SAP 800/23.05.2019

TUCA ZBARCEA
ASOCIATII

Compania Națională de Administrare a Infrastructurii Rutiere - S.A.
23 MAI 2019
Nr. înregistrare 92/ 35613

Către:	**Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor** **Str. Stavropoleos nr. 6, sector 3, București**
Fax:	021 310 4642 / 021 890 0745
E-mail:	*office@cnsc.ro*
Spre știință:	**Compania de Națională de Administrare a Infrastructurii Rutiere** Bd. Dinicu Golescu 38, București, Sector 1, 010873
Fax:	021 264 32 98
E-mail:	*laura.axente@andnet.ro*
De la:	**Astaldi SpA** reprezentată prin **S.C.A. Țuca Zbârcea & Asociații**
Tel/Fax:	021 204 88 99
RE:	**Contestație împotriva Solicitării de clarificări nr. 13B/3918/10.05.2019** **Anunț de participare nr. 176986/11.07.2017**
Data:	**20.05.2019**
Pagini:	**8**

Subscrisa **Astaldi SpA** („**Astaldi**" sau „**Societatea**"), cu sediul în Italia, Roma, strada Giulio Vicenzo Bona, nr. 65-00156, înregistrată la Camera de Comerț, Industrie, Artizanat și Agricultură din Roma cu nr. CEW/9834/2010/CRM0698, cod fiscal 00398970582, reprezentată legal prin dl. Pier Luca Canino și convențional prin **S.C.A. Țuca Zbârcea & Asociații**[1], având sediul în București, Șos. Nicolae Titulescu nr. 4-8, clădirea America House, intrarea Aripa de Vest, etaj 8, sector 1, unde se vor comunica toate actele de procedură referitoare la diferendul intervenit,

în calitate de ofertant în cadrul procedurii de atribuire a contractului având ca obiect „*Proiectare și execuție autostrada Sibiu-Pitești, Secțiunea 5 Curtea de Argeș - Pitești km 92+600 - 122+950*" („**Procedura de atribuire**"),

[1] **Anexa nr. 1** - Împuternicire avocațială.

în contradictoriu cu Compania Națională de Administrare a Infrastructurii Rutiere („**CNAIR**" sau „**Autoritatea contractantă**"), cu sediul în Bd. Dinicu Golescu 38, București, Sector 1, 010873,

în temeiul dispozițiilor art. 8 și ale art. 10 din Legea nr. 101/2016[2], în termen legal, formulăm prezenta:

CONTESTAȚIE

solicitându-vă ca, prin decizia pe care o veți pronunța, să dispuneți:

- anularea parțială a solicitării de clarificare, comunicate subscrisei prin Adresa CNAIR nr. 13B/3918/10.05.2019[3], în partea referitoare la refuzul CNAIR de a înlocui subcontractantul UTI Grup S.A. („**UTI**"); și
- obligarea CNAIR la a solicita subscrisei și, respectiv, a accepta înlocuirea subcontractantului UTI cu un alt subcontractant în temeiul art. 170 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, în situația în care CNAIR apreciază că acest subcontractant se află într-unul din cazurile de excludere reglementate de Legea nr. 98/2016.

pentru următoarele:

MOTIVE

I. CIRCUMSTANȚIEREA DISPUTEI

1. În contextul promovării prezentei contestații, în circumstanțierea situației de fapt, relevante sunt următoarele aspecte>

   a) Prin Adresa nr. 13B/2399/20.03.2019[4], CNAIR a solicitat subscrisei, printre altele, să prezinte (inclusiv pentru subcontractanți) documente justificative actualizate, prin care să demonstreze îndeplinirea criteriului de calificare și selecție, în conformitate cu informațiile cuprinse în Formularul DUAE - Partea III „*Motive de excludere*" - **Secțiunea B „Motive legate de plata impozitelor sau a contribuțiilor la asigurările sociale.";**

   b) Prin Adresa din data de 29.03.2019[5], cu respectarea termenului acordat de către CNAIR, Astaldi a transmis Autorității contractante atât precizările cât și documentele justificative actualizate solicitate. În legătură cu subcontractantul UTI, Astaldi a precizat următoarele:

---

[2] 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 („**Legea nr. 101/2016**").

[3] **Anexa nr. 2** - Solicitarea de clarificare nr. 13B/3918/10.05.2019.

[4] **Anexa nr. 3** - Adresa CNAIR nr. 13B/2399/20.03.2019.

[5] **Anexa nr. 4** - Adresa Astaldi din data de 29.03.2019 conținând răspunsul la Solicitarea de clarificare nr. 13B/2399/20.03.2019.

(i) Documentele depuse pentru UTI constată existența unor debite / datorii cu privire la care UTI a solicitat eșalonarea, solicitare care, la acea dată, era în curs;

(ii) Situația UTI a intervenit recent, fiind constatată de către Astaldi cu prilejul pregătirii răspunsului la Solicitarea de clarificare nr. 13B/2399/20.03.2019;

(iii) Dat fiind că situația UTI ar fi putut reprezenta o posibilă situație de excludere în legătură cu care CNAIR are obligația legală de a solicita ofertantului, o singură dată, înlocuirea subcontractantului aflat în respectiva situație [art. 170 alin. (2) din Legea nr. 98/2016], Astaldi a confirmat că este în măsură să asigure înlocuirea subcontractantului UTI, pentru partea de lucrări pe care acesta urma să le execute (i.e. lucrări ITS), cu subcontractantul Elektra Invest S.R.L., care va executa și această parte de lucrări pe lângă cea deja încredințată și asumată;

(iv) Elektra Invest are capacitatea deplină necesară realizării corespunzătoare a lucrărilor ITS, fiind de altfel acceptată de către CNAIR, în calitate de subcontractant al subscrisei, în alte proiecte similare. În sensul celor arătate, respectiv a asigurării înlocuirii subcontractantului, Astaldi a transmis CNAIR o serie de documente relevante.

c) Prin Adresa nr. 13B/3918/10.05.2019 („**Solicitarea de clarificare**")[6], în legătură cu subcontractantul UTI, într-o interpretare eronată a textelor legale incidente, CNAIR a refuzat înlocuirea subcontractantului UTI, motivat de faptul că acesta se afla, la acel moment, în situația prevăzută la art. 165 alin. (1) din Legea nr. 98/2016 și, în interpretarea eronată a CNAIR, acest caz de excludere nu ar fi de natură a atrage înlocuirea subcontractantului în temeiul art. 170 alin. (2) din același act normativ.

2. Așa cum vom demonstra în continuare, Solicitarea de clarificări este nelegală în partea în care CNAIR refuză înlocuirea subcontractantului UTI aflat, în opinia CNAIR, în situația de excludere prevăzută la art. 165 alin. (1) din Legea nr. 98/2016.

II. TEMEINICIA CONTESTAȚIEI

A. DISPOZIȚII LEGALE INCIDENTE

- **Art. 71 alin. (6) lit. b) din Directiva 2014/24/UE**[7]: *„În scopul de a evita încălcarea obligațiilor menționate la articolul 18 alineatul (2), pot fi luate măsuri corespunzătoare, cum ar fi: (...) b) în conformitate cu articolele 59, 60 și 61, autoritățile contractante pot să verifice, din proprie inițiativă sau la cererea statelor membre, dacă există motive de excludere a subcontractanților în temeiul articolului 57. **În astfel de cazuri, autoritatea contractantă solicită ca operatorul economic să înlocuiască un subcontractant în***

[6] A se vedea Anexa nr. 2 a prezentei contestații.

[7] Directiva 2014/24/UE privind achizițiile publice și de abrogare a Directivei 2004/18/CE.

legătură cu care a rezultat, în urma verificării, că există motive obligatorii de excludere."

- **Art. 165 din Legea nr. 98/2016:** *„(1) Autoritatea contractantă exclude din procedura de atribuire orice operator economic despre care are cunoștință că și-a încălcat obligațiile privind plata impozitelor, taxelor sau a contribuțiilor la bugetul general consolidat, iar acest lucru a fost stabilit printr-o hotărâre judecătorească sau decizie administrativă având caracter definitiv și obligatoriu în conformitate cu legea statului în care respectivul operator economic este înființat. (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) 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.*

- **Art. 170 alin. (1) și (2) din Legea nr. 98/2016:** *„(1) Autoritatea contractantă are obligația de a verifica inexistența unei situații de excludere prevăzute la art. 164, 165 și 167 în legătură cu subcontractanții propuși. (2) În cazul în care este identificată o situație de excludere, cu aplicarea în mod corespunzător a dispozițiilor art. 171, autoritatea contractantă solicită ofertantului / candidatului o singură dată să înlocuiască un subcontractant în legătură cu care a rezultat, în urma verificării, că se află în această situație."*

- **Art. 171 din Legea nr. 98/2016:** *„(1) Orice operator economic aflat în oricare dintre situațiile prevăzute la* art. 164 *și* 167 *care atrag excluderea din procedura de atribuire poate furniza dovezi care să arate că măsurile luate de acesta sunt suficiente pentru a-și demonstra în concret credibilitatea prin raportare la motivele de excludere. (2) În cazul în care autoritatea contractantă consideră dovezile prezentate de operatorul economic în conformitate cu prevederile alin. (1) ca fiind suficiente pentru demonstrarea în concret a credibilității, autoritatea contractantă nu exclude operatorul economic din procedura de atribuire. (3) **Dovezile pe care operatorul economic aflat în oricare dintre situațiile prevăzute la** art. 164 **și** 167 **le poate furniza autorității contractante**, în sensul prevederilor alin. (1), se referă la [...].* (subl. ns.)

B. CNAIR ARE OBLIGAȚIA DE A SOLICITA ȘI, RESPECTIV, ACCEPTA ÎNLOCUIREA SUBCONTRACTANTULUI UTI AFLAT, ÎN OPINIA CNIAR, ÎNTR-O SITUAȚIE DE EXCLUDERE

3. Dispozițiile legale sus-citate converg către o unică concluzie, respectiv aceea că Autoritatea contractantă are obligația legală, în temeiul art. 170 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, de a

solicita ofertantului, o singură dată, înlocuirea subcontractantului aflat în oricare dintre situațiile de excludere reglementate la art. 164, 165 și 167 din Legea nr. 98/2016.

4. Or, Astaldi a arătat deja că este în măsură să asigure înlocuirea subcontractantului UTI, pentru partea de lucrări pe care acesta urma să le execute (i.e. lucrări ITS), cu subcontractantul Elektra Invest S.R.L., care ar putea executa și această parte de lucrări, pe lângă cea deja încredințată și asumată, depunând totodată documente în acest sens.

5. Cu toate acestea, prin Solicitarea de clarificare, CNAIR ne-a comunicat, printre altele, că, în urma analizării informațiilor și documentelor prezentate, comisia de evaluare a constatat că subcontractantul UTI nu ar putea fi înlocuit, *„datorită faptului că nu se află în situațiile prevăzute de art. 170 (2) (...) și nici în cele prevăzute la art. 171 (1) (...)".*

6. Această concluzie este una eronată, urmare a unei interpretări greșite date de către comisia de evaluare dispozițiilor legale menționate, interpretare care nu poate fi acceptată raportat la rațiunea textului de lege relevant în speță, așa cum aceasta rezultă, fără dubiu, din modul în care acesta este redactat, precum și din textul normativ din legislația europeană pe care îl transpune.

7. Directiva 2014 / 24 / UE A Parlamentului European și a Consiliului din 26 februarie 2014 privind achizițiile publice și de abrogare a Directivei 2004/18/CE („**Directiva**") impune fără putință de tăgadă **obligația** autorității contractante de a solicita înlocuirea subcontractantului aflat în oricare dintre situațiile de excludere prevăzute de art. 57 (printre care se află și situația încălcării obligațiilor privind plata impozitelor sau a contribuțiilor la asigurările sociale - art. 57 alin. 2[8]), fără a face distincția pe care, în mod eronat și artificial, o face CNAIR între diferitele situații de excludere prevăzute de lege.

8. Într-adevăr, suplimentar față de Directiva 2014/24/UE, legiuitorul român a inclus la art. 170 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 și trimiterea la art. 171 din lege, ce vizează posibilitatea acordată operatorului economic aflat în oricare dintre situațiile prevăzute la art. 164 și 167, care atrag excluderea din procedura de atribuire, de a furniza dovezi care să arate că măsurile luate de acesta sunt suficiente pentru a-și demonstra în concret credibilitatea prin raportare la motivele de excludere.

9. Dispozițiile art. 171 din Legea nr. 98/2016 reprezintă, însă, un mecanism suplimentar de păstrare în procedură a operatorului economic aflat într-o situație de excludere dintre cele prevăzute la art. 164 sau art. 167 din lege, înainte de a se pune în discuție efectiv excluderea sa și nicidecum nu implică o restrângere / limitare a obligației autorității contractante de înlocuire a subcontractanților doar la situațiile prevăzute de art. 164 și art. 167 din Legea nr. 98/2016. O interpretare în sens contrar ar face, de altfel, inaplicabil în parte și art. 71 alin.

---

[8] **Art. 57 (2) din Directivă:** *„Un operator economic este exclus de la participarea la o procedură de achiziție publică în cazul în care autoritatea contractantă are cunoștință de faptul că operatorul economic și-a încălcat obligațiile privind plata impozitelor sau a contribuțiilor la asigurările sociale și în cazul în care acest lucru a fost stabilit printr-o hotărâre judecătorească sau decizie administrativă având caracter definitiv și obligatoriu, în conformitate cu dispozițiile legale ale țării în care acesta este stabilit sau cu cele ale statului membru al autorității contractante."*

(6), litera b) din Directivă sus citat și, mai mult, ar contraveni scopului trimiterii în sine, respectiv, acela de a asigura operatorii economici că, și în ipoteza în care se află în situațiile de excludere prevăzute la art. 164 și 167 din Legea nr. 98/2016, aceștia pot furniza dovezi pentru a își demonstra credibilitatea raportat la motivele de excludere.

10. Prin urmare, trimiterea pe care art. 170 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 o face la art. 171 din același act normativ nu are semnificația faptului că subcontractantul aflat în situația de excludere prevăzută la art. 165 din lege nu poate fi înlocuit, ci doar aceea că, și în cazul restului cazurilor de excludere (i.e. art. 164 și 167), pot fi furnizate dovezi pentru demonstrarea credibilității.

11. În același sens este și practica CNSC, care consideră legală înlocuirea subcontractantului aflat în situația de excludere prevăzută de art. 165 din Legea nr. 98/2016. În acest sens, citățm, în extras, o decizie a Consiliului[9] care susține interpretarea de mai sus (singura corectă din punctul nostru de vedere):

„Urmarea analizei documentelor depuse cu adresa nr.289/31.10.2017, ***comisia de evaluare a constatat că subcontractantul se află în situația de excludere prevăzută la 165 din Legea nr.98/2017, situație în care a acceptat înlocuirea subcontractantului.*** *În raport cu dispozițiile art.170 alin.1 și 2 din Legea nr.98/2016, potrivit cu care: „(1) Autoritatea contractantă are obligația de a verifica inexistența unei situații de excludere prevăzute la art.164, 165 și 167 în legătură cu subcontractații propuși. (2) În cazul în care este identificată o situație de excludere, cu aplicarea în mod corespunzător a dispozițiilor art.171, autoritatea contractantă solicită ofertantului/candidatului o singură dată să înlocuiască un subcontractant în legătură cu care s rezultat, în urma verificării, că se află în această situație.",* ***Consiliul constată că înlocuirea subcontractantului S.C. ... S.R.L., în condițiile în care s-a dovedit că acesta se află în situația de excludere prevăzută la art.165 din Legea nr.98/2016, s-a efectuat cu respectarea dispozițiilor legale enunțate.*** " (subl. ns.) - (pag. 14 din decizia CNSC atașată).

12. Date fiind argumentele expuse mai sus, precum și sensul textelor legale incidente citate *supra*, rezultă că CNAIR are obligația de a ne solicita înlocuirea subcontractantului UTI Grup S.A. în condițiile în care, în pofida noilor documente depuse anexat Răspunsului subscrisei la Solicitarea de clarificare, având număr de ieșire 026-2019/MR/OF-CD/17.09.2019 („**Răspunsul la Solicitarea de clarificare**")[10], comisia de evaluare și-ar menține concluzia potrivit căreia subcontractantul UTI se află într-una din situațiile de excludere prevăzute de art. 165 din Legea nr. 98/2016.

13. O eventuală excludere a subscrisei motivat de incidența unui caz de excludere a unui subcontractant, fără a solicita subscrisei înlocuirea acestui subcontractant ar reprezenta o măsură abuzivă, aflată în totală opoziție și contradicție atât cu Directiva cât și cu legislația internă care reglementează obligația autorității contractante de a solicita înlocuirea

[9] **Anexa nr. 5** - Decizia CNSC citată în extras.

[10] **Anexa nr. 6** - Răspunsul Astaldi la Solicitarea de clarificare.

subcontractantului aflat în oricare dintre cazurile de excludere; nici legislația europeană și nici cea internă nu limitează această obligație a autorității contractante, ea devenind incidentă ori de câte ori autoritatea constată că un subcontractant se află în unul din cazurile de excludere prevăzute la art. 164, 165 sau 167 din Legea nr. 98/2016.

14. O soluție în sens contrar ar fi vădit nelegală și prin prisma faptului că, inclusiv prin Răspunsul la Solicitarea de clarificări, Astaldi și-a exprimat, în mod neechivoc, încă o dată disponibilitatea de a înlocui subcontractantul UTI Grup S.A, pentru partea de lucrări pe care acesta urma să le execute (i.e. lucrări ITS), cu subcontractantul Elektra Invest S.R.L., care va executa și această parte de lucrări, pe lângă cea deja încredințată și asumată, depunând, totodată, și pentru Elektra Invest S.R.L., documente justificative actualizate.

Pentru toate motivele anterior expuse, vă solicităm să admiteți prezenta contestație astfel cum a fost formulată în petitul său.

În drept, art. 4 alin. (1) lit. a), art. 8, art. 10 din Legea nr. 101/2016 precum și toate celelalte prevederi legale invocate in cuprinsul prezentei.

În probațiune, solicitam încuviințarea probei cu înscrisuri anexate prezentei contestații potrivit OPIS-ului de mai jos. Totodată, ne manifestăm disponibilitatea suplimentării probatoriului în maniera ce va fi considerată oportună de către CNSC.

Comunicăm prezenta contestație, împreună cu înscrisurile menționate în cuprinsul ei, atât către Consiliu, cât și către Autoritatea contractantă.

Totodată, precizăm că dorim să ridicăm personal decizia ce va fi pronunțată de către Consiliu.

Cu deosebită considerație,

Astaldi SpA

prin S.C.A. Țuca Zbârcea & Asociații

Uniunea Națională a Barourilor din România - Barou București
ȚUCA ZBÂRCEA & ASOCIAȚII
SOCIETATEA CIVILĂ DE AVOCAȚI