

ROMÂNIA
CURTEA DE APEL BUCUREȘTI
SECȚIA A VIII-A - CONȚENCIOS ADMINISTRATIV ȘI FISCAL

Dosar nr.1699/2/2019

DECIZIA CIVILĂ NR.63
ȘEDINȚA PUBLICĂ DIN DATA DE 12 aprilie 2019
COMPLETUL CONSTITUIT DIN:
PREȘEDINTE: MARIUS CRISTIAN ISPAS
JUDECĂTOR: VASILE BÎCU
JUDECĂTOR: DOINA VIȘAN
GREFIER ANDREEA CRISTINA FERTU

Pe rol soluționarea plângerii împotriva Deciziei C.N.S.C. nr.322/C7/110 din data de 05.03.2019, formulată de petenta TIRRENA SCAVI SPA, în contradictoriu cu intimata COMPANIA NAȚIONALĂ DE ADMINISTRARE A INFRASTRUCTURII RUTIERE SA, având ca obiect „litigiu privind achizițiile publice-contestație atribuire - Decizia 160/C8/3633 din data de 31.01.2019.

La apelul nominal făcut în ședință publică a răspuns petenta reprezentată prin avocat cu împuternicire avocațială aflată la fila nr.21 din dosar și intimata reprezentată prin consilier juridic Schianu Alina care depune delegație de reprezentare juridică la dosarul cauzei.

Procedura de citare este legal îndeplinită.

S-a făcut referatul cauzei de către grefierul de ședință, care învederează instanței următoarele:

- a fost înaintată documentația administrativă de către CNSC,
- intimata CNAIR a depus întâmpinare în două exemplare , însă nu a fost depusă dovada achitării taxei judiciare de timbru de către petenta Tirrena Scavi Spa, după care, Reprezentantul convențional al petentei, depune la dosar dovada achitării taxei judiciare de timbru în cuantum de 450 de lei.

Nemăfiind cereri prealabile de formulat, excepții de invocat sau probe de administrat, Curtea constată cauza în stare de judecată și acordă cuvântul părților prezente pe fondul plângerii.

Petenta, prin avocat, solicită instanței de control judiciar admiterea plângerii astfel cum a fost formulată, anularea și modificarea Deciziei CNSC, cu consecința anulării deciziei de respingere ca înacceptabilă a ofertei petentei, decizia de anulare a procedurii de atribuire și de asemenea, raportul de atribuire, toate din data de 15.01.2019.

Învederează faptul că sunt două premise fundamentale care impun admiterea plângerii, respectiv: prima premisă o reprezintă dispozițiile art.165 din Legea nr.98/2016, iar cea de-a doua, o reprezintă raționamentele fundamentale adoptate de către CNSC și de către Comisia de evaluare din cadrul autorității contractante

Cu privire la prima premisă, dispozițiile art.165 din Legea nr.98/2016, permit excluderea din procedură în două ipoteze: alineatul 1 se referă la situația în care, printr-o hotărâre judecătorească definitivă sau o decizie administrativă definitivă s-a constatat încălcarea obligațiilor fiscale ale operatorului în statul de rezidență fiscală, iar alineatul al doilea, se referă la situația în care autoritatea contractantă trebuie să stabilească prin mijloace adecvate, că au fost încălcate obligațiile fiscale în statul de rezidență fiscală.

În ceea ce privește cea de-a doua premisă, la început s-a imputat existența obligațiilor fiscale, deși nimeni nu pare să se fi raportat la problema încălcării acestora. S-a mai imputat petentei, faptul că nu a efectuat ea însăși dovada că nu erau îndeplinite condițiile de la art.165 alin.1 și alin.2 din Legea nr.84/2016, cu toate că ambele texte au în vedere o sarcină a probei care cade asupra autorității contractante, nu asupra operatorului. Astfel, din confruntarea acestor premise, rezultă de ce Decizia CNSC este nelegală și neîntemeiată și de ce se impune admiterea plângerii.

Față de dispozițiile art.165 alin.1 din Legea 89/2016, consideră faptul că nu este aplicabil în prezenta speță, nefiind întrunită ipoteza.

La interpelarea instanței, arată faptul că în comuna Luca din Italia au fost notate într-adevăr anumite debite de către fisc, însă în prezent nu mai există aceste debite, fiind emis un nou certificat fiscal. Este adevărat faptul că aceste sarcini apăreau în trei certificate fiscale din datele de 08.11.2018, 13.11.2018 și 10.12.2018.

În continuare, arată faptul că prevederile art.165 alin.1 din Legea 89/2016, nu se aplică în prezenta speță, nefiind pusă în discuție existența unei hotărâri judecătorești definitive sau a unei decizii administrative definitive care să constate încălcarea obligațiilor fiscale. În realitate în discuție erau dispozițiile art.165 alin.2 din Legea nr.89/2016.

Or, CNSC și autoritatea contractantă au considerat faptul că, aceste condiții de excludere a operatorului pe această dispoziție legală ar fi întrinite, dat fiind faptul că, din conținutul acelor trei certificate fiscale rezultau notate anumite sarcini fiscale, respectiv regularizări de impozite pentru anii 2013-2017.

S-a reținut în mod eronat faptul că, ceea ce contează pe art.165 alin.2 din Legea nr.89/2016, este existența sarcinilor fiscale în statul de rezidență. În primul rând, din conținutul acestor certificate fiscale nu rezultă nici măcar existența unor sarcini fiscale certe. Învădușă instanței faptul că, toate cele trei certificate, sunt notificate într-o procedură de stabilire prin acordul părților, având în vedere faptul că aceste sarcini fiscale reprezintă regularizări de impozite. Aceste certificate fac referire la această procedură de constatare amiabilă, potrivit Decretului nr.218/1997, arătând în consecință faptul că aceste sarcini fiscale sunt nedefinitive.

În cadrul procedurii de clarificare, autoritatea contractantă a cerut lămuriri cu privire la acest caracter nedefinitiv, explicându-i-se faptul că aceste creanțe nu sunt încă stabilite cu certitudine, nefiind certe, lichide și exigibile potrivit dreptului fiscal italian. Drept urmare, autoritatea contractantă a solicitat traducerea dispozițiilor relevante a Decretului nr.218/1997. Dispozițiile au fost depuse, rezultând faptul că, în cadrul acestei proceduri, părțile discută existența, întinderea acestor sarcini fiscale, procedura fiind apoi urmată de un așa numit acord de stabilire a acestor creanțe, iar după încheierea acordului, contribuabilul are la dispoziție 20 de zile să procedeze la plata sarcinilor fiscale. Din înscrisurile depuse de către petentă la dosarul cauzei, rezultă faptul că această procedură a fost finalizată pe data de 21.01.2019, după ce i-a fost respinsă oferta ca inacceptabilă.

Astfel, după ce s-a încheiat această procedură, petentei i s-a eliberat o nouă atestare fiscală prin care autoritatea fiscală a arătat faptul că s-a deslășurat procedura de constatare prin acordul părților. În data de 21.01.2019 a fost încheiat acordul de constatare, începând cu această dată petenta avea la dispoziție termenul de 20 de zile pentru a plăti sarcinile fiscale, plata fiind efectuată în data de 21.01.2019. Ca atare, certificatele nu atestă existența unor creanțe certe, lichide și exigibile.

Arată faptul că, i s-a imputat petentei faptul că a încercat să facă dovada că nu erau îndeplinite condițiile de la art.165 din Legea nr.98/2016, prin înscrisuri ulterioare deciziei autorității contractante. Or, petenta nu a făcut altceva decât să întărească interpretarea pe care a avut-o în vedere înainte de excludere, în procedura de clarificare, având în vedere faptul că din certificatele fiscale sarcinile erau nedefinitive, în sensul că nu erau creanțe certe, lichide și exigibile, potrivit legii italiene, scop în care s-a prevalat de dispozițiile legii italiene.

Mai mult decât atât, nu este vorba doar de existență, ci de încălcarea obligațiilor fiscale, or, toate cele trei certificate fiscale sunt concludente din acest punct de vedere, toate indicând la secțiunea de sancțiuni pentru acele sarcini fiscale, suma de 0 euro. Această sumă, confirmă în mod concludent faptul că nu putea fi vorba despre o încălcare a unor sarcini fiscale, fiind de neconceput inexistența vreunei penalități sau sancțiuni în cazul în care acele obligații erau încălcate.

Intimată, prin consilier juridic, solicită respingerea plângerii formulate de către petenta Tirrona Scavi Spa, menținerea deciziei CNSC și în consecință menținerea deciziei Comisiei de evaluare. În mod cert este vorba despre o situație clarificată ulterior deciziei de anulare a procedurii, pe lângă prevederile art.165 din Legea nr.98/2016, trebuie avute în vedere și prevederile art.137 lit.b din Normele metodologice de aplicare a Legii nr.98/2016, față de care autoritatea contractantă

nu ar fi putut sub nicio formă să atribuie o achiziție unei societăți comerciale față de care nu exista certitudinea inexistenței unor obligații de plată restante la impozitele și taxele bugetului de stat.

Sub orice formă, Comisia de evaluare nu putea accepta oferta petentei în condițiile în care ar fi existat chiar și suspiciunea existenței unor datorii la buget.

Petenta, prin avocat, în replică, consideră că tot ceea ce a menționat reprezentantul convențional al intimatelor, confirmă exact decizia autorității contractante, și anume, i se impută petentei faptul că nu rezulta certitudinea inexistenței obligațiilor fiscale, or ceea ce trebuia să stabilească autoritatea contractantă era certitudinea unor încălcări a obligațiilor fiscale.

Curtea declară dezbaterile închise și reține cauza în pronunțare pe fondul plângerii.

CURTEA

Prin plângerea înregistrată la 22.03.2019, petenta TIRRENA SOAVI SpA a chemat în judecată pe intimata COMPANIA NAȚIONALĂ DE ADMINISTRARE A INFRASTRUCTURII RUTIERE („CNAIR”), formulând plângere împotriva Deciziei Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor nr. 322/C7/110 din data de 05.03.2019 de respingere a contestației sale împotriva deciziei autorității contractante privind declararea ofertei petentei ca inacceptabilă comunicată prin adresa CNAIR nr. 92/3075/15.01.2019 și, respectiv, împotriva deciziei autorității contractante de anulare a procedurii de atribuire a Contractului de achiziție publică având ca obiect „Reabilitarea DN6 Alexandria-Craiova, Lot 2 - km 132 + 435 - km 185+230 - relucitare”, conform Raportului Procedurii de Atribuire înregistrat la CNAIR sub nr. 13B/300/15.01.2019, solicitând admiterea plângerii și modificarea Deciziei CNSC în sensul:

a) Anulării deciziei autorității contractante de declarare a ofertei petentei ca inacceptabilă și, respectiv, anularea Adresei CNAIR nr. 92/3075/15.01.2019 prin care a fost comunicată petentei această decizie și, pe cale de consecință, să se constate ca fiind acceptabilă și conformă oferta petentei sau, în subsidiar, să fie obligată autoritatea contractantă să declare ca fiind acceptabilă și conformă oferta petentei;

b) Anulării deciziei autorității contractante privind anularea procedurii de atribuire a Contractului de achiziție publică având ca obiect „Reabilitarea DN6 Alexandria-Craiova, Lot 2 - km 132 + 435 - km 185+230 - relucitare” și, respectiv, anularea corespunzătoare a Raportului procedurii de atribuire înregistrat la CNAIR sub nr. 13B/300/15.01.2019, cu consecința menținerii valabilității procedurii de atribuire a contractului menționat;

c) Constatării împrejurării că oferta petentei a obținut cel mai mare punctaj prin aplicarea criteriului de atribuire „cel mai bun raport calitate-preț” și, pe cale de consecință, să se constate că oferta sa este câștigătoare sau, în subsidiar, să fie obligată autoritatea contractantă să constate oferta petentei ca fiind câștigătoare;

d) Atribuirii Contractului de achiziție publică având ca obiect „Reabilitarea DN6 Alexandria-Craiova, Lot 2 - km 132 + 435 - km 185+230 - relucitare” către Tirrena Scavi S.p.A., a cărei calitate de ofertant câștigător rezultă din informațiile cuprinse în dosarul de soluționare a plângerii sau, în subsidiar, să fie obligată autoritatea contractantă să procedeze la atribuirea Contractului către Tirrena Scavi S.p.A.;

e) Obligării autorității contractante la plata tuturor cheltuielilor ocazionate de prezenta plângere.

În motivarea plângerii, petenta a aratat că:

1. SITUAȚIA DE FAPT

1. Prin Adresa CNAIR nr. 92/39603 din 14.11.2017 (Anexa 1), autoritatea contractantă a adus la cunoștința petentei că oferta depusă în cadrul procedurii de atribuire a contractului de lucrări „Reabilitare DN 6 Alexandria-Craiova, Lot 2-km 132+435 - km 185+230 - relucitare” s-a situat pe locul 2, obținând un total de 94 de puncte.

2. Prin aceeași adresă, petenta a fost înștiințată că oferta câștigătoare - singura care a surselat o - a aparținut Asocierii Scoal Societa Edile Costruzioni e Lavori SA - Secol Romania SRL (în continuare, „Secol”), obținând un punctaj total maxim, de 100 de puncte.

3. Într-un prim raport al procedurii de atribuire, comunicat petentei tot în data de 14.11.2017, s-a prevăzut că acest ofertant - spre deosebire de petentă - nu are declarați subcontractanți în cadrul ofertei.

4. Cu toate acestea, obiectul contractului a cărui atribuire este în discuție include unele activități pentru care antreprenorul are obligația subcontractării.

5. Prin notificarea prealabilă și, apoi, prin contestația formulată (Anexa 2) împotriva rezultatului inițial al procedurii de atribuire, petenta a solicitat, pentru motivul menționat, reexaminarea deciziei de declarare a ofertei depuse de Secol ca fiind câștigătoare și, pe de altă parte, declararea ofertei sale ca fiind câștigătoare de vreme ce aceasta obținuse al doilea cel mai bun punctaj prin aplicarea criteriului de atribuire „cel mai bun raport calitate-preț”.

6. Prin Decizia CNSC nr. 3492/C7/4468/29.12.2017 (Anexa 3), contestația petentei a fost admisă în parte, fiind anulate rezultatul procedurii de atribuire și adresele de comunicare aferente în ceea ce privește evaluarea Asocierii SECOL, dispunându-se astfel obligarea CNAIR la reluarea procedurii de atribuire prin clarificarea și reevaluarea ofertei contestatoarei.

7. Decizia CNSC nr. 3492/C7/4468/29.12.2017 nu a fost atacată cu plângere - nici de către CNAIR, nici de către Asocieria SECOL, devenind astfel definitivă.

8. Conformându-se în cele din urmă cu Decizia CNSC nr. 3492/C7/4468/29.12.2017, autoritatea contractantă a reevaluat oferta Asocierii SECOL și, în mod corect, a respins-o ca inacceptabilă.

9. În urma acestei reevaluări, oferta petentei a fost plasată pe primul loc prin aplicarea criteriului de atribuire „cel mai bun raport calitate-preț” (Anexa 4).

10. În aceste condiții, Secol a formulat contestație înregistrată pe rolul Tribunalului București - Secția a II-a de Contencios Administrativ și Fiscal sub nr. de dosar 9954/3/2018, în care Tirrena Scavi S.p.A. a formulat cerere de intervenție în sprijinul CNAIR, prin intermediul căreia intenționa să repună în discuție aspecte litigioase tranșate definitiv prin Decizia CNSC.

11. Întrucât, în realitate, singura decizie pe care CNAIR o putea lua în mod legal cu privire la oferta Secol era de a o respinge ca inacceptabilă, de vreme ce aceasta nu deținea personalul propriu autorizat și de specialitate prevăzut la art. 3 alin. (3) din OG nr. 43/2000 și la art. 46 din Legea nr. 481/2004 și nici nu a declarat subcontractanți pentru respectivele activități (i) de

Tribunalul București - Secția a II-a de Contencios Administrativ și Fiscal a respins ca neintemeiată contestația Secol prin intermediul Hotărâri nr. 4752/09.07.2018 (Anexa 5), rămasă definitivă prin respingerea recursului Secol de către Curtea de Apel București - Secția a VIII-a de Contencios Administrativ și Fiscal prin intermediul Deciziei nr. 5133/05.10.2018 (Anexa 6).

12. Ulterior, prin Adresa nr. 13N/5134/29.10.2018 (Anexa 7), CNAIR a informat Tirrena Scavi S.p.A. că, drept urmare a celor două hotărâri judecătorești de respingere a contestației Secol, comisia de evaluare a pus în aplicare Decizia CNSC nr. 3492/C7/4468/29.12.2017 (a se vedea Anexa 3), și, aplicând criteriul de atribuire „cel mai bun raport calitate-preț” a constatat că oferta Tirrena Scavi a fost clasată pe primul loc.

13. Așadar, comisia de evaluare a solicitat Tirrena Scavi documentele justificative actualizate pentru a demonstra îndeplinirea criteriilor de calificare și selecție prezentate în Formularul DUAE.

14. Prin intermediul Adresei nr. 017/DN6L2 din data de 08.11.2018 (Anexa 8), Tirrena Scavi s-a conformat solicitării CNAIR transmitând acesteia documentele justificative a căror actualizare era necesară.

Prin intermediul Solicității de clasificări nr. 13B/5572/13.11.2018 (Anexa 9), comisia de evaluare a informat Tirrena Scavi S.p.A. cu privire la următoarele aspecte:

- Certificatul de atestare fiscală prezentat pentru Tirrena Scavi S.p.A. nr. 2018/64592/08.11.2018 (Anexa 10), emis de ANAF - Direcția Județeană Lucea, la pagina 14 și traducere la pagina 16, prezintă o serie de obligații de plată în curs, care nu sunt confirmate definitiv;

- în cadrul certificatului se precizează că cererea a fost depusă la 25.11.2018.

În replică, prin intermediul Adresei 018/DN6L2 din data de 15.11.2018 (Anexa 11), Tirrena Scavi a transmis CNAIR certificatul privind obligațiile de plată ce rezultă din baza de date a registrului contribuabililor nr. 2018/65777-13.11.2018 (Anexa 12), arătând următoarele:

- În ceea ce privește sumele menționate în certificat ca neconfirmate în mod definitiv, acestea au un caracter ipotetic și nicidecum cert, aflându-se încă în dezbatere. Astfel, petenta a arătat că în conformitate cu cele din subsolul certificatului 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.”

Cu privire la data de înregistrare a cererii depuse pentru emiterea primului certificat depus, petenta a arătat că a fost vorba despre o eroare de tehnoredactare a documentului nr. 2018/6459 - 08.11.2018, data reală de depunere a cererii de emitere a certificatului fiind cea de 25 octombrie 2018.

17. Mai departe, prin intermediul Adresei nr. 13B/5794/20.11.2018 (Anexa 13), comisia de evaluare a solicitat Tirrena Scavi:

- Prezentarea documentelor din care să reiasă stadiul de îndeplinire a celor două condiții menționate în nota din cadrul Certificatului de atestare fiscală 2018/65777/13.11.2018;

- Decretul legislativ nr. 472/18.12.1997 și Decretul Președintelui Republicii nr. 445/28.12.2000, modificat prin art. 15 alin. 1 din Legea nr. 183/12.12.2001 menționate în cuprinsul Certificatului de atestare fiscală 2018/65777/13.11.2018;

- Explicarea sintagmei „prezentul certificat nu poate fi prezentat organelor de Administrație Publică sau operatorilor privați de servicii publice”

18. Ca răspuns, prin intermediul Adresei nr. 020/DN66L2/23.11.2018 (Anexa 14), Tirrena Scavi:

- A arătat că certificatul fiscal este el însuși dovada faptului că Tirrena Scavi nu are datorii scadente față de statul italian, nota de subsol din cadrul certificatului demonstrând că procedura de stabilire a respectivelor creanțe fiscale este în curs, nefiind definitivată;

- A pus la dispoziția comisiei de evaluare legislația italiană solicitată, în traducere autorizată;

- A explicat faptul că sintagma „prezentul certificat nu poate fi prezentat organelor de Administrație Publică sau operatorilor privați de servicii publice” reprezintă o cerință specifică a legislației italiene, în temeiul căreia administrațiile publice și operatorii privați de servicii publice sunt obligați să culeagă informațiile necesare (inclusiv cele legate de regularitatea plății contribuțiilor) din oficiu, în mod direct, prin accesarea bazei informatizate de date, neputând solicita prezentarea de certificări pe suport de hârtie, însă, în mod evident, CNAIR nu este vizată de această interdicție.

19. Cu toate acestea, prin intermediul Adresei 13B/6075/28.11.2018 (Anexa 15), comisia de evaluare, pornind de la Cap. B din DUAE - „Motive legate de plata impozitelor sau a contribuțiilor la asigurările sociale”, solicită Tirrena Scavi documente pentru situația în care există obligații cu privire la plata impozitelor și taxelor sau a contribuțiilor la asigurările sociale.

20. Față de această nouă solicitare, prin intermediul Serisorii 021/DN6L2 din data de 04.12.2018 (Anexa 16), Tirrena Scavi a reiterat faptul că:

- Nu se află în situația de a avea obligații de plată în curs cu privire la plata impozitelor și taxelor sau contribuțiilor de asigurări sociale, sumele înscrise în Certificatul de atestare fiscală ca „neconfirmate în mod definitiv” reprezentând doar o ipoteză de lucru a autorității fiscale, nefiind obligatorii;

- Prin prisma acestor argumente, Tirrena Scavi S.p.A. a bifat, în mod corect, răspunsul DA, la întrebarea din DUAE privind îndeplinirea dacă „operatorul economic și-a îndeplinit toate obligațiile cu privire la plata impozitelor și taxelor sau a contribuțiilor la asigurările sociale, atât în țara în care este stabilit, cât și în statul membru al autorității contractante sau entității contractante, în cazul în care este diferit de țara de stabilire”.

21. Prin intermediul Adresei nr. 13B/6305/06.12.2018 (Anexa 17), comisia de evaluare solicită Tirrena Scavi un nou certificat de atestare fiscală care să fie emis de ANAF-Direcția Județeană Lucea, cu o dată ulterioară respectivei adrese.

În replică, prin intermediul Adresei 018/DN6L2 din data de 15.11.2018 (Anexa 11), Tirrena Scavi a transmis CNAIR certificatul privind obligațiile de plată ce rezultă din baza de date a registrului contribuabililor nr. 2018/65777 -13.11.2018 (Anexa 12), arătând următoarele:

- În ceea ce privește sumele menționate în certificat ca neconfirmate în mod definitiv, acestea au un caracter ipotetic și nicidecum cert, aflându-se încă în dezbateri. Astfel, petenta a arătat că în conformitate cu cele din subsolul certificatului anexat „un act este considerat definitiv în cazul expirării termenului de recurs sau în cazul rezultatului final al hotărârii judecătorești în întregime sau parțial favorabilă Biroului Teritorial.”

Cu privire la data de înregistrare a cererii depuse pentru emiterea primului certificat depus, petenta a arătat că a fost vorba despre o eroare de tehnoredactare a documentului nr. 2018/6459 - 08.11.2018, data reală de depunere a cererii de emitere a certificatului fiind cea de 25 octombrie 2018.

17. Mai departe, prin intermediul Adresei nr. 13B/5794/20.11.2018 (Anexa 13), comisia de evaluare a solicitat Tirrena Scavi:

- Prezentarea documentelor din care să reiasă stadiul de îndeplinire a celor două condiții menționate în nota din cadrul Certificatului de atestare fiscală 2018/65777/13.11.2018:

- Decretul legislativ nr. 472/18.12.1997 și Decretul Președintelui Republicii nr. 445/28.12.2000, modificat prin art. 15 alin. 1 din Legea nr. 183/12.12.2001 menționate în cuprinsul Certificatului de atestare fiscală 2018/65777/13.11.2018;

- Explicarea sintagmei „prezentul certificat nu poate fi prezentat organelor de Administrație Publică sau operatorilor privați de servicii publice”

18. Ca răspuns, prin intermediul Adresei nr. 020/DN66L2/23.11.2018 (Anexa 14), Tirrena Scavi:

- A arătat că certificatul fiscal este el însuși dovada faptului că Tirrena Scavi nu are datorii scadente față de statul italian, nota de subsol din cadrul certificatului demonstrând că procedura de stabilire a respectivelor creanțe fiscale este în curs, nefiind definitivată;

- A pus la dispoziția comisiei de evaluare legislația italiană solicitată, în traducere autorizată;

- A explicat faptul că sintagma „prezentul certificat nu poate fi prezentat organelor de Administrație Publică sau operatorilor privați de servicii publice” reprezintă o cerință specifică a legislației italiene, în temeiul căreia administrațiile publice și operatorii privați de servicii publice sunt obligați să culeagă informațiile necesare (inclusiv cele legate de regularitatea plății contribuțiilor) din oficiu, în mod direct, prin accesarea bazei informatizate de date, neputând solicita prezentarea de certificări pe suport de hârtie, însă, în mod evident, CNAIR nu este vizată de această întreprindere.

19. Cu toate acestea, prin intermediul Adresei 13B/6075/28.11.2018 (Anexa 15), comisia de evaluare, pornind de la Cap. B din DUAE - „Motive legate de plata impozitelor sau a contribuțiilor la asigurările sociale”, solicită Tirrena Scavi documente pentru situația în care există obligații cu privire la plata impozitelor și taxelor sau a contribuțiilor la asigurările sociale.

20. Față de această nouă solicitare, prin intermediul Serisorii 021/DN6L2 din data de 04.12.2018 (Anexa 16), Tirrena Scavi a reiterat faptul că:

- Nu se află în situația de a avea obligații de plată în curs cu privire la plata impozitelor și taxelor sau contribuțiilor de asigurări sociale, sumele înscrise în Certificatul de atestare fiscală ca „neconfirmate în mod definitiv” reprezentând doar o ipoteză de lucru a autorității fiscale, nefiind obligatorii;

- Prin prisma acestor argumente, Tirrena Scavi S.p.A. a bifat, în mod corect, răspunsul DA, la întrebarea din DUAE privind îndeplinirea dacă „operatorul economic și-a îndeplinit toate obligațiile cu privire la plata impozitelor și taxelor sau a contribuțiilor la asigurările sociale, atât în țara în care este stabilit, cât și în statul membru al autorității contractante sau entității contractante, în cazul în care este diferit de țara de stabilire”.

21. Prin intermediul Adresei nr. 13B/6305/06.12.2018 (Anexa 17), comisia de evaluare solicită Tirrena Scavi un nou certificat de atestare fiscală care să fie emis de ANAF-Direcția Județeană Lucea, cu o dată ulterioară respectivei adrese.

32. Prin unitate, autoritatea contractantă a depășit cu aproximativ 15 de zile termenul imperativ de 5 zile în care ar fi trebuit să transmită Consiliului punctul său de vedere.

33. În consecință, conform prevederilor legale redată mai sus, autoritatea contractantă a fost decăzută din dreptul de a depune un punct de vedere față de contestația subscrisei, punctul de vedere transmis fiind lovit de nulitate.

34. În al doilea rând, aprecierea CNSC conform căreia „legiuitorul a stabilit sancțiunea decăderii vizavi de lipsa punctului de vedere” este o contradicție în termeni.

35. Astfel, în optica CNSC, autoritatea contractantă ar putea fi decăzută din dreptul de a formula un punct de vedere în legătură cu o contestație doar în ipoteza în care aceasta nu ar depune deloc un punct de vedere, ceea ce este evident absurd.

B. NETEMEINICIA DECIZIEI CNSC

36. În cuprinsul paginilor 31 - 36 ale Deciziei CNSC, Consiliul expune considerentele care l-au determinat să respingă contestația subscrisei.

37. În esență, aceste considerente pot fi grupate astfel:

- Din cadrul răspunsurilor furnizate de Tirrena Scavi nu ar reieși înfișarea vreunei proceduri în vederea clarificării situației obligațiilor fiscale;

- Sarcina probei cu privire la dovada respectării obligațiilor fiscale ar reveni operatorului economic, iar, în orice caz, autoritatea contractantă ar fi avut un rol activ;

- Certificatele fiscale prezentate de Tirrena Scavi prezintă datorii în curs/ existența unor datorii la bugetul de stat italian.

- Opiniile KPMG și Deloitte ar fi fost depuse tardiv raportat la momentul evaluării ofertelor și emiterii deciziei de respingere a ofertei Tirrena Scavi, fiind documente „pro causa”;

- Depunerea la dosarul cauzei a certificatului fiscal din data de 18.02.2019 în care nu mai sunt menționate datorii nedefinitive, ar conduce la concluzia că la data prezentării certificatului din data de 10.12.2018, Tirrena Scavi figura cu datorii la bugetul de stat italian;

- Tirrena Scavi ar fi avut posibilitatea să întreprindă demersurile necesare stingerii obligațiilor de plată amintite sau, după caz, să demonstreze că beneficiază de esalonări sau facilități în vederea plății obligațiilor fiscale, încadrându-se astfel în prevederile art. 165 alin.3 din Legea nr. 98/2016.

38. În cele ce urmează, va demonstra, punct cu punct, netemeinicia considerentelor CNSC.

39. Înalte însă, va prezenta conținutul confirmării obținute din partea autorităților fiscale italiene (Anexa 24) care demonstrează de o manieră incontestabilă, valabilitatea afirmațiilor și susținerilor Tirrena Scavi din fața comisiei de evaluare și, respectiv, din fața CNSC.

a) CONFIRMAREA POZIȚIEI PETENTEI DE CĂTRE AUTORITĂȚILE FISCALE ITALIENE

40. De la bun început, Tirrena Scavi a susținut în fața comisiei de evaluare, și, respectiv, în fața CNSC, că din certificatele fiscale puse la dispoziția comisiei, nu rezultă încălcarea vreunei obligații fiscale a Tirrena Scavi față de statul italian, astfel că respingerea ofertei sale în temeiul art. 165 alin. 1 sau alin. 2 din Legea nr. 98/2016 este nelegală.

41. Cu toate acestea, atât comisia de evaluare, cât și CNSC au reținut contrariul, considerând că din aceste certificate fiscale ar reieși încălcarea unor obligații fiscale ale Tirrena Scavi față de statul italian.

42. În aceste condiții, autoritatea fiscală italiană a emis o confirmare scrisă care demonstrează concludent ceea ce petenta a argumentat în mod întemeiat prin răspunsurile la solicitările comisiei de evaluare și, respectiv, prin contestație - anume că mențiunile din cuprinsul certificatelor fiscale, referitoare la sarcini fiscale neconfirmate în mod definitiv, nu demonstrează încălcarea vreunei obligații fiscale a Tirrena Scavi față de statul italian.

43. Așadar, în cuprinsul certificării atașate prezentei plângeri ca Anexa 24, autoritatea fiscală italiană confirmă următoarele împrejurări:

„Următoarele procese verbale de constatare:

- Nr. T8K03C40087922018 pentru anul de impozitare 2013;

- Nr. T8K03C4009382018 pentru anul de impozitare 2015,

- Nr. T8K03C4008992018 pentru anul de impozitare 2014,

- Nr. T8R06C4010592018 pentru anul de imozitare 2016, indicate în certificările emise în data de:
- 13.11.2018-nr. 65777/2018;
- 04.12.2018-nr. 70309;
- 10.12.2018-nr. 71285/2018.
- 08.01.2019 - nr. 686 (acest din urmă certificat fiscal a fost pus la dispoziția comisiei într-o altă procedură din care am fost excluși pentru același motiv).

au fost definitive, în data de 21.01.2019, prin procedura de constatare cu acordul părții, reglementată de Decretul Legislativ 218/97. Plata sumelor datorate conform actelor de constatare de mai sus, notificate în data de 31.07.2018, trebuia să fie efectuată - chiar și în rate - într-un interval de 20 de zile de la data redactării actului de acord al părții, conform celor prevăzute la art. 8 al Decretului de mai sus. Actele de acord al părții au fost redactate în data de 21.01.2019, iar plata primei rate, pentru toate actele, a fost efectuată în mod regulamentar la aceeași dată."

44. Din cele de mai sus reiese că autoritățile fiscale italiene confirmă indiscutabil susținerile Tirrena Scavi din fața comisiei de evaluare și, respectiv, din fața CNSC, descriind totodată într-o manieră simplă, clară și concisă mecanismul legii italiene de constatare a unor obligații fiscale suplimentare, aplicabil interpretării certificatelor fiscale furnizate de Tirrena Scavi

45. Într-adevăr, așa cum rezultă din cuprinsul Cap. III.2.B din Fișa de Date a procedurii, interpretarea certificatelor de atestare fiscală puse la dispoziția comisiei de evaluare de către persoanele juridice străine, se va efectua în conformitate cu legislația națională a țării de rezidență a ofertantului.

46. Prin urmare, așa cum rezultă de certificarea emisă de autoritățile fiscale italiene, conform legislației italiene, constatarea suplimentară a unor obligații fiscale presupune parcurgerea următorilor pași:

- Emisia avizului de constatare și notificarea acestuia către contribuabilul fiscal;
- Inițierea procedurii de constatare prin acordul părții reglementată de Decretul Legislativ 218/97, interval de timp în care sarcinile fiscale notificate nu sunt definitive, nefiind certe nici sub aspectul existenței, nici sub aspectul întinderii;
- Redactarea și încheierea actului de acord al părții;
- Plata obligațiilor constatate prin acordul părții, într-un termen de 20 de zile de încheierea actului de acord al părții, potrivit art. 8 al aceluiași Decret Legislativ 218/97.

47. În concret, așa rezultă din certificatele fiscale puse la dispoziția comisiei de evaluare, avizele de constatare au fost notificate Tirrena Scavi la 31.07.2018 pentru obligațiile fiscale suplimentare aferente anilor 2013 - 2015 și, respectiv, la data de 08.08.2018 pentru obligațiile fiscale suplimentare aferente anului 2016.

48. Mai mult decât atât, astfel cum Tirrena Scavi a subliniat încă de la început în fața comisiei de evaluare, faptul că procedura de constatare prin acordul părții în legătură cu aceste sarcini suplimentare era în curs la momentul emiterii certificatelor fiscale, rezultă din chiar conținutul acestor certificate fiscale în care se menționează expres că avizele de constatare au fost notificate prin procedura de aderare în curs (a se vedea conținutul certificatelor fiscale atașate ca anexele 10, 12 și 19 la prezenta plângere).

49. Astfel, pe durata desfășurării acestei proceduri de aderare în curs, obligațiile fiscale nu sunt definitive, acestea nefiind certe, nici sub aspectul existenței, nici sub aspectul întinderii, ele devenind certe și exigibile abia ulterior finalizării procedurii de constatare cu acordul părții.

50. Or, așa cum rezultă din aceeași certificare a autorității fiscale italiene, actul privind acordul părții a fost redactat și încheiat abia la data de 21 ianuarie 2019, deci ulterior respingerii ofertei Tirrena Scavi pentru acest motiv.

51. Prin urmare, autoritatea fiscală italiană confirmă susținerile Tirrena Scavi din fața comisiei de evaluare reiterate prin contestație, anume că sarcinile fiscale menționate în cuprinsul certificatelor fiscale puse la dispoziția comisiei de evaluare nu erau definitive la data deciziei comisiei de evaluare și, prin raportare la dreptul italian aplicabil, nu puteau fi încălcate, devenind exigibile abia ulterior finalizării procedurii de constatare cu acordul Părții, deci ulterior datei de 21 ianuarie 2019 și, implicit, ulterior deciziei de respingere a ofertei Tirrena Scavi pentru acest motiv.

52. În fine, așa cum reiese din certificarea atașată, din data de 21 ianuarie 2019, când a fost încheiat actul de constatare prin acordul părții, Tirrena Scavi a beneficiat de un termen suspensiv de 20 de zile pentru efectuarea plății. Petenta a achitat sarcinile fiscale în chiar ziua finalizării procedurii menționate.

53. Prin urmare, autoritățile fiscale italiene certifică faptul că, în conformitate cu legislația italiană, Tirrena Scavi nu și-a încălcat nicio obligație fiscală față de statul italian.

54. În aceste condiții, interpretarea comisiei de evaluare și, respectiv, a CNSC, conform căreia din certificatele puse la dispoziția comisiei de evaluare ar rezulta încălcarea unor obligații fiscale ale Tirrena Scavi față de statul italian este manifest nelegală.

55. În cele ce urmează, va demonstra punctual neîntemeierea considerentelor Deciziei CNSC.

b) DERULAREA PROCEDURII DE CONSTATARE PRIN ACORDUL PĂRȚILOR REZULTĂ DIN ÎNSI ȘI CONȚINUTUL CERTIFICATELOR FISCALE PUSE LA DISPOZIȚIA

56. Din acest punct de vedere, CNSC reține următoarele:

- „De niciunde din cadrul răspunsurilor furnizate și a documentelor atașate nu rezultă faptul că Tirrena Scavi a inițiat vreo procedură în vederea clarificării situației obligațiilor fiscale identificate în cadrul certificatului fiscal eliberat la 10.02.2018 și că a făcut demersuri necesare stingerii obligațiilor de plată amintite sau, după caz, să demonstreze că beneficiază de esalonări sau facilități în vederea plății obligațiilor fiscale.” (pagina 32, paragraf penultim din Decizia CNSC).

57. În primul rând, așa cum sublinia și în secțiunea anterioară, din cuprinsul certificatelor fiscale puse la dispoziția comisiei de evaluare reiese mențiunea expresă a notificării fiecărui avis de constatare prin procedura de aderare în curs.

58. Deci, astfel cum s-a arătat de la bun început, din însuși cuprinsul certificatelor fiscale puse la dispoziția comisiei de evaluare, rezultă faptul că sarcinile fiscale menționate în cuprinsul acestor certificate nu sunt definitive, aflându-se în curs de clarificare prin intermediul procedurii de aderare.

59. În al doilea rând, derularea acestei proceduri la momentul emiterii certificatelor fiscale puse la dispoziția comisiei de evaluare este confirmată în mod incontestabil:

- de certificarea emisă de autoritățile fiscale italiene (a se vedea Anexa 24);
- de opinia profesională Deloitte pusă la dispoziția CNSC (a se vedea Anexa 26).

60. Prin urmare, constatarea comisiei de evaluare, însoțită de CNSC, în sensul existenței unor încălcări ale obligațiilor petentei, pornind de la o pretinsă lipsă a procedurii de clarificare a situației fiscale a Tirrena Scavi, este falsă.

C) SARCINA PROBEI PRIVIND ÎNCĂLCAREA ART. 165 ALIN. 1 ȘI 2 DIN LEGEA 98/2016 APARTINE COMISIEI DE EVALUARE

61. Din acest punct de vedere, CNSC reține următoarele:

- Așa cum a fost elaborată cerința se subînțelege că era în sarcina operatorilor economici să facă dovada că nu figurează cu datorii restante la momentul prezentării certificatelor respective (pagina 31, paragraf 4 din Decizia CNSC);

- Aruncarea de către autoarea contestației a sarcinii probei în direcția achizitoarei nu este judicioasă în cauză, atâta vreme cât achizitoarea a făcut demersuri suficiente (cele 4 solicitări de clarificări adresate) în obținerea unor documente care să probeze, astfel cum a fost solicitat în cadrul fișei de date a achiziției (pagina 34, paragraf ultim și pagina 35, paragraf 1 din Decizia CNSC).

62. Considerentele CNSC sunt vădit neîntemeiate.

63. Potrivit art. 165 alin. 1 și alin.2 reținute drept temel pentru respingerea ofertei subscrisei de către comisia de evaluare:

„(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.”

64. În primul rând, ipoteza de aplicare a art. 165 alin. 1 din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice are în vedere constatarea încălcării obligațiilor fiscale ale operatorului economic prin intermediul unei hotărâri judecătorești sau a unei decizii administrative având caracter definitiv și obligatoriu în conformitate cu legea statului în care respectivul operator economic este înființat, de care autoritatea contractantă are cunoștință.

65. Prin urmare, acest text legal pune în sarcina autorității contractante, dezvăluirea unor astfel de hotărâri judecătorești sau decizii administrative, în ipoteza în care comisia de evaluare ar avea cunoștință de un astfel de document.

66. În concret, nu s-a pus niciodată în discuție problema existenței vreunei hotărâri judecătorești sau a vreunei decizii administrative definitive și obligatorii care să constate încălcarea unor obligații de plată a unor impozite, taxe sau contribuții datorate de Tirrena Scavi S.p.A. bugetului general consolidat al statului italian.

67. Prin urmare, reținerea acestui text legal ca temelie pentru respingerea ofertei petentei este flagrant eronată.

68. În al doilea 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 „poată[ă] demonstra” existența cazului de excludere prin „mijloace adecvate”.

69. Or, comisia de evaluare admite că singurul mijloc „adecvat” de probă avut în vedere pentru respingerea ca inacceptabilă a ofertei petentei, este reprezentat de certificatele fiscale puse la dispoziția acestora de către Tirrena Scavi.

70. Întrucât, așa cum va detalia mai jos, certificatele fiscale puse 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.

71. În aceste condiții, apar ca neintemeiate considerentele CNSC referitoare la pretinsul rol activ al comisiei de evaluare care a solicitat de mai multe ori clarificări în legătură cu certificatele fiscale puse la dispoziția sa, atâta vreme cât, încă de la primul răspuns al subscrisei, se putea concluziona că Tirrena Scavi nu și-a încălcat vreo obligație fiscală față de statul italian.

d) CERTIFICATELE FISCALE PUSE LA DISPOZIȚIA COMISIEI DE EVALUARE NU PREZINTĂ DATORII ÎN CURS ÎNCĂLCATE DE CĂTRE TIRRENA SCAVI

72. Din acest punct de vedere, CNSC reține următoarele:

- în urma evaluării tuturor răspunsurilor furnizate Consiliul are în vedere că membrii comisiei de evaluare au concluzionat că, atât în Certificatul de atestare fiscală nr. 2018/71285/10.12.2018, cât și din celelalte certificate de atestare fiscală ofertantul prezintă datorii în curs (pagina 32, paragraf 3 din Decizia CNSC);

- împrejurarea că în cadrul certificatelor fiscale mai sus amintite sunt înscrise impozitele datorate statului italian pentru anii 2013, 2014, 2015 și 2016 „simele menționate în certificatul ca neconfirmate în mod definitiv, acestea au un caracter ipotetic și nicidecum cert, aflându-se în faza de dezbateră” astfel cum a menționat autoarea contestației în cadrul răspunsurilor furnizate achizitoarei, nu este de natură a considera cerința îndeplinită, întrucât pentru autoritatea contractantă reprezintă interes proba faptului că Tirrena Scavi nu are datorii restante (pagina 32, paragraf 4 din Decizia CNSC);

73. În primul rând, observăm din cele de mai sus că CNSC oscilează între a reține că cerința necesară respingerii unei oferte în temeiul art. 165 alin. 1 sau 2 din Legea nr. 98/2016 ar fi reprezentată, fie de datorii în curs, fie de datorii restante.

74. Or, astfel cum am subliniat în repetate rânduri, chestiunea cerinței necesare pentru respingerea unei oferte în baza art. 165 alin. 1 sau 2 din Legea nr. 98/2016 nu este susceptibilă de interpretări diferite atâta vreme cât din litera acestor prevederi legale rezultă cu claritate că pentru a

respinge o ofertă pe acest temei, este necesară probarea încălcării, iar nu simpla existență a unei obligații fiscale ale operatorului economic.

75. În al doilea rând, din cuprinsul certificatelor fiscale pe care Tirrena Scavi le-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.

76. Astfel, certificatele fiscale în discuție conțin 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.”

77. În consecință, ceea ce constată certificatele fiscale în discuție - singurele înscrisuri 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. 1 sau 2 din Legea nr. 98/2016, anume existența unei creanțe fiscale certe și, corelativ, a unei obligații fiscale certe care să fi fost încălcată.

78. 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.

79. Așadar, nu putem sublinia suficient că pentru a respinge în mod legal o ofertă ca inacceptabilă în temeiul art. 165 alin. 1 sau 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.

80. În mod regretabil, atât comisia de evaluare, cât și CNSC, omit complet această distincție și, analizând superficial conținutul certificatelor fiscale puse la dispoziția lor de către Tirrena Scavi S.p.A., rețin că petenta și-ar fi încălcat obligații fiscale față de statul de origine.

81. Or, concluzia comisiei de evaluare și, respectiv, a CNSC, este necesarmente eronată cât timp din însuși certificatul fiscal pus la dispoziția acestora rezultă cu certitudine faptul că sancțiunile aplicate - accesorii calculate pentru pretinsele sarcini fiscale - sunt

82. În aceste condiții, este de reînțeles cum au putut concilia comisia de evaluare și CNSC aprecierea conform căreia Tirrena Scavi și-ar fi încălcat obligații fiscale aferente anilor 2013 - 2016, cu mențiunea expresă din cadrul aceluiași certificat fiscal în sensul că sancțiunile aplicabile acestui tip de obligații sunt

e) **PRETINSA TARDIVITATE A DEPUNERII OPINIILOR KPMG ȘI DELOITTE DIRECT ÎN FAȚA CNSC**

83. Din acest punct de vedere, CNSC reține că:

- Așa cum a fost reținut și de autoritatea contractantă prezentarea celor două opinii emise de KPMG și Deloitte în data de 23.01.2019, pe parcursul procedurii de contestare, este tardivă raportat la momentul evaluării ofertelor și emiterii deciziei de respingere a ofertei sale, fiind documente „pro causa” (pagina 3, paragraf antepenultim din Decizia CNSC)

84. Considerentele CNSC sunt neîntemeiate.

85. Într-adevăr, în susținerea afirmațiilor petentei, Tirrena Scavi a apelat la expertiza a două dintre cele mai importante societăți de audit financiar din lume, respectiv KPMG și Deloitte.

86. Astfel, prin intermediul opiniei profesionale emise de KPMG la data de 23 ianuarie 2019 (Anexa 25), ca efect al analizei conținutului certificatelor de atestare fiscală nr. 2018/71285/10.12.2018 și nr. 2018/65777 -13.11.2018, s-a concluzionat că:

„La data de 13 noiembrie 2018 și la data de 10 decembrie 2018, zile în care au fost eliberate de către Agenția Națională de Administrare Fiscală certificatele 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.”

87. În același sens, conform opiniei profesionale emise de Deloitte la data de 23 ianuarie 2019 (Anexa 26), în urma analizei aceluiași certificat fiscal, s-a concluzionat că:

„Pe baza normativei de referință, expusă mai sus sintetic, precum și în urma celor rezultate în sistemul informational al registrului fiscal conform celor certificate de Oficiul Fiscal, Direcția provincială din Lucea/ Biroul Teritorial din Viareggio, rezultă că la data eliberării certificărilor înregistrate cu numărul 2018/65777 din 13 noiembrie 2018 și, respectiv, numărul 2018/71285 din 10 decembrie 2018, nu există pe numele societății Tirrena Scavi S.o.A. nicio datorie fiscală scadentă constatată definitiv, care ar trebui achitată.”

88. Revenind la considerentele CNSC, afirmația potrivit căreia aceste documente ar fi fost tardiv obținute de petentă, reprezentând documente pro causa, este superficială, ignorând rațiunea avută în vedere de Tirrena Scavi în legătură cu depunerea acestora în fața CNSC.

89. În concret, cele două opinii profesionale au un rol interpretativ a aceleiași situații de fapt supusă analizei comisiei de evaluare.

90. Cu toate acestea, deși situația de fapt avută în vedere de către Deloitte și KPMG este identică cu cea avută în vedere de către comisia de evaluare, concluziile la care s-a ajuns sunt diametral opuse.

91. Așadar, prezentarea de către petentă a celor două opinii profesionale nu schimbă cu absolut nimic situația de fapt avută în vedere de către autoritatea contractantă, rolul acestora fiind doar acela de a demonstra nețemeinicia interpretării date de autoritatea contractantă a certificatelor fiscale prezentate de subscrisa.

92. În consecință, opiniile Deloitte și KPMG au rol interpretativ, astfel că depunerea lor direct în fața Consiliului este strict consecința interpretării vădit eronate a autorității contractante a certificatelor fiscale puse la dispoziția sa.

f) DEPUNEREA LA DOSARUL CAUZEI A CERTIFICATULUI FISCAL DIN DATA DE 18.02.2019 ÎN CARE NU MAI SUNT MENȚIONATE DATORII NEDEFINITIVE

93. Din acest punct de vedere, CNSC reține că:

- Cu ocazia formulării concluziilor scrise înaintate Consiliului, societatea contestatoare atașază un nou certificat fiscal, 3507/18.02.2019, emis la data de 18.02.2019, despre care menționează ca este emis ulterior finalizării procedurii de „constatare cu acordul părții” dintre Tirrena Scavi și autoritățile fiscale italiene, din care rezultă faptul că „nu există obligații de plată neachitate” (pagina 33, paragraf penultim din Decizia CNSC)

- Din examinarea certificatului prezentat se are în vedere că respectivele mențiuni vizavi de impozitele datorate anilor 2013, 2014, 2015 și 2016 nu se mai regăsesc în noul certificat, aspect care conduce la concluzia că la data prezentării Certificatului de atestare fiscală nr. 2018/71285/10.12.2018, Tirrena Scavi SpA figura cu datorii la bugetul de stat, respectiv impozitele aferente anilor 2013, 2014, 2015 și 2016 datorate statului italian (pagina 33, paragraf ultim din Decizia CNSC).

94. Într-adevăr, pentru a demonstra buna-credință a Tirrena Scavi precum și validitatea tuturor susținerilor petentei din fața comisiei de evaluare, a depus la dosarul cauzei un nou certificat fiscal, emis la data de 18.02.2019 (Anexa 27), ulterior finalizării procedurii de „constatare cu acordul părții” dintre Tirrena Scavi și autoritățile fiscale italiene, din care rezulta faptul că nu exista obligații de plată neachitate.”

95. Constatarea CNSC în sensul că depunerea acestui nou certificat ar confirma că la data prezentării Certificatului de atestare fiscală nr. 2018/71285/10.12.2018, Tirrena Scavi SpA figura cu datorii la bugetul de stat, respectiv impozitele aferente anilor 2013, 2014, 2015 și 2016 datorate statului italian este, în primul rând, falsă, și, în al doilea rând, insuficientă pentru a constata legalitatea respingerii ofertei Tirrena Scavi.

96. În primul rând, așa cum rezultă din cuprinsul confirmării emise de autoritățile fiscale italiene al cărui conținut l-a descris în cuprinsul Sesiunii a) de mai sus, procedura de „constatare cu acordul părții” s-a încheiat abia la data de 21 ianuarie 2019, moment până la care sarcinile fiscale menționate în cuprinsul certificatelor fiscale puse la dispoziția comisiei de evaluare nu au fost definitive.

97. În al doilea rând, CNSC, în acord cu comisia de evaluare, reține că simpla existență a unor datorii la bugetul de stat ar fi suficiente pentru a respinge o ofertă pe temeiul art. 165 alin. 1 și 2 din Legea nr. 98/2016.

98. Or, așa cum am subliniat de nenumărate ori, premisa respingerii unei oferte pe temeiul art. 165 alin. 1 sau 2 din Legea nr. 98/2016 este reprezentată de dovada încălcării, iar nu a simplei existențe a unor obligații fiscale.

99. Distincția între cele două ipoteze, deși ține de înțelegerea elementară a mecanismului de funcționare a unei simple obligații civile sau fiscale, este ignorată complet, atât de către comisia de evaluare, cât și de către CNSC, cu consecința respingerii manifest nelegale a ofertei Tirrena Scavi.

100. În prezent, situația confirmată prin certificatul fiscal din data de 18.02.2019 se menține, sens în care atașează un nou certificat fiscal din care rezultă că Tirrena Scavi nu există obligații de plată neachitate (Anexa 28).

g) **PRETINSA POSIBILITATE A TIRRENA SCAVI DE A DEMONSTRA CĂ SE ÎNCADREAZĂ ÎN PREVEDERILE ART. 165 ALIN. 3 DIN LEGEA NR. 98/2016**

101. Din acest punct de vedere, CNSC reține următoarele:

- Consiliul are în vedere faptul că Tirrena Scavi SpA a avut posibilitatea să întreprindă demersurile necesare stingerii obligațiilor de plată amintite sau, după caz, să demonstreze că beneficiază de eșalonări sau facilități în vederea plății obligațiilor fiscale (similar cu persoanele juridice române care pot beneficia de eșalonarea plăților) încadrându-se astfel în prevederile art. 165 alin. 3 din Legea nr. 98/2016 (pagina 34, paragraf 3 din Decizia CNSC):

- Așa cum a fost mai sus reținut, în cauză este vorba despre impozite aferente anilor 2014, 2015 și 2016. Era de datoria societății contestatoare având în vedere cerința solicitată de achiziitoare să fie diligent și să facă demersuri astfel încât să depună documente edificatoare în vederea îndeplinirii cerinței achiziitoare, (pagina 34, paragraf 4)

102. Potrivit art. 165 alin. 3 din Legea nr. 98/2016:

„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.”

103. În concret, prin adresa nr. 92/3075 (a se vedea Anexa 20), comisia de evaluare i-a comunicat decizia de respingere a ofertei la data de 15 ianuarie 2019.

104. Cu toate acestea, așa cum rezulta din certificatele fiscale puse la dispoziția comisiei de evaluare, din opiniile profesionale ale KPMG și Deloitte și, în fine, din confirmarea emisă de autoritățile italiene, la momentul respingerii ofertei petentei, sarcinile fiscale menționate în cuprinsul certificatelor fiscale nu erau definitive, întrucât procedura de constatare prin acordul părții, specifică procedurii fiscale italiene, nu fusese încheiată.

105. În aceste condiții, Tirrena Scavi nu cunoștea la momentul respingerii ofertei sale, care cu fi rezultatul procedurii de constatare prin acordul părții care, așa cum a arătat, a fost finalizată abia la data de 21 ianuarie 2019.

106. Prin urmare, Tirrena Scavi s-a aflat într-o imposibilitate obiectivă de a solicita aplicarea art. 165 alin. 3 din Legea nr. 98/2016, atâta vreme cât sarcinile fiscale menționate în certificatele fiscale puse la dispoziția comisiei de evaluare erau incerte atât sub aspectul existenței, cât și sub aspectul întinderii.

În drept, prezenta contestație este întemeiată pe prevederile art. 29 și urm. din cadrul Legii nr. 101/2016, art. 165 alin. 1 și 2 din Legea nr. 98/2016 precum și pe orice alte texte legale invocate în sprijinul susținerilor sale.

La 8.04.2019, intimata COMPANIA NAȚIONALĂ DE ADMINISTRARE A INFRASTRUCTURII RUTIERE S.A. - C.N.A.I.R. - S.A. a depus întâmpinare, solicitând respingerea plângerii ca nefondată și neîntemeiată și menținerea Deciziei C.N.S.C. ca tocmenică și legală, pentru următoarele considerente:

1. În primul rând, în temeiul art. 248 din CPC, înțelege să invoce și să susțină excepția neîntinderii cererii de chemare în judecată, având în vedere aspectele evidențiate în cele ce urmează și faptul că reclamanta nu a atașat plângerii comunicate intimatelor, dovada achitării taxei judiciare de timbru așa cum este prevăzut în Legea nr. 101/2016 cu modificările și completările ulterioare.

Este știut că pentru a fi investită instanța de judecată, și pentru ca aceasta să se poată pronunța, orice cerere care îi este adresată trebuie timbrată, regulă de bază ce primează pe lângă celelalte principii guvernate de Codul de procedură civilă și legile speciale.

Potrivit art. 56 alin. 1 din Legea nr. 101/2016, cererile introduse la instanțele judecătorești potrivit prevederilor prezentului capitol se taxează, în funcție de valoarea estimată a contractului, după cum urmează:

a) până la 100.000.000 lei inclusiv - 2%;

b) peste 100.000.000 lei - 1%.

Această dispoziție legală se coroborează cu prevederile art. 33, alin. 1 din O.U.G. nr. 80/2013, potrivit căreia taxele judiciare de timbru se plătesc anticipat.

De asemenea, potrivit art. 197 din Codul de procedură civilă, „În cazul în care cererea este supusă timbrării, dovada achitării taxelor datorate se atașează cererii. Netimbrarea sau timbrarea insuficientă atrage anularea cererii de chemare în judecată în condițiile legii”.

Întrucât în cererea formulată, reclamanta nu precizează cuantumul taxei judiciare de timbru achitate și nu anexează dovezi în acest sens, solicită instanței admiterea excepției netimbrării cererii de chemare în judecată și respingerea cererii de chemare în judecată ca netimbrată.

Pe fondul cauzei, face următoarele precizări:

Comisia de evaluare, în urma analizării tuturor documentelor depuse de către ofertant, prin care sa se demonstreze îndeplinirea tuturor criteriilor de calificare și selecție, în conformitate cu informațiile cuprinse în Formularele DUAE prezentate, ca și în conformitate cu prevederile documentației de atribuire, a constatat faptul că Certificatele de atestare fiscală emise de Agenția Națională de Administrare Fiscală, Direcția Județeană Lucea, Biroul Teritorial Viareggio, inclusiv ultimul certificat prezentat, având nr. 2018/71285-10.12.2018, prezintă datorii care sunt în curs.

Astfel, în cuprinsul Certificatului de atestare fiscală nr. 2018/71285/10.12.2018, emis de ANAF - Direcția Județeană Lucea, Biroul Teritorial Viareggio (ultimul solicitat de către Comisia de evaluare), este menționat faptul că ofertantul Tirrena Scavi Spa figurează în baza de date a Registrului contribuabililor la data de 10 decembrie 2018 cu următoarele obligații de plată în curs, care nu sunt confirmate definitiv, respectiv:

În cadrul Certificatului de atestare fiscală nr. 2018/71285/10.12.2018 se regăsește o notă de subsol în care se precizează faptul 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.”

Totodată, din analiza răspunsurilor anterioare ale ofertantului Tirrena Scavi Spa, respectiv adresele nr. 017/DN6L2/08.11.2018, 018/DN6L2/15.11.2018, nr. 020/DN6L2/ 23.11.2018, nr. 021/DN6L2/04.12.2018, nr. 024/DN6L2/17.12.2018, nu rezulta înțitirea unui demers al ofertantului în vederea clarificării situației obligațiilor fiscale restante.

Ofertantul Tirrena Scavi Spa nu a prezentat alte documente care sa ateste stadiul de indeplinire a celor doua conditii din cadrul notei de subsol din cadrul Certificatelor de atestare fiscala:

1. Expirarea termenului de recurs;

2. Emiterea unei Hotarari judecatoresti in intregime sau partial favorabila Biroului Teritorial.

Astfel, rezulta faptul ca ofertantul Tirrena Scavi Spa figurează cu următoarele obligații restante a impozitelor, taxelor și a contribuțiilor la bugetul de stat, in data de 10.12.2018:

Prin urmare, Comisia de evaluare isi mentine Decizia din cadrul Raportului de atribuire nr. 13B/300/15.01.2019, respectiv: se constata faptul ca nu este indeplinita cerinta de calificare din cadrul Fisei de Date a Achizitiei, III.2.1.a) Situatia personala a candidatului sau ofertantului:

"II. Ofertantul unic/Ofertantul asociat/Subcontractantul/Tertul sustinator trebuie sa demonstreze ca nu se incadreaza in prevederile art. 165 din Legea nr. 98/2016."

Oferta depusa de catre TIRRENA SCAVI SpA este INACCEPTABILĂ, in conformitate cu prevederile art. 137 alin. (2) lit. b) din Normele Metodologice de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractului de achizitie publica/acordului-cadru din Legea nr. 98/2016 privind achizitiile publice aprobate prin H.G. nr. 395/2016 cu modificări și completări ulterioare „a fost depusa de un ofertant care nu indeplineste una sau mai multe dintre criteriile de calificare stabilite in documentatia de atribuire sau nu a completat DUAE in conformitate cu criteriile stabilite de autoritatea contractanta”, motiv pentru care a fost RESPINSĂ in baza art. 137, alin. (1) din Normele Metodologice de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractului de achizitie publica/acordului-cadru din Legea nr. 98/2016 privind achizitiile publice aprobate prin H.G. nr. 395/2016 cu modificări și completări ulterioare, din procedura de atribuire.

Mai mult, prin Decizia CNSC nr. 322/C7/110 din data de 05.03.2019, a fost respinsa ca nefondata contestatia formulata de catre Tirrena Scavi SpA sens in care a fost mentinuta decizia Autoritatii Contractante privind anularea procedurii de atribuire.

In drept, dispozitiile art. 31 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, coroborat cu prevederile art. 205, alin. 2 din Codul de procedura civila.

Examinand plangerea formulata, Curtea retine ca prin Adresa CNAIR nr. 92/89603 din 14.11.2017 (Anexa 1), autoritatea contractanta a adus la cunostinta petentei ca oferta depusa in cadrul procedurii de atribuire a contractului de lucrari „Reabilitare DN 6 Alexandria-Craiova, Lot 2- km 132+435 - km 185+230 - reabilitare” s-a situat pe locul 2, obtinand un total de . Petenta a mai fost instiintata ca oferta castigatoare a apartinut Asocierii Secol Societa Edile Construzioni e Lavori SA - Secol Romania SRI. (in continuare, „Secol”), obtinand un punctaj total maxim, de .

Intr-un prim raport al procedurii de atribuire, comunicat petentei la data de 14.11.2017, s-a prevazut ca acest ofertant nu are declarati subcontractanti in cadrul ofertei.

Prin notificarea prealabila si, apoi, prin contestatia formulata (Anexa 2) impotriva rezultatului initial al procedurii de atribuire, petenta a solicitat, pentru motivul mentionat, reexaminarea deciziei de declarare a ofertei depuse de Secol ca fiind castigatoare si, pe de alta parte, declararea ofertei sale ca fiind castigatoare de vreme ce aceasta obtinuse al doilea cel mai bun punctaj prin aplicarea criteriului de atribuire „cel mai bun raport calitate-pret”.

Prin Decizia CNSC nr. 3492/C7/4468/29.12.2017 (Anexa 3), contestatia petentei a fost admisa in parte, fiind anulate rezultatul procedurii de atribuire si adresele de comunicare aferente in ceea ce priveste evaluarea Asocierii SECOL, dispunandu-se astfel obligarea CNAIR la reluarea procedurii de atribuire prin clarificarea si reevaluarea ofertei contestatoarei.

Decizia CNSC nr. 3492/C7/4468/29.12.2017 nu a fost atacata cu plangere, devenind astfel definitiva.

Autoritatea contractanta a reevaluat oferta Asocierii SECOL si, in mod corect, a respins-o ca inacceptabila.

În urma acestei reevaluări, oferta petentei a fost plasată pe primul loc prin aplicarea criteriului de atribuire „cel mai bun raport calitate-preț” (Anexa 4).

10. În aceste condiții, Secol a formulat contestație înregistrată pe rolul Tribunalului București - Secția a II-a de Contencios Administrativ și Fiscal sub nr. de dosar 9954/3/2018, în care Tirrena Scavi S.p.A. a formulat cerere de intervenție în sprijinul CNAIR.

Prin sentința civilă nr. 4752/09.07.2018 (Anexa 5), Tribunalul București - Secția a II-a de Contencios Administrativ și Fiscal a respins ca neîntemeiată contestația Secol. Această sentință a rămas definitivă prin respingerea recursului Secol de către Curtea de Apel București - Secția a VIII-a de Contencios Administrativ și Fiscal prin intermediul Deciziei nr. 5133/05.10.2018 (Anexa 6).

Ulterior, prin Adresa nr. 13N/5134/29.10.2018 (Anexa 7), CNAIR a informat pe petentă că, drept urmare a celor două hotărâri judecătorești de respingere a contestației Secol, comisia de evaluare a pus în aplicare Decizia CNSC nr. 3492/C7/4468/29.12.2017 (Anexa 3), și, aplicând criteriul de atribuire „cel mai bun raport calitate-preț” a constatat că oferta petentei a fost clasată pe primul loc.

Comisia de evaluare a solicitat Tirrena Scavi documentele justificative actualizate pentru a demonstra îndeplinirea criteriilor de calificare și selecție prezentate în Formularul DUAE.

Prin intermediul Adresei nr. 017/DN6L2 din data de 08.11.2018 (Anexa 8), petenta s-a conformat solicitării CNAIR transmitând acesteia documentele justificative a căror actualizare era necesară.

Prin intermediul Solicității de clarificări nr. 13B/5372/13.11.2018 (Anexa 9), comisia de evaluare a informat pe petentă cu privire la următoarele aspecte:

- Certificatul de atestare fiscală prezentat pentru Tirrena Scavi S.p.A. nr. 2018/64592/08.11.2018 (Anexa 10), emis de ANAF - Direcția Județeană Lucea, la pagina 14 și traducere la pagina 16, prezintă o serie de obligații de plată în curs, care nu sunt confirmate definitiv;

- în cadrul certificatului se precizează că cererea a fost depusă la 25.11.2018.

În replică, prin intermediul Adresei 018/DN6L2 din data de 15.11.2018 (Anexa 11), petenta a transmis CNAIR certificatul privind obligațiile de plată ce rezultă din baza de date a registrului contribuabililor nr. 2018/65777 - 13.11.2018 (Anexa 12), arătând următoarele:

- în ceea ce privește sumele menționate în certificat ca neconfirmate în mod definitiv, acestea au un caracter ipotetic și nicidecum cert, aflându-se încă în dezbatere. Astfel, petenta a arătat că în conformitate cu cele din subsolul certificatului 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.”

- Cu privire la data de înregistrare a cererii depuse pentru emiterea primului certificat depus, petenta a arătat că a fost vorba despre o eroare de tehnoredactare a documentului nr. 2018/6459 - 08.11.2018, data reală de depunere a cererii de emitere a certificatului fiind cea de 25 octombrie 2018.

Prin intermediul Adresei nr. 13B/5794/20.11.2018 (Anexa 13), comisia de evaluare a solicitat petentei:

- Prezentarea documentelor din care să reiasă stadiul de îndeplinire a celor două condiții menționate în nota din cadrul Certificatului de atestare fiscală 2018/65777/13.11.2018;

- Decretul legislativ nr. 472/18.12.1997 și Decretul Președintelui Republicii nr. 445/28.12.2000, modificat prin art. 15 alin. 1 din Legea nr. 183/12.12.2001 menționate în cuprinsul Certificatului de atestare fiscală 2018/65777/13.11.2018;

- Explicarea sintagmei „prezentul certificat nu poate fi prezentat organelor de Administrație Publică sau operatorilor privați de servicii publice.”

Ca răspuns, prin intermediul Adresei nr. 020/DN66L2/23.11.2018 (Anexa 14), petenta:

- A arătat că certificatul fiscal este el însuși dovada faptului că Tirrena Scavi nu are datorii scadente față de statul italian, nota de subsol din cadrul certificatului demonstrând că procedura de stabilire a respectivelor creanțe fiscale este în curs, nefiind definitivată;

- A pus la dispoziția comisiei de evaluare legislația italiană solicitată, în traducere autorizată;

A explicat faptul că sintagma „prezentul certificat nu poate fi prezentat organelor de Administrație Publică sau operatorilor privați de servicii publice” reprezintă o cerință specifică a legislației italiene, în temeiul căreia administrațiile publice și operatorii privați de servicii publice sunt obligați să culeagă informațiile necesare (inclusiv cele legate de regularitatea plății contribuțiilor) din oficiu, în mod direct, prin accesarea bazei informatizate de date, neputând solicita prezentarea de certificări pe suport de hârtie, însă, în mod evident, CNAIR nu este vizată de această interdicție.

Cu toate acestea, prin intermediul Adresei nr. 13B/6073/28.11.2018 (Anexa 15), comisia de evaluare, pornind de la Cap. B din DUAE - „Motive legate de plata impozitelor sau a contribuțiilor la asigurările sociale”, solicită petentei documente pentru situația în care există obligații cu privire la plata impozitelor și taxelor sau a contribuțiilor la asigurările sociale.

Prin intermediul Scrisorii 921/DN6L2 din data de 04.12.2018 (Anexa 16), petenta a reiterat faptul că:

- Nu se află în situația de a avea obligații de plată în curs cu privire la plata impozitelor și taxelor sau contribuțiilor de asigurări sociale, sumele înscrise în Certificatul de atestare fiscală ca „neconfirmate în mod definitiv” reprezentând doar o ipoteză de lucru a autorității fiscale, nefiind obligatorii;

- Prin prisma acestor argumente, petenta a bifat, în mod corect, răspunsul DA, la întrebarea din DUAE privind împrejurarea dacă „operatorul economic și-a îndeplinit toate obligațiile cu privire la plata impozitelor și taxelor sau a contribuțiilor la asigurările sociale, atât în țara în care este stabilit, cât și în statul membru al autorității contractante sau entității contractante, în cazul în care este diferit de țara de stabilire”;

Prin intermediul Adresei nr. 13B/6305/06.12.2018 (Anexa 17), comisia de evaluare solicită petentei un nou certificat de atestare fiscală care să fie emis de ANAF-Direcția Județeană Lucea, cu o dată ulterioară respectivei adrese.

Prin intermediul Adresei sale nr. 024/DN6L2/17.12.2018 (Anexa 18), petenta a pus la dispoziția comisiei de evaluare certificatul de atestare fiscală nr. 2018/71285/10.12.2018, emis de Agenția Națională de Administrare Fiscală, Direcția Județeană Lucea, Biroul Teritorial Viareggio (Anexa 19).

Prin intermediul Adresei nr. 92/3075 din data de 15.01.2019 (Anexa 20), comisia de evaluare a informat pe petentă cu privire la declararea ca inacceptabilă a ofertei sale, în conformitate cu prevederile art. 137 alin. 2 lit. b) 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 Hotărârea Guvernului nr. 395/2016 (în continuare, „HG 395/2016”), respingând astfel oferta petentei în temeiul art. 137 alin. 1 din HG 395/2016.

Prin intermediul Raportului procedurii de atribuire înregistrat la CNAIR sub nr. 13B/300/15.01.2019 (Anexa 21), comisia de evaluare a hotărât anularea procedurii de atribuire a Contractului de achiziție publică având ca obiect „Reabilitare DN 6 Alexandria- Craiova, Lot 2 - km 132-435 - km 185-230 relicitare” în baza art. 212 alin. 1 lit. a) din Legea nr. 98/2016 privind căruia:

„(1) Autoritatea contractantă are obligația de a anula procedura de atribuire a contractului de achiziție publică/acordului-cadru în următoarele cazuri: a) dacă nu a fost depusă nicio ofertă/soliculare de participare sau dacă nu a fost depusă nicio ofertă admisibilă.”

Cu privire la excepția tardivității punctului de vedere al intimatului CNAIR, Curtea observă că art. 18 alin. 1 din Legea nr. 101/2016 prevede că:

„În termen de 5 zile de la data la care a primit contestația, autoritatea contractantă are obligația de a transmite Consiliului și contestatorului, din oficiu, punctul său de vedere asupra contestației.” Acest termen de 5 zile este un termen imperativ.

În temeiul art. 68 din Legea nr. 101/2016, efectele nerespectării termenului imperativ pentru depunerea punctului de vedere al autorității contractante vor fi determinate prin raportare la art. 185 alin. 1 din C. proc. civ., conform căruia:

„(l) Când un drept procesual tehnic exercitat într-un anumit termen, nerespectarea acestuia atrage decăderea din exercitarea dreptului, în afara de cazul în care legea dispune altfel. Actul de procedură făcut peste termen este lovit de nulitate.”

Contestația petentei a fost comunicată autorității contractante concomitent cu depunerea contestației la CNSC, adică 25 ianuarie 2019, conform dovezii existente la dosarul cauzei (Anexa 23).

Data depunerii punctului de vedere al intimatei CNAIR este 14 februarie 2019, conform stampilei de înregistrare a autorității contractante.

De aceea, Curtea constată că autoritatea contractantă a depășit termenul imperativ de 5 zile în care ar fi trebuit să transmită CNSC punctul său de vedere.

Potrivit art. 18 alin. 1 din Legea nr. 101/2016 și art. 185 alin. 1 din C. proc. civ., autoritatea contractantă a fost decăzută din dreptul de a depune un punct de vedere față de contestația petentei.

Dar, sancțiunea decăderii ce ar fi trebuit aplicată de CNSC nu duce la nulitatea deciziei atacate, ci doar la nulitatea punctului de vedere depus de intimata CNAIR la CNSC.

În al doilea rând, din examinarea cerinței autorității contractante cu privire la lipsa datoriilor restante, Curtea observă că autoritatea contractantă a solicitat operatorilor economici să prezinte un certificat fiscal privind îndeplinirea obligațiilor de plată a impozitelor, taxelor sau a contribuțiilor la bugetul general consolidat/documente edificatoare din care să reiasă lipsa datoriilor restante la momentul prezentării acestuia/acestora.

Asadar, petenta trebuia să facă dovada că nu figurează cu datorii restante la momentul prezentării certificatelor respective.

Examinând Certificatele de atestare fiscală depuse, Curtea observă că, în cuprinsul Certificatului de atestare fiscală nr. 2018/71285/10.12.2018, emis de ANAF-Direcția Județeană Lucea, Biroul Teritorial Viareggio, se menționează faptul că ofertantul Turena Scavi Spa figurează în baza de date a Registrului contribuabililor la data de 10 decembrie 2018 cu următoarele obligații de plată în curs, care nu sunt confirmate definitiv, respectiv:

- Aviz de constatare T8K03C4009382018 pentru anul de impozitare 2015, privind contribuabilul din obiect, notificat la 31.07.2018, prin procedura de aderare în curs.

Impozit majorat în valoare de ISO, si sancțiuni

- Aviz de constatare T8K03C4008992018 pentru anul de impozitare 2014, privind contribuabilul din obiect, notificat la 31.07.2018, prin procedura de aderare în curs.

Impozit majorat în valoare de si sancțiuni

- Aviz de constatare T8K03C4008792018 pentru anul de impozitare 2013, privind contribuabilul din obiect, notificat la 31.07.2018, prin procedura de aderare în curs.

Impozit majorat în valoare de si sancțiuni

- Aviz de constatare T8K06C4010592018 pentru anul de impozitare 2016, privind contribuabilul din obiect, notificat la 31.07.2018, prin procedura de aderare în curs.

Impozit majorat în valoare de si sancțiuni

În cadrul Certificatului de atestare fiscală nr. 2018/71285/10.12.2018 se regăsește o nota de subsol în care se precizează faptul 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.”

Din examinarea acestor certificate fiscale, Curtea consideră că petenta are datorii în curs.

Împrejurarea că în cadrul certificatelor fiscale mai sus amintite sunt înscrise impozitele datorate statului italian pentru anii 2013, 2014, 2015 și 2016, demonstrează că petenta nu îndeplinește cerința inexistenței datoriilor. Chiar dacă „sumele menționate în certificat sunt reconfirmate în mod definitiv, au un caracter ipotetic și nicidecum cert, aflându-se în faza de dezbatere, astfel cum a menționat petenta, nu este de natură a considera cerința îndeplinită, de vreme ce nu există certitudinea că petenta nu are datorii restante.

Petenta nu a menționat în niciunul dintre răspunsurile la clarificările solicitate de comisia de evaluare în vederea clarificării situației sale fiscale despre inițierea procedurii de „constatare cu acordul părții”.

Petenta a înțeles să răspundă că certificatul fiscal „este el însuși singurul document care atestă o anumită stare de fapt, neexistând alte documente care să ateste stadiul de îndeplinire a celor două condiții enunțate în respectivul text”.

De asemenea, petenta nu a atașat niciun document în probarea inițierii procedurii de „constatare cu acordul părții”.

Curtea consideră că prezentarea celor două opinii emise de KPMG și Deloitte în data de 23.01.2019, pe parcursul procedurii de contestare, este tardivă raportat la momentul evaluării ofertelor și emiterii deciziei de respingere a ofertei petentei. Chiar dacă s-ar admite că acestea au caracter interpretativ, așa cum afirmă petenta, ele produc efecte doar pentru viitor, și nu retroactiv până la data prezentării certificatelor fiscale în cauză.

Cu ocazia formulării concluziilor scrise înaintate CNSC, petenta atașează un nou certificat fiscal, nr. 3507/18.02.2019, emis la data de 18.02.2019, despre care menționează că este emis ulterior finalizării procedurii de „constatare cu acordul părții” dintre Tirrena Scavi și autoritățile fiscale italiene, din care rezultă faptul că „nu există obligații de plată neachitate”.

Din examinarea certificatului prezentat se are în vedere că respectivele mențiuni în legătură cu impozitele datorate anilor 2013, 2014, 2015 și 2016 nu se mai regăsesc în noul certificat, aspect care conduce la concluzia că la data prezentării Certificatului de atestare fiscală nr. 2018/71285/10.12.2018, petenta figura cu datorii la bugetul de stat, respectiv impozitele aferente anilor 2013, 2014, 2015 și 2016 datorate statului italian.

Pe de altă parte, Curtea consideră că intimata a făcut demersuri suficiente, constând în cele 4 solicitări de clarificare adresate pentru obținerea unor documente care să probeze lipsa datoriilor restante, astfel cum a fost solicitat în cadrul fișei de date a achiziției, iar petenta a avut posibilitatea să facă demersurile necesare stingerii acestora sau, după caz, să demonstreze că beneficiază de eşalonări sau facilități în vederea plății obligațiilor fiscale, încadrându-se astfel în prevederile art. 165 alin. (3) din Legea nr. 98/2016 sau să demonstreze, prin orice alte mijloace, că nu se încadrează în situația de excludere prevăzută de legea achizițiilor publice.

Contestatoarea a ales să răspundă la solicitările de clarificări ale comisiei de evaluare, transmitând în repetate rânduri Certificate de atestare fiscale care au reiterat aceeași situație fiscală.

De aceea, în mod legal, Curtea reține că, atât autoritatea contractantă și CNSC au constatat neconcludența răspunsurilor formulate, prin raportare la cerințele din cadrul documentației de atribuire și în cadrul solicitărilor de clarificare adresate, astfel încât petenta nu a probat îndeplinirea cerinței de calificare constând în lipsa datoriilor restante la momentul prezentării ofertei.

Din aceste motive, în baza textelor de lege menționate, Curtea va respinge plângerea ca nefondată.

**PENTRU ACESTE MOTIVE,
ÎN NUMELE LEGII
DECIDE:**

Respinge plângerea împotriva Deciziei C.N.S.C. nr.322/C7/110 din data de 05.03.2019, formulată de petenta **TIRRENA SCAVI SPA**, cu sediul ales la **ȘCA Șiomulescu, Soltan și Asociații**, cu sediul în București, strada Grigore Alexandrescu, nr.66, sector 1, în contradicție cu intimata **COMPANIA NAȚIONALĂ DE ADMINISTRARE A INFRASTRUCTURII RUTIERE SA**, cu sediul în București, strada Dinicu Golescu, nr.38, ca nefondată.

Definitivă.

Pronunțată în ședință publică azi, 12.04.2019

Președinte
Marius Cristian Ispas

Judecător
Vasile Bîcu

Judecător
Doina Vișan

Grefier
Andreea Cristina Fertu

Red./Tehnored.VB /4 ex.
Data redactării: 24.04.2019

lucrat 2 comunicări la data de 20.04.2019

semnătură grefier [semnătură]