelor sau a contribuțiilor la asigurările sociale."

4. Prin adresa subscrisei nr. 019/SiPiS5 din data de 25.01.2019 (Anexa 2), Tirrena Scavi a pus la dispoziția autorității contractante certificatul de atestare fiscală privind obligațiile de plată ce rezultă din Baza de Date a Registrului Contribuabililor nr. 2019/686 din data de 08.01.2019, emis de Agenția Națională de Administrare Fiscală, Direcția Județeană Lucca, Biroul Teritorial Viareggio (Anexa 3), în legătură cu care subscrisa a efectuat, *inter alia*, următoarele precizări:

- Din conținutul certificatului fiscal anexat rezultă o serie de obligații de plată care nu sunt definitiv confirmate. Aceste sume au un caracter ipotetic și nicidecum definitiv, reprezentând o ipoteză de lucru a autorității fiscale, conform normativelor în materie din Italia (a se vedea în acest sens și nota explicativă din subsolul documentului anexat): *„un act este considerat definitiv în cazul expirării inutile a termenului de recurs sau în cazul rezultatului final al hotărârii judecătorești în întregime sau parțial favorabilă Biroului Teritorial."*

- Pentru confirmarea interpretării subscrisei, am atașat răspunsului nostru:

  - Opinia profesională redactată de KPMG – Studio Associato Consulenza legale e tributaria (Anexa 4), care certică faptul că *„la data de 8 ianuarie 2019, zi în care a fost eliberat de către Agenția Națională de Administrare Fiscală „Certificatul de atestare fiscală privind obligațiile de plată ce rezultă din Baza de Date a Registrului Contribuabilor, nu rezultă, conform legislației italiene, obligații de plată în curs în sarcina Tirrena Scavi S.p.A."*

  - Analiza de caz redactată de Deloitte – Studio Tributario e Societario (Anexa 5), care, de asemenea, certifică faptul că *„la data eliberării certificării înregistrate cu numărul 2019/686 din 8 ianuarie 2019, nu există pe numele societății Tirrena Scavi S.p.A. nicio datorie fiscală scadentă constatată definitiv, care ar trebui vărsată."*

5. În ciuda documentelor și explicațiilor furnizate, fără a solicita vreun set de clarificări, comisia de evaluare, prin intermediul adresei nr. 1660/01.03.2019 (Anexa 6), a declarat oferta subscrisei ca inacceptabilă în temeiul art. 137 alin. 2 lit. b)[2] din Normele Metodologice din 2 iunie 2016 de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractului de achiziție publică/acordului-cadru din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice aprobate prin

---

[1] Art. 196 alin. 1: *„Autoritatea contractantă poate solicita candidaților/ofertanților să depună toate sau o parte dintre documentele justificative ca dovadă a informațiilor cuprinse în DUAE, în orice moment pe durata desfășurării unei proceduri de atribuire, dacă acest lucru este necesar pentru a asigura desfășurarea corespunzătoare a procedurii."*

[2] Art. 137 alin. 2 lit. b) din HG 395/2016: *„În condițiile art. 215 alin. (4) din Lege, oferta este considerată inacceptabilă în următoarele situații: (...) b) A fost depusă de un ofertant care nu îndeplinește unul sau mai multe dintre criteriile de calificare stabilite în documentația de atribuire sau nu a completat DUAE în conformitate cu cerințele stabilite de autoritatea contractantă."*

Hotărârea Guvernului nr. 395/2016 (în continuare, „HG 395/2016"), a respins oferta subscrisei în temeiul art. 137 alin. 1 din HG 395/2016[3] și a exclus această ofertă din procedura de atribuire în temeiul art. 165 alin. 2 din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice.

6. În cele ce urmează, vom demonstra nelegalitatea si netemeinicia deciziei comisiei de evaluare.

II. NETEMEINICIA ȘI NELEGALITATEA DECIZIEI COMISIEI DE EVALUARE

A. *NETEMEINICIA MOTIVELOR INVOCATE DE COMISIA DE EVALUARE*

7. În justificarea deciziei de respingere ca inacceptabilă a ofertei subscrisei, comisia de evaluare a invocat următoarele argumente:

- *Prin intermediul certificatului fiscal depus de Tirreno Scavi se menționează existența a 4 (patru) avize de constatare care ar demonstra că în calitate de operator economic, Tirreno Scavi și-ar fi încălcat în anii precedenți obligațiile privind plata impozitelor, taxelor sau contribuțiilor la bugetul general consolidat al țării de origine;*
- *Analizele întocmite de KPMG și, respectiv, Deloitte ar explica doar problema datoriilor definitive, ceea ce în legea română ar avea corespondent în prevederile art. 165 alin. 1 din Legea nr. 98/2016;*
- *Tirreno Scavi nu ar fi tratat deloc aspectele prevăzute de art. 165 alin. 2 și nu ar fi prezentat vreun document prin care să demonstreze că se încadrează în prevederile art. 165 alin. 3;*
- *Astfel, comisia de evaluare a aplicat prevederile art. 165 alin. 2 care ar reglementa un alt temei juridic, ce nu ar fi fost analizat nici de către Tirreno Scavi, nici de către cele două firme de audit;*
- *În consecință, comisia de evaluare se întemeiază pe expresia „mijloace adecvate" din cadrul art. 165 alin. 2 din Legea nr. 98/2016 în care s-ar încadra și certificatele fiscale emise de Agenția de Administrare Fiscală din Italia, apreciind astfel ca nefiind necesară cunoașterea și interpretarea unei legi străine, fiind suficientă existența unor înscrisuri care pot fi folosite ca mijloace adecvate de probă.*

8. Astfel, în esență, comisia de evaluare a respins ca inacceptabilă oferta Tirrena Scavi S.p.A apreciind că subscrisa și-ar fi încălcat un set de obligații fiscale față de statul italian.

9. În acest sens, comisia de evaluare apreciază că certificatul fiscal pus la dispoziția sa de către Tirrena Scavi ar reprezenta un „mijloc adecvat" de probă din care ar rezulta că subscrisa și-ar fi încălcat obligații fiscale, în înțelesul art. 165 alin. 2 din Legea nr. 98/2016 conform căruia:

> *„(2) Autoritatea contractantă exclude din procedura de atribuire un operator economic în cazul în care poate demonstra prin orice mijloace adecvate că respectivul operator economic și-a încălcat obligațiile privind plata impozitelor, taxelor sau a contribuțiilor la bugetul general consolidat."*

---

[3] Art. 137 alin. 1 din : *„Comisia de evaluare are obligația de a respinge ofertele inacceptabile și neconforme."*

10. În concret, comisia de evaluare a interpretat și a aplicat în mod eronat această dispoziție legală atunci când a respins ca inacceptabilă oferta Tirrena Scavi.

11. *În primul rând*, este manifest, din chiar litera art. 165 alin. 2 din Legea nr. 98/2016,că sarcina probei cu privire la o eventuală încălcare a obligațiilor privind plata impozitelor, taxelor sau a contribuțiilor la bugetul general consolidat, de către operatorul economic ofertant, revine comisiei de evaluare, care trebuie să „poat[ă] demonstra" existența cazului de excludere prin „mijloace adecvate".

12. Or, prin intermediul deciziei de respingere ca inacceptabilă a ofertei Tirrena Scavi S.p.A, comisia de evaluare admite că singurul mijloc *„adecvat"* de probă avut în vedere pentru respingerea ca inacceptabilă a ofertei subscrisei, este reprezentat de certificatul fiscal pus la dispoziția acesteia de către Tirrena Scavi.

13. Întrucât, așa cum vom detalia mai jos, certificatul fiscal pus la dispoziția comisiei de evaluare nu probează în vreun fel încălcarea unor obligații fiscale ale Tirrena Scavi față de statul italian, poziția Tirrena Scavi este că, prin raportare la sarcina probei care îi revine, comisia de evaluare nu a demonstrat nici măcar aparența aplicabilității cazului de excludere prevăzut de art. 165 alin. 2 din Legea nr. 98/2016.

14. *În al doilea rând*, din cuprinsul certificatului fiscal pe care Tirrena Scavi l-a pus la dispoziția comisiei de evaluare nu rezultă nici măcar existența certă a unor obligații fiscale în sarcina subscrisei, cu atât mai puțin încălcarea unor astfel de obligații de către subscrisa.

15. Astfel, certificatul fiscal în discuție conține numai mențiuni referitoare la sarcini fiscale care nu sunt confirmate în mod definitiv, din aceste certificate reieșind că *„un act este considerat definitiv în cazul expirării inutile a termenului de recurs sau în cazul rezultatului final al hotărârii judecătorești în întregime sau parțial favorabilă Biroului Teritorial."*

16. În consecință, ceea ce constată certificatul fiscal în discuție – singurul înscris pe care s-a bazat comisia de evaluare – este exclusiv o obligație fiscală incertă în ceea ce privește existența sa. În speță nu se verifică, așadar, premisa cazului de excludere prevăzut de art. 165 alin. 2 din Legea nr. 98/2016, anume existența unei creanțe fiscale certe și, corelativ, a unei obligații fiscale certe, susceptibilă de a fi încălcată.

17. Într-adevăr, chiar Consiliul reține, în practica sa, că art. 165 alin. 2 din Legea nr. 98/2016 nu poate fi aplicat atunci când autoritatea contractantă se bazează doar pe un certificat fiscal care, prin chiar conținutul său, atestă exclusiv creanțe fiscale nedefinitive (incerte), un asemenea înscris neputând fi un mijloc de probă „adecvat", deci concludent, în sensul art. 165 alin. (2). Mai mult, operatorul economic nu are obligația de a face dovada eventualelor proceduri care conferă creanțelor fiscale caracterul incert – de pildă, procedura administrativă în fața organelor fiscale ori procoedura judiciară – căci sarcina probei revine autorității contractante, care trebuie măcar să solicite clarificări suplimentare, inclusiv, în mod direct, de la organul fiscal în discuție.

18. Astfel, într-o speță similară celei de față, autoritatea contractantă a aplicat art. 165 alin. 2 în temeiul unui certificat fiscal eliberat de autoritățile fiscale române, în care se consemna că ofertantul ar avea datorii fiscale substanțiale față de bugetul de stat și bugetul asigurărilor și

fondurilor speciale (aproximativ 65 de milioane lei), dar și că între ofertant și autoritatea fiscală „există situații litigioase nefinalizate neexistând un total definitiv al datoriilor".

19. Consiliul a admis contestația ofertantului, reținând că:

„Într-o atare situație, Consiliul constată că autoritatea contractantă nu poate face aplicarea prevederilor art. 165 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, respectiv să respingă oferta depusă de (...) S.A. pentru lotul 3 decât în măsura în care poate demonstra prin orice mijloace adecvate că respectivul operator economic și-a încălcat obligațiile privind plata impozitelor, taxelor sau a contribuțiilor la bugetul general consolidat.

Or, în condițiile în care din cuprinsul adresei nr. 25040/21/09/2017 transmisă de ANAF nu rezultă existența unui total definitiv al datoriilor, Consiliul constată că decizia autorității contractante nu s-a bazat pe dovezi concludente privind încălcarea de către contestator a obligațiilor referitoare la plățile către bugetul general consolidat, acest aspect putând fi demonstrat doar în urma stabilirii cu exactitate, atât a cuantumului datoriilor și a faptului că acestea reprezintă creanță născute ulterior deschiderii procedurii de insolvență, cât și prin stabilirea caracterului definitiv al acestora.

Sub acest aspect Consiliul are în vedere că atât contestatorul cât și ANAF au făcut referire la existența unei situații litigioase însă nici (...) S.A. și nici Administrația Sectorului 4 a Finanțelor Publice nu au prezentat documente relevante în acest sens.

Prin urmare, în măsura în care din documentele aflate la dosarul cauzei (...) nu reiese un total definitiv al datoriilor (...), Consiliul constată că, înainte de a proceda la respingerea ofertei prezentate pentru lotul 3 de către ofertantul în cauză, comisia de evaluare, în exercitarea atribuțiilor sale, trebuia să-i solicite clarificări suplimentare, atât acestuia cât și ANAF, legate de situația litigiilor referitoare la obligațiile de plată ale (...), pentru a se edifica cu privire la caracterul definitiv al datoriilor, astfel cum prevede art. 165 alin. (1) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice și să verifice dacă prezenta situație se încadrează sau nu în excepția prevăzută la art. 165 alin. (3) din același act normativ (...)." (s.n.) (CNSC, Decizia nr. 2852 din 31.10.2017, Anexa 7)

20. *În al treilea rând*, chiar dacă, în ciuda celor arătate, s-ar reține că din conținutul certificatului fiscal pus la dispoziția comisiei de evaluare de către subscrisa ar reieși existența unor obligații fiscale certe în sarcina Tirrena Scavi (ipoteză pe care o respingem ferm datorită caracterului nedefinitiv al creanțelor fiscale indicate în certificatele fiscale), nu există absolut niciun argument sau dovadă care să certifice că Tirrena Scavi ar fi încălcat aceste pretinse obligații.

21. Așadar, pentru a respinge în mod legal o ofertă ca inacceptabilă în temeiul art. 165 alin. 2 din Legea nr. 98/2016, comisia de evaluare este obligată să probeze încălcarea de către operatorul economic a unor obligații de plată a unor creanțe fiscale, iar nu simpla existență a acestor obligații.

22. În mod regretabil, comisia de evaluare omite complet această distincție și, analizând superficial conținutul certificatului fiscal pus la dispoziția sa de către Tirrena Scavi S.p.A., reține că subscrisa și-ar fi încălcat obligații fiscale față de statul de origine.

23. Or, concluzia comisiei de evaluare este necesarmente eronată cât timp din însuși certificatul fiscal pus la dispoziția acesteia rezultă cu certitudine faptul că sancțiunile aplicate – accesorii calculate pentru pretinsele sarcini fiscale – sunt 0,00 EURO.

24. În aceste condiții, este de neînțeles cum a putut concilia comisia de evaluare aprecierea sa conform căreia Tirrena Scavi și-ar fi încălcat obligații fiscale aferente anilor 2013 – 2016 cu mențiunea expresă din cadrul aceluiași certificat constatator în sensul că sancțiunile aplicabile acestui tip de obligații sunt 0,00 EURO.

25. *În al patrulea rând,* afirmațiile comisiei de evaluare referitoare la faptul că prin explicațiile subscrisei, Tirrena Scavi s-ar fi referit exclusiv la prevederile art. 165 alin. 1, omițând prevederile art. 165 alin. 2 din Legea nr. 98/2016, sunt absurde atâta vreme cât, prin documentele și informațiile puse la dispoziția comisiei de evaluare, Tirrena Scavi a demonstrat că nu și-a încălcat nicio obligație fiscală față de statul de origine, demonstrație suficientă, în sine, pentru a stabili inaplicabilitatea art. 165 alin. 2.

26. Subliniem, din nou, că premisa respingerii unei oferte, fie în temeiul art. 165 alin. 1, fie în temeiul art. 165 alin. 2, este reprezentată de probarea **încălcării** unei obligații fiscale, simpla mențiune referitoare la obligații fiscale neconfirmate în mod definitiv (deci incerte) din cuprinsul certificatului fiscal furnizat de Tirrena Scavi neputând servi drept dovadă a încălcării unor obligații ale subscrisei.

27. Astfel, contrar susținerilor comisiei de evaluare, certificatul fiscal furnizat de Tirrena Scavi nu poate fi considerat un mijloc de probă adecvat care să demonstreze **încălcarea** obligațiilor fiscale față de statul italian de către subscrisa.

28. *În al cincilea rând,* pentru a demonstra corectitudinea interpretării Tirrena Scavi date certificatului fiscal pus la dispoziția comisiei de evaluare, subscrisa a apelat la exertiza a două dintre cele mai importante societăți de audit financiar, respectiv KPMG și Deloitte.

29. Astfel, prin intermediul opiniei profesionale emise de KPMG la data de 21 ianuarie 2019 (Anexa 4), ca efect al analizei conținutului certificatului de atestare fiscală nr. 686/08.01.2019, s-a concluzionat că:

„La data de 8 ianuarie 2019, zi în care a fost eliberat de către Agenția Națională de Administrare Fiscală certificatul de atestare fiscală privind obligațiile de plată ce rezultă din Baza de Date a Registrului Contribuabililor, nu rezultă, conform legislației italiene, obligații de plată în curs în sarcina Tirrena Scavi S.p.A."

30. În același sens, conform opiniei profesionale emise de Deloitte la data de 23 ianuarie 2019 (Anexa 5), în urma analizei aceluiași certificat fiscal, s-a concluzionat că:

„Din examinarea certificărilor menționate mai sus, rezultă că nu există datorii fiscale constatate în mod definitiv pe seama societății Tirrena Scavi S.p.A., după cum rezultă din investigările realizate de Administrația financiară în acest scop.

În mod specific, conform normativelor de referință, se înțelege că o obligație fiscală este considerată ca fiind datorată cu titlu definitiv atunci când documentul care îi constată existența, incluzând respectiva cerere de plată, nu a fost definit în cadrul procedurii de

constatare cu acordul părții cercetate sau când nu a făcut obiectul unui recurs față de Comisia Fiscală conform termenilor legali. O obligație fiscală mai este considerată definitivă atunci când, în urma recursului față de actul emis de Administrația financiară, sentința emisă la încheierea judecății a confirmat existența impozitelor solicitate prin hotărâre definitivă.

În cazul de față, referitor la avizele de constatare indicate în certificările din obiect, rezultă că societatea Tirrena Scavi S.p.A. a inițiat așa-numita procedură de „constatare cu acordul părții", conform articolelor 5, 6 și 12 din Decretul Legislativ nr. 218/97 și de aceea nu are datorii fiscale definitive.

Pentru a completa cele de mai sus, se observă că metoda constatării cu acordul părții este un instrument menit să definească pretențiile fiscale prezentate de Administrația financiară prin atingerea unui acord în contradictoriu cu contribuabilul și cu semnarea de către ambele părți a unui acord.

Pe baza normativei de referință, expusă mai sus sintetic, precum și în urma celor rezultate în sistemul informațional al registrului fiscal conform celor certificate de Oficiul Fiscal, Direcția provincială din Lucca/ Biroul Teritorial din Viareggio, rezultă că la data eliberării certificării înregistrate cu numărul 2019/686 din 8 ianuarie 2019 nu există pe numele societății Tirrena Scavi S.p.A., nicio datorie fiscală scadentă constatată definitiv, care ar trebui achitată."

31. Pe cale de consecință, respingerea ofertei Tirrena Scavi S.p.A. ca inacceptabilă pe temeiul prevederilor art. 165 alin. 2 din Legea nr. 98/2016 este vădit neîntemeiată.

32. Pentru toate motivele arătate, este manifestă, în speță, inaplicabilitatea art. 165 alin. 2 din Legea nr. 98/2016, fiind dovedit caracter nelegal și netemeinic al deciziei comisiei de evaluare.

B. *ÎNCĂLCAREA PREVEDERILOR FIȘEI DE DATE DE CĂTRE COMISIA DE EVALUARE*

33. Conform prevederilor art. 20 alin. 1 lit. a și alin. 3 din HG 395/2016, în forma în vigoare la data inițierii procedurii de atribuire a Proiectului, fișa de date face parte din documentația de atribuire și trebuie să prevadă:

„(...) informații generale standard, însoțite de formalitățile ce trebuie îndeplinite în legătură cu procedura de atribuire în cauză, particularizate în funcție de contextul în care se încadrează achiziția, aspectele/cerințele care pot face obiectul DUAE, criteriile de calificare și selecție, dacă este cazul, informații privind garanția de participare, modul în care trebuie întocmite și structurate propunerea tehnică și cea financiară, criteriul de atribuire ce urmează a fi aplicat, precum și căile de atac ce pot fi utilizate." (s.n.)

34. În concret, în partea a II-a a Secțiunii III.2.1.a) Situația personală a candidatului sau ofertantului din cadrul Fișei de Date a procedurii (Anexa 8) autoritatea contractantă stabilește următoarele:

„Ofertantul unic/ ofertantul asociat/ subcontractantantul/ Terțul susținător va completa DUAE – Partea III – „Motive de excludere" – Secțiunea B „Motive legate de plata impozitelor sau a contribuțiilor la asigurările sociale.

De asemenea, ofertantul clasat pe primul loc după aplicarea criteriului de atribuire, anterior atribuirii contractului, va prezenta, la solicitarea Autorității Contractante, următoarele documente edificatoare care probează/ confirmă neîncadrarea în situațiile prevăzute la art. 165 de mai sus (...)." (s.n.)

35. Din prevederile fișei de date rezultă cu certitudine faptul că autoritatea contractantă a decis că va solicita documente justificative în legătură cu plata impozitelor sau contribuțiilor de asigurări sociale, doar ofertantului clasat pe primul loc, urmând ca ceilalți ofertanți să se limiteze la declarația din cadrul DUAE.

36. Prin urmare, autoritatea contractantă, fără vreun motiv aparent, abandonează regulile stabilite prin intermediul fișei de date a procedurii, solicitând Tirrena Scavi documente justificative pentru a demonstra condiții de calificare, în ciuda faptului că oferta subscrisei nu fusese declarată ca fiind clasată pe primul loc în cadrul procedurii.

37. Critica arătată nu este una formală. Autoritatea contractantă este ținută de Fișa de Date, prin care, în limitele permise de lege, sunt stabilite regulile desfășurării procedurii. În speță, autoritatea a înțeles ca, prin Fișa de Date, să circumstanțieze în mod precis momentul la care se vor solicita informațiile legate de plata impozitelor sau a contribuțiilor la asigurările sociale – i.e., ulterior desemnării ofertantului câștigător.

38. Dincolo de obligativitatea formală a respectării Fișei de Date, rațiunea substanțială pentru care autoritatea nu poate schimba această regulă pe parcursul procedurii constă în împrejurarea că ofertanții înșiși își orientează conduita în funcție de Fișa de Date. Prin urmare, este perfect rațional și legal ca, sprijinindu-se pe Fișa de Date, un ofertant să aibă în vedere contestarea cu succes a unei obligații fiscale ori stingerea acesteia pe altă cale până la data la care, potrivit Fișei de Date, trebuie să furnizeze informații privind situația sa fiscală. Încălcarea, de către autoritate, a prevederilor Fișei de Date, pe care tot ea le-a stabilit, are astfel efectul de a-i surprinde pe ofertanți, înșelând așteptarea legitimă bazată pe prevederile Fișei de Date, cu singurul scop de a elimina ofertanții din procedură.

C. *APLICAREA ABUZIVĂ A ART. 196 ALIN. 1 DIN LEGEA 98/2016 DE CĂTRE COMISIA DE EVALUARE*

39. Ignorând prevederile fișei de date a procedurii, comisia de evaluare indică drept temei juridic al solicitării sale de clarificări, prevederile Art. 196 alin. 1 din Legea nr. 98/2016:

„Autoritatea contractantă poate solicita candidaților/ ofertanților să depună toate sau o parte dintre documentele justificative ca dovadă a informațiilor cuprinse în DUAE, în orice moment pe durata desfășurării unei proceduri de atribuire, dacă acest lucru este necesar pentru a asigura desfășurarea corespunzătoare a procedurii."

40. Deși este adevărat că acest text legal permite autorității contractante să solicite ofertantului depunerea documentelor justificative a informațiilor cuprinse în DUAE în orice moment pe durata desfășurării unei proceduri de atribuire, legea nu conferă autorității contractante o prerogativă absolută în acest sens, condiționând solicitarea de documente justificative de necesitatea asigurării desfășurării corespunzătoare a procedurii.

41. Aşadar, spre deosebire de ipoteza solicitării adresate ofertantului declarat câştigător în temeiul art. 196 alin. 2 din Legea nr. 98/2016 pe care autoritatea contractantă este obligată să o realizeze[4], solicitarea de clarificări în temeiul art. 196 alin. 1 din Legea nr. 98/2016 este condiţionată de necesitatea asigurării desfăşurării corespunzătoare a procedurii.

42. În concret, solicitarea de clarificări a comisiei a fost emisă în manifestarea unui abuz de drept interzis în dreptul român prin Art. 15 din Codul civil, conform căruia:

„Niciun drept nu poate fi exercitat în scopul de a vătăma sau păgubi pe altul ori într-un mod excesiv şi nerezonabil, contrar bunei-credinţe."

43. Aşadar, autoritatea contractantă nu a evocat necesitatea asigurării desfăşurării corespunzătoare a procedurii atunci când emite solicitarea din data de 25.01.2019, neexistând nici măcar o justificare aparentă pentru decizia acesteia de a solicita subscrisei documente justificative înainte de declararea ofertei subscrisei ca fiind câştigătoare.

44. În realitate, decizia autorităţii contractante nu reprezintă altceva decât o acţiune vădit abuzivă, coordonată în cadrul tuturor procedurilor de atribuire aflate în curs la care Tirrena Scavi participă în calitate de ofertant, având drept scop prestabilit respingerea ofertelor subscrisei pentru acest motiv neîntemeiat.

45. În acest sens, arătăm că CNAIR a respins oferta Tirrena Scavi invocând pretinsa încălcare a prevederilor art. 165 din Legea nr. 98/2016 şi în cadrul procedurii de atribuire a Contractului contractului de lucrări *„Reabilitare DN 6 Alexandria-Craiova, Lot 2 – km 132+435 – km 185+230 – relicitare"* (Anexa 9).

46. Pentru motivele arătate în secţiunea anterioară, este nelegală conduita autorităţii contractante de a se îndepărta de la prevederile clare ale Fişei de Date şi, sub pretextul aplicării art. 196 alin. 1 din Legea nr. 98/2016, de a surprinde ofertantul cu o solicitare care are ca unic scop excluderea din procedură, fără să existe măcar o încercare a autorităţii de a justifica un scop legitim al solicitării formulate.

D. ÎNCĂLCAREA PREVEDERILOR ART. 134 ALIN. 1 DIN HG 395/2016 DE CĂTRE COMISIA DE EVALUARE

47. Conform art. 134 alin. 1 din HG 395/2016:

„Comisia de evaluare are obligaţia de a stabili care sunt clarificările şi completările formale sau de confirmare, necesare pentru evaluarea fiecărei solicitări de participare/oferte, precum şi perioada de timp acordată pentru transmiterea acestora, termenul-limită neputând fi stabilit decât la nivel de zile lucrătoare, fără a fi precizată o oră anume în cadrul acestuia."

---

[4] Art. 196 alin. 2 din Legea nr. 98/2016: *„(2)Înainte de atribuirea contractului de achiziţie publică/acordului-cadru, cu excepţia situaţiei contractelor subsecvente atribuite în executarea unui acord-cadru, autoritatea contractantă solicită ofertantului clasat pe primul loc după aplicarea criteriului de atribuire să prezinte documente justificative actualizate prin care să demonstreze îndeplinirea tuturor criteriilor de calificare şi selecţie, în conformitate cu informaţiile cuprinse în DUAE, cu excepţia procedurilor desfăşurate în mai multe etape când documentele justificative sunt solicitate înainte de transmiterea invitaţiilor pentru etapa a doua către candidaţii selectaţi."*

48. În concret, în ciuda răspunsului elaborat din partea subscrisei, însoțit de documente justificative a căror interpretare este realizată prin intermediul unor opinii profesionale emise de cele mai reputate societăți de audit financiar din lume, comisia de evaluare a procedat direct la respingerea ofertei subscrisei, fără a ne acorda posibilitatea de a aduce și alte lămuriri în sprijinul poziției noastre, care, prin raportare la soluția comisiei de evaluare, ar fi fost cu siguranță necesare.

49. Nelegalitatea conduitei comisiei de evaluare nu rezultă doar din interpretarea gramaticală a prevederilor legale de mai sus, ci și din jurisprudența Curții de Justiție a Uniunii Europene, ca și din poziția adoptată de către Consiliu în practica sa.

50. Astfel, atât în Cauza C-599/10 SAG ELV Slovensko a.s. împotriva Úrad pre verejné obstarávanie, cât și în Cauzele conexate C-285/99 și C-286/99 Impresa Lombardini SpA — Impresa Generale di Costruzioni, Curtea de Justiție a reținut că:

> *„Existența unei dezbateri contradictorii efective, plasată într-un moment util în procedura de examinare a ofertelor, între autoritatea contractantă și candidat, în scopul ca acesta din urmă să poată demonstra că oferta sa este serioasă, constituie o cerință a Directivei 2004/18 în vederea evitării arbitrariului din partea autorității contractante și a garantării unei concurențe sănătoase între întreprinderi."*

51. În mod evident, respingând oferta subscrisei fără a solicita vreo clarificare în legătură cu documentele puse de Tirrena Scavi la dispoziția acesteia pentru a demonstra respectarea prevederilor art. 165 alin. 2 din Legea nr. 98/2016, comisia de evaluare nu a asigurat o dezbatere efectivă care să permită subscrisei să convingă comisia de evaluare în legătură cu respectarea art. 165 alin. 2 din Legea nr. 98/2016.

52. În mod corespunzător, Consiliul reține că, atunci când din însuși documentul pe care se bazează autoritatea rezultă doar sarcini fiscale nedefinitive (incerte), autoritatea este datoare, cel puțin, să solicite clarificări suplimentare prin sarcinile respective (a se vedea, de exemplu, decizia 2852/31.10.2017, citată *supra*, paragraful 19).

53. În concluzie, prin respingerea directă, fără solicitarea de clarificări a ofertei subscrisei, comisia de evaluare a încălcat vădit și prevederile art. 134 alin. 1 din HG 395/2016, care preia exigențe ale dreptului Uniunii Europene în materia achizițiilor publice, exigențe dezvoltate în jurisprudența Curții de Justiție a Uniunii Europene, conform celor detaliate mai sus.

III. *APLICABILITATEA ART. 165 ALIN. 3 DIN LEGEA NR. 98/2016*

54. Din ansamblul argumentelor subscrisei precum și din conținutul opiniilor profesionale depuse la dosarul achiziției, reiese cu certitudine faptul că certificatul fiscal pus la dispoziția comisiei de evaluare nu constată obligații fiscale definitive, acestea urmând a fi definite în urma unei proceduri de mediere specifice legislației fiscale italiene, așa-numita *"constatare cu acordul părții"*.

55. Prin urmare, din certificatul fiscal prezentat de Tirrena Scavi nu rezultă, sub nicio formă, încălcarea unor obligații fiscale ale Tirrena Scavi față de statul italian, astfel că respingerea ca inacceptabilă a ofertei Tirrena Scavi pe acest temei este vădit neîntemeiată.

56. Cu toate acestea, în măsura în care Consiliul ar fi înclinat să accepte interpretarea poziției autorității contractante, depunem la dosarul cauzei un nou certificat constatator emis la data de 18.02.2019 de către autoritatile fiscale italiene, din care rezultă faptul că *"nu există obligații de plata neachitate"* (Anexa 10).

57. Întrucât comisia de evaluare a luat decizia de a respinge oferta Tirrena Scavi la data de 01.03.2019, deci ulterior emiterii certificatului fiscal din data de 18.02.2019, solicităm CNSC să facă aplicarea prevederilor art. 165 alin. 3 din Legea nr. 98/2016, conform cărora:

„Operatorul economic nu este exclus din procedura de atribuire dacă, anterior deciziei de excludere, își îndeplinește obligațiile prin plata impozitelor, taxelor sau contribuțiilor la bugetul general consolidat datorate ori prin alte modalități de stingere a acestora sau beneficiază, în condițiile legii, de eșalonarea acestora ori de alte facilități în vederea plății acestora, inclusiv, după caz, a eventualelor dobânzi ori penalități de întârziere acumulate sau a amenzilor."

58. Tirrena Scavi respinge ferm interpretarea comisiei de evaluare în sensul că certificatul fiscal din data de 08.01.2019 ar demonstra încălcarea unor obligații fiscale de către subscrisa, însă, ca o apărare subsidiară, pentru ipoteza în care CNSC ar fi înclinată să admită această interpretare, arătăm că prin raportare la prevederile art. 165 alin. 3 din Legea nr. 98/2016, subscrisa nu ar putea fi exclusă din prezenta procedură de atribuire.

***

Pentru toate aceste considerente, vă solicităm respectuos:

- Să dispuneți anularea deciziei comisiei de evaluare privind declararea ofertei Tirrena Scavi S.p.A. ca inacceptabilă și excluderea subscrisei din procedură și, respectiv, anularea Adresei CNAIR nr. 13B/1660/01.03.2019 prin care a fost comunicată Tirrena Scavi S.p.A această decizie și, pe cale de consecință, să constatați ca fiind acceptabilă și conformă oferta Tirrena Scavi S.p.A. sau, în subsidiar, să obligați autoritatea contractantă să declare ca fiind acceptabilă și conformă oferta Tirrena Scavi S.p.A.;

- Să obligați autoritatea contractantă la plata tuturor cheltuielilor ocazionate de prezenta contestație.

În drept, prezenta contestație este întemeiată pe prevederile art. 8 și urm. din cadrul Legii nr. 101/2016, art. 165 alin. 2 din Legea nr. 98/2016, art. 134 alin. 1 din HG 395/2016 precum și pe orice alte texte legale invocate în sprijinul susținerilor subscrisei.

În probațiune, solicităm încuviințarea probei cu următoarele înscrisuri:

- Anexa 1 – Adresa CNAIR nr. 13B/412/17.01.2019;
- Anexa 2 – Adresa Tirrena Scavi nr. 019/SIPIS5/25.01.2019;
- Anexa 3 – Certificat de atestare fiscala nr. 686/08.01.2019;
- Anexa 4 - Opinia profesională redactată de KPMG – Studio Associato Consulenza legale e tributaria;

- Anexa 5 - Analiza de caz redactată de Deloitte – Studio Tributario e Societario;
- Anexa 6 – Adresa CNAIR nr. 1660/01.03.2019;
- Anexa 7 – Decizia CNSC nr. 2852 din 31.10.2017;
- Anexa 8 - Fișa de date a procedurii;
- Anexa 9 – Decizie respingere oferta Tirrena Scavi in Proiectul *„Reabilitare DN 6 Alexandria-Craiova, Lot 2 – km 132+435 – km 185+230 – relicitare"*;
- Anexa 10 – Certificat fiscal din data de 18.02.2019;

precum și orice altă probă a cărei necesitate poate rezulta din cercetarea cauzei și/sau din studierea dosarului procedurii de achiziție.

Precizăm că ne rezervăm dreptul de a completa argumentele prezentate în cuprinsul prezentei contestații cu aspecte care pot rezulta din studierea dosarului de achiziție.

Pentru TIRRENA SCAVI SpA

SCA Șoimulescu, Șoltan și Asociații

DOMNULUI PREȘEDINTE AL CONSILIULUI NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR