



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C. N. S. C.

Str. Stavropoleos nr. 6, sector 3, ..., România, CIF 20329980, CP 030084
Tel. +4 021 3104641 Fax. +4 021 3104642 / 021.8900.745 www.cnsc.ro

În conformitate cu prevederile art. 266 alin. (2) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii, aprobată prin Legea nr. 337/2006, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul adoptă următoarea:

DECIZIE

Nr. .../.../..., ...

Data: ...

Prin contestația înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr...., depusă de ... SRL, cu sediul în ..., .., et. 19, sector 1, având CUI RO ..., în procedura de negociere cu publicarea prealabilă a unui anunț de participare, organizată de ..., cu sediul în ..., str. Domnească nr. 38, județul ..., în calitate de autoritate contractantă, pentru atribuirea contractului de achiziție de servicii de *consultanță de specialitate pentru recuperarea TVA aferentă unor obiecte de investiții derulate în perioada 2006-2013, în cadrul activității economice a Municipiului ... până la emiterea unei decizii finale privind rambursarea*, s-a solicitat suspendarea procedurii, eliminarea cerinței discriminatorii stabilite în cuprinsul fișei de date, secțiunea III Informații Juridice, Economice, Financiare și Tehnice – Punctul 2.3. - Capacitatea tehnică, privitoare la experiența Expertului 3, respectiv *implicarea în proceduri de infrigement derulate în fața Comisiei Europene cu privire la litigii în materie fiscală de TVA*, precum și obligarea autorității contractante la plata cheltuielilor de judecată ocazionate de soluționarea contestației.

Prin contestația înregistrată la Consiliu cu nr. ..., depusă de ... SRL, cu sediul în ..., – zona ... și et. 3, ...având CUI RO ..., în cadrul aceleiași proceduri de negociere cu publicarea prealabilă a unui anunț de participare, s-a solicitat obligarea autorității contractante la modificarea documentației de atribuire, astfel încât să elimine criteriile restrictive și discriminatorii introduse pentru demonstrarea capacității tehnice, respectiv cerința privind studiile solicitate pentru cei trei experți-cheie, astfel cum este detaliat la secțiunea III.2.3.a) din cadrul fișei de date, sau anularea procedurii de atribuire în cazul în care modificarea actului nu este posibilă.

Capătul de cerere privind suspendarea procedurii, din contestația ... SRL, a fost respins ca nefondat, prin decizia Consiliului nr. ...S/101.../.../....

Conform prevederilor art. 273 alin. (1) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006, contestațiile care fac obiectele dosarelor nr. .../2015 și .../2015 au fost conexe, pentru a se pronunța o soluție unitară, acestea fiind formulate în cadrul aceleiași proceduri de atribuire.

În baza legii și a documentelor depuse de părți,
CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

DECIDE:

În temeiul art. 278 alin. (2) și (4) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006, privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii, cu modificările și completările ulterioare, admite în parte contestația formulată de ... SRL, în contradictoriu cu ..., și obligă autoritatea contractantă fie la eliminarea, fie la modificarea cerinței criticate vizând expertul nr. 3, cu respectarea celor din motivare și a dispozițiilor legale în materia achizițiilor publice. Modificările vor fi dispuse în termen de cel mult 10 zile de la primirea deciziei și vor fi publicate în SEAP în cadrul aceluiași termen.

Respinge solicitarea contestatoarei ... SRL de obligare a autorității contractante la plata cheltuielilor efectuate în cursul soluționării contestației.

În temeiul art. 278 alin. (5) din ordonanță, respinge ca rămas fără obiect capătul de cerere privind modificarea documentației de atribuire privind studiile solicitate pentru experții cheie și ca nefondat pe cel privind anularea procedurii, din contestația ... SRL.

În baza art. 278 alin. (6) din ordonanță, obligă autoritatea contractantă la continuarea procedurii de atribuire.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți în conformitate cu prevederile art. 280 alin. (1) și (3) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare. Împotriva prezentei decizii se poate formula plângere în termen de 10 zile de la comunicare.

MOTIVARE:

În luarea deciziei s-au avut în vedere următoarele:

Prin contestația depusă, ... SRL a solicitat cele precizate în partea introductivă a deciziei, arătând că, în cuprinsul fișei de date, la secțiunea III Informații Juridice, Economice, Financiare și Tehnice – Punctul 2.3. - Capacitatea tehnică, achizitoarea a enumerat criteriile de evaluare a experienței similare pentru ofertanți. În cuprinsul acestor criterii, achizitoarea a stabilit că ofertanții trebuie să dovedească că pot pune la dispoziție, pentru executarea contractului, un număr de trei experți cheie.

Contestatoarea menționează că, potrivit cerinței achizitoarei,

expertul nr. 3, trebuie să aibă experiență în *implicarea în proceduri de infrigement derulate în fața Comisiei Europene cu privire la litigii în materie fiscală de TVA.*

Astfel, contestatoarea apreciază că cerința este nelegală și încalcă prevederile art. 2 alin. (2), din cuprinsul căruia citează.

Totodată, consideră că cerința criticată restrânge aria posibililor ofertanți și încalcă principiul nediscriminării.

În susținerea acestei din urmă afirmații, contestatoarea menționează că, în doctrină, s-a reținut că, prin respectarea principiului nediscriminării, se asigură condiții de manifestare a concurenței reale pentru ca orice operator economic, indiferent de naționalitate, să poată participa la procedura de atribuire și să aibă șansa de a deveni contractant.

Mai mult, afirmă că în practica națională și europeană s-a reținut că utilizarea unor criterii de calificare restrictive nu poate asigura o concurență reală între operatorii economici.

În continuare, contestatoarea invocă prevederile art. 178 alin. (1) și (2), precum și art. 179 din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006, pe care le citează.

Contestatoarea subliniază că experiența aferentă expertului nr. 3, solicitată de achizitoare, restrânge foarte mult numărul posibililor ofertanți, în condițiile în care o astfel de experiență nu este necesară prin raportare la obiectul contractului ce urmează să fie atribuit.

De asemenea, apreciază că cerința criticată nu are nicio legătură cu contractul ce urmează să fie atribuit, în condițiile în care rambursarea TVA aferentă obiectelor de investiții nu se realizează ca urmare a demarării unei proceduri de infrigement împotriva României.

În susținerea afirmației de mai sus, contestatoarea menționează că procedura de infrigement prevăzută de *Articolul 258 din Tratatul privind Uniunea Europeană (ex-articolul 226 TCE), privește încălcarea de către un Stat Membru a legislației europene și care are drept scop obligarea Statelor Membre la respectarea normelor de legislație primară și secundară europeană.*

În același timp, ... SRL consideră că, în situația în care ar accepta ca potențialii ofertanți să dovedească experiență în proceduri de infrigement, achizitoare nu justifică motivul pentru care o astfel de experiență trebuie să se *plieze exact pe litigii în materie fiscală de TVA.*

În acest context, afirmă că procedura de infrigement nu are nicio legătură cu eventualele litigii în materie fiscală de TVA, cerința criticată fiind excesivă și disproporționată, întrucât *o procedură de infrigement în materie de TVA nu este cu nimic diferită de una în materie de impozit de profit, de legislație de mediu sau de concurență.*

În opinia contestatoarei, necorelarea obiectului contractului cu criteriile de atribuire, reprezintă o încălcare a principiului proporționalității, aspect care atrage nelegalitatea criteriilor de atribuire solicitate de către achizitoare.

În continuare, ... SRL prezintă, pentru exemplificarea celor

susținute, decizii ale Consiliului și ale Curții de Justiție a Comunităților Europene.

Prin cea de-a doua contestație formulată în cadrul procedurii, ... SRL a solicitat cele precizate în partea introductivă a deciziei, arătând că, în cadrul fișei de date, la secțiunea III.2.3.a) Capacitatea tehnică și/sau profesională, achizitoarea a precizat faptul că *Ofertantul trebuie să facă dovada că poate pune la dispoziția autorității contractante pentru executarea contractului de achiziție publică ce face obiectul prezentei proceduri, un număr de 3 experți-cheie. Ofertantul trebuie să facă dovada îndeplinirii de către experții cheie a următoarelor criterii în funcție de specializarea fiecăruia:*

1) *Expert cheie nr. 1 - consultant fiscal:*

- *studii universitare **finalizate în domeniul financiar.***

- *implicarea în ultimii 3 ani în calitate de consultant în domeniul fiscal în cel puțin 1 proiect/contract de consultanță fiscală în care să fi desfășurat activități privind rambursarea TVA în beneficiul unei entități publice sau private.*

- *implicarea în proceduri derulate în fața Curții Europene de Justiție cu privire la litigii în materie fiscală de TVA.*

2) *Expert cheie nr. 2 - consultant fiscal*

- *studii universitare **finalizate în domeniul financiar.***

- *implicarea în ultimii 3 ani în calitate de consultant în domeniul fiscal în cel puțin 1 proiect/contract de consultanță fiscală în care să fi desfășurat activități privind rambursarea TVA în beneficiul unei entități publice sau private.*

3) *Expert nr. 3 - consultant fiscal*

- *studii universitare **finalizate în domeniul financiar.***

- *implicarea în ultimii 3 ani în calitate de consultant în domeniul fiscal în cel puțin 1 proiect/contract de consultanță fiscală în care să fi desfășurat activități privind rambursarea TVA în beneficiul unei entități publice sau private.*

- *implicarea în proceduri de infringement derulate în fața Comisiei Europene cu privire la litigii în materie fiscală de TVA.*

Totodată, contestatoarea menționează că, în cadrul aceleiași secțiunii, achizitoarea a specificat că *pentru operatorii economici străini vor fi acceptate orice alte documente edificatoare conform legislației statului de origine – în original/copie legalizată/ copie lizibilă cu mențiunea «conform cu originalul» și vor fi însoțite de traducerea autorizată în limba română.*

Astfel, ... SRL apreciază că toate criteriile la care a făcut referire achizitoarea, cu privire la necesitatea studiilor universitare finalizate în domeniul financiar, încalcă principiile fundamentale de nediscriminare, tratament egal și recunoaștere reciprocă, stabilite prin legislația europeană în vigoare precum și în Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006, respectiv art. 2, având un caracter discriminatoriu și restrictiv.

În acest sens, menționează că are dreptul de a participa la procedură și în asociere sau prin prezentarea subcontractorilor, astfel cum este menționat în fișa de date, în cadrul Secțiunii III.1.3), precum și în cadrul legislației naționale în vigoare cu privire la atribuirea contractelor de achiziție publică, membrii asocierii și/sau subcontractanții putând fi și persoane juridice/fizice din cadrul Uniunii

Europene.

De asemenea, precizează că, în majoritatea țărilor din Uniunea Europeană, în vederea obținerii calificării de consultant fiscal, criteriile cu privire la studiile necesare se referă la obligativitatea finalizării de studii superioare în domeniul juridic și/sau juridic și financiar sau în alte domenii, nu doar în domeniul financiar, astfel cum este prevăzut în mod restrictiv și discriminatoriu în cadrul fișei de date din prezenta speță.

În continuare, ... SRL face referire la Ordonanța nr. 71/2001 și prezintă, în detaliu, condițiile în care consultanți fiscali din statele membre ale Uniunii Europene pot desfășura activități de consultant fiscal în România, în condițiile stabilite în statul membru de origine, fără să fie necesară înscrierea în registrul consultanților fiscali și al societăților de consultanță fiscală din România.

Față de cele prezentate, contestatoarea solicită modificarea fișei de date, la secțiunea III.2.3.a), respectiv eliminarea criteriilor restrictive și discriminatorii cu privire la studiile universitare finalizate în domeniul financiar, solicitate de către achizitoare pentru Expertul cheie nr. 1 - consultant fiscal, Expertul cheie nr. 2 - consultant fiscal și Expertul cheie nr. 3 și, în acelelași timp, opinează că cerința trebuie modificată cu *studii universitare finalizate în domeniul financiar, juridic sau în orice alte domenii*.

Totodată, solicită anularea procedurii de atribuire, în cazul în care nu pot fi modificate criteriile mai sus enunțate.

În punctul său de vedere nr. 70314/..., înregistrat la Consiliu cu nr. 11473/30.06.2015, ... menționează că a luat act de observațiile ... SRL și că, în conformitate cu prevederile art. 256³ alin. (1) din ordonanță, va modifica cerința referitoare la Expertul nr. 3, din *implicarea în proceduri de infrigement derulate în fața Comisiei Europene cu privire la litigii în materie fiscală de TVA, în implicarea în proceduri derulate în fața Comisiei Europene cu privire la litigii în materie fiscală*.

De asemenea, achizitoarea precizează că cerința putea fi remediată și ca urmare a unei notificări, potrivit art. 256¹, dacă aceasta ar fi fost formulată.

Urmare transmiterii punctului de vedere, ... SRL a transmis documentul intitulat *Cerere precizatoare*, în cuprinsul căreia subliniază că cerința criticată, astfel cum a fost modificată de către achizitoare, este în continuare discriminatorie și lipsită de utilitate, fiind în opinia sa, o presupusă remediere, *o nuanțare care nu înlătură caracterul discriminatoriu al cerinței privitoare la Expertul nr. 3*.

În punctul său de vedere nr. 71212/29.06.2015, înregistrat la Consiliu cu nr. 11735/29.06.2015, ... a comunicat faptul că, urmare contestației ... SRL, a adoptat măsuri de remediere, respectiv a modificat pentru toți experții cheie solicitați cerința privitoare la *studii universitare finalizate în domeniul financiar, în studii universitare finalizate*, și, totodată, apreciază că cerința putea fi remediată și ca urmare a unei notificări, potrivit art. 256¹, dacă aceasta ar fi fost formulată.

Din examinarea materialului probator administrat, aflat la dosarul cauzei, Consiliul reține următoarele:

... a inițiat procedura de negociere cu publicarea prealabilă a unui anunț de participare, pentru atribuirea *contractului de achiziție de servicii de consultanță de specialitate pentru recuperarea TVA aferentă unor obiecte de investiții derulate în perioada 2006-2013, în cadrul activității economice a Municipiului ... până la emiterea unei decizii finale privind rambursarea*, prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr. .../....

Din informațiile anunțului de participare, Consiliul a reținut că valoarea estimată a contractului de servicii ce urmează a se atribui este de 2.024.008 lei, fără TVA, termenul de depunere, respectiv de deschidere a ofertelor, fiind stabilit pentru data de 20.07.2015, ora 12⁰⁰.

Nemulțumite de conținutul documentației de atribuire, ... SRL și ... SRL au depus la Consiliu contestațiile în analiză.

În referire la contestația formulată de ... SRL, Consiliu constată că aceasta critică cerința vizând expertul nr. 3 - consultant fiscal, pentru care s-a solicitat:

- studii universitare finalizate în domeniul financiar;
- implicarea în ultimii 3 ani în calitate de consultant în domeniul fiscal în cel puțin 1 proiect/contract de consultanță fiscală în care să fi desfășurat activități privind rambursarea TVA în beneficiul unei entități publice sau private;
- *implicarea în proceduri de infrigement derulate în fața Comisiei Europene cu privire la litigii în materie fiscală de TVA.*

În urma primirii contestației ... SRL, autoritatea contractantă a publicat, în data de ..., o erată în care a modificat cerința, în sensul că a solicitat *implicarea în proceduri derulate în fața Comisiei Europene cu privire la litigii în materie fiscală.*

După cum au sesizat ambele părți, cerința a fost modificată parțial, în sensul că s-a eliminat solicitarea referitoare la implicarea în proceduri de infrigement, însă a fost păstrată cerința ca procedurile să fie derulate în fața Comisiei Europene. Modificarea parțială a cerinței a fost justificată de autoritatea contractantă prin faptul că *experții cheie trebuie să aibă experiență atât cu forurile naționale, cât și cu cele europene, având în vedere că proiectul este unul pilot, în care se estimează că efortul interpretativ în materia legislației fiscale va trebui corelat în special cu legislația europeană și cu bunele practici de aplicare a normelor europene, astfel cum au fost acestea statuate prin decizii ale Curții Europene de Justiție.*

După cum a arătat și contestatoarea, însăși achizitoarea face referire la Curtea Europeană de Justiție, și nicidecum la Comisia Europeană, instituție menționată în cerința contestată. De altfel, se poate observa că, pentru expertul cheie 1, care nu face obiectul criticilor contestatoarei, autoritatea contractantă a cerut implicarea în proceduri derulate în fața Curții Europene de Justiție.

Prin eliminarea parțială a cerinței referitoare la implicarea

expertilor în procedurile de *infringement derulate în fața Comisiei Europene*, achizițoarea a păstrat o cerință care nu poate fi justificată, în sensul că face referire la termeni generici, respectiv proceduri derulate în fața Comisiei Europene, fără a se cunoaște care ar putea fi acestea, având în vedere atribuțiile total diferite ale celor două instituții (Curtea Europeană de Justiție și Comisia Europeană).

Se constată, așadar, că, prin modul în care a reformulat cerința, autoritatea contractantă nu a asigurat operatorilor economici o informare completă și explicită cu privire la cerința în discuție. În lipsa unor informații clare despre ce *proceduri derulate în fața Comisiei Europene cu privire la litigii în materie fiscal* este vorba, operatorii economici sunt împiedicați în elaborarea unor oferte corespunzătoare.

Astfel fiind, autoritatea contractantă trebuie să procedeze fie la eliminarea cerinței, fie la modificarea acesteia, astfel încât să fie clar formulată, să nu conducă la restricționarea participării la procedură a operatorilor economici și să aibă legătură concretă cu obiectul contractului, având în vedere prevederile art. 7 și 8 din Hotărârea Guvernului nr. 925/2006.

În considerarea celor prezentate, în temeiul art. 278 alin. (2) și (4) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006, Consiliul va admite în parte contestația formulată de ... SRL și va obliga autoritatea contractantă fie la eliminarea, fie la modificarea cerinței criticate vizând expertul nr. 3, cu respectarea celor din motivare și a dispozițiilor legale în materia achizițiilor publice. Modificările vor fi dispuse în termen de cel mult 10 zile de la primirea deciziei și vor fi publicate în SEAP în cadrul aceleiași termen.

Cererea privind suspendarea procedurii a fost respinsă ca nefondată, prin decizia Consiliului nr. ...S/101.../.../....

Solicitarea privind obligarea autorității contractante la plata cheltuielilor efectuate în cursul soluționării contestației va fi respinsă nefiind depusă vreo dovadă a cheltuielilor pretinse.

În ce privește cea de-a doua contestație formulată în cadrul procedurii de ... SRL, Consiliul constată că, pentru expertul cheie nr. 1, expertul cheie nr. 2 și expertul nr. 3, s-a solicitat ca aceștia să aibă studii finalizate în domeniul financiar, cerință criticată de contestatoare.

În urma primirii contestației, autoritatea contractantă a publicat, în data de 30.06.2015, o erată prin care a modificat cerința în discuție, solicitând, pentru experții amintiți, studii universitare finalizate.

Se observă, așadar, că achizițoarea a eliminat necesitatea studiilor pentru experți în domeniul financiar, astfel că au rămas fără obiect criticile contestatoarei ... SRL.

Față de cele constatate, în temeiul art. 278 alin. (5) din ordonanță, Consiliul va respinge ca rămas fără obiect capătul de cerere privind modificarea documentației de atribuire privind studiile solicitate pentru experții cheie.

Întrucât autoritatea contractantă a luat măsuri de remediere și a modificat cerința criticată, neexistând motive pentru luarea măsurii de

anulare a procedurii, Consiliul va respinge ca nefondat capătul de cerere privind anularea procedurii, din contestația ... SRL.

Redactată în cinci exemplare, conține opt pagini.

PREȘEDINTE COMPLET,

...

MEMBRU COMPLET,

...

...

MEMBRU COMPLET,