

Către: Curtea de Apel București
Secția a X-a de Contencios Administrativ și Fiscal și pentru
Achiziții Publice

Referitor la: Dosarul C.N.S.C. nr. 2592/C2/2024

Spre știință: COMPANIA NAȚIONALĂ DE INVESTIȚII S.A.
Adresa: București, Piața Națiunilor Unite, nr. 9, Sector 5
E-mail: daniel.popescu@cni.ro; office@cni.ro

Subscrisa, **EUSKADI S.R.L.**, cu sediul în Timișoara, Str. Eugeniu de Savoya, nr. 12, ap. 11, Jud. Timiș, înregistrată la O.R.C. sub nr. J35/3692/2004, având C.U.I. RO17021083, reprezentată de av. Radu SIMIONOVICI (având E-mail simionoviciradu@yahoo.com și nr. tel. 0741133271, în vederea acordării accesului la dosarul electronic),

în calitate de *contestator* în dosarul C.N.S.C. nr. 2592/C2/2024, în temeiul art. 29 și urm. din Legea cu nr. 101/2016, formulez prezenta

PLÂNGERE

împotriva *Deciziei C.N.S.C. nr. 2342/C2/2592 din data de 21.08.2024 (Anexa nr. I)*, sens în care solicit Onoratei Curți ca, prin decizia pe care urmează a o pronunța în contradictoriu cu **COMPANIA NAȚIONALĂ DE INVESTIȚII S.A.**, cu sediul București, Piața Națiunilor Unite, nr. 9, Sector 5, să admită prezenta plângere și să modifice decizia atacată în sensul admiterii contestatiei subscrisei, cu consecința obligării autorității contractante la modificarea documentației de atribuire și prelungirea corespunzătoare a perioadei pentru depunerea ofertelor, în conformitate cu legislația aplicabilă și considerentele deciziei pe care urmează să o pronunțați, sub următoarele aspecte:

1. Factorul tehnic de evaluare 2 - „Organizarea și metodologia” este nelegal.

Potrivit secțiunii II.2.5 din fișa de date a achiziției, criteriul de atribuire a contractului este cel mai bun raport calitate-preț, raport care este dat de 3 criterii, respectiv, componenta financiară - prețul ofertei; factorul tehnic 1 - „Experiența personalului cheie” și factorul tehnic 2 - „Organizarea și metodologia”.

Factorul tehnic de evaluare 2, cu o pondere semnificativă (36%), constă în demonstrarea unei metodologii adecvate de implementare a contractului și o planificare adecvată a resurselor umane și activităților.

Potrivit documentului „Instrucțiuni pentru ofertanți”, punctarea acestui factor se realizează în funcție de 4 subfactori, după cum urmează:

„Subfactorul tehnic 2.1.:

Abordarea propusă pentru implementarea contractului

Pondere: 9%

Punctaj maxim: 9 puncte

Algoritm de calcul:

- a) Abordarea propusă arată o înțelegere **limitată*** a contextului, respectiv a particularității sarcinilor stabilite prin caietul de sarcini (*sunt prezentate metodologii generale, neadaptate particularităților obiectivului, așa cum sunt enunțate în cadrul caietului de sarcini) – se vor acorda **3 (trei) puncte**;
- b) Abordarea propusă demonstrează înțelegere **bună*** a contextului, respectiv a particularității sarcinilor stabilite prin caietul de sarcini (*sunt prezentate metodologii specifice care răspund particularităților obiectivului, așa cum sunt enunțate în cadrul caietului de sarcini) – se vor acorda **6 (șase) puncte**;
- c) Abordarea propusă demonstrează înțelegere **foarte bună*** a contextului, respectiv a particularității sarcinilor stabilite prin caietul de sarcini (*sunt prezentate metodologii specifice care răspund particularităților obiectivului, așa cum sunt enunțate în cadrul caietului de sarcini, cu identificarea factorilor de risc și gestionarea acestora) – se vor acorda **9 (nouă) puncte**.

Subfactorul tehnic 2.2.:

Resursele umane și realizările corespunzătoare fiecărei activități

Pondere: 9%

Punctaj maxim: 9 puncte

Algoritm de calcul:

- a) Resursele identificate și realizările indicate sunt corelate într-un mod limitat cu complexitatea fiecărei activități propuse – se vor acorda **3 (trei) puncte**;
- b) Resursele identificate și realizările indicate sunt parțial corelate cu complexitatea fiecărei activități propuse – se vor acorda **6 (șase) puncte**;
- c) Resursele identificate și realizările indicate sunt corelate în totalitate cu complexitatea fiecărei activități propuse – se vor acorda **9 (nouă) puncte**.

Subfactorul tehnic 2.3.:

Atributiile membrilor echipei implicate în implementarea activităților contractului, precum și alocarea și interacțiunea sarcinilor și responsabilităților dintre ei

Pondere: 9%

Punctaj maxim: 9 puncte

Algoritm de calcul:

- a) Sunt indicate în mod limitat* responsabilitățile în execuția contractului și interacțiunea între membrii echipei de proiectare și execuție (*Organigrama se

- limitează la indicarea personalului minim solicitat prin caietul de sarcini, precum și a altor specialiști, suplimentar față de acesta) – se vor acorda **3 (trei) puncte**;
- b) Sunt indicate parțial * responsabilitățile în execuția contractului și interacțiunea între membrii echipei de proiectare și execuție, inclusiv cele referitoare la managementul contractului [*Organigrama indică, suplimentar față de personalul minim solicitat, următoarele categorii: management, personal execuție direct productiv (încadrat pe categorii de specializare)] – se vor acorda **6 (șase) puncte**;
- c) Sunt indicate în totalitate* responsabilitățile în execuția contractului și interacțiunea între membrii echipei de proiectare și execuție, inclusiv cele referitoare la managementul contractului, activitățile de suport. [*Organigrama indică, suplimentar față de personalul minim solicitat, următoarele categorii: management, personal execuție direct productiv (încadrat pe categorii de specializare), subcontractanți, personal suport (de ex. șoferi, economiști, inginer devizist etc.)] – se vor acorda **9 (nouă) puncte**.

Subfactorul tehnic 2.4.:

Încadrarea în timp, succesiunea și durata activităților propuse

Pondere: 9%

Punctaj maxim: 9 puncte

Algoritm de calcul:

- a) Durata activităților, succesiunea și relația dintre acestea este insuficient detaliată, fiind limitată la corelarea cu activitățile din centrele de cost. De asemenea, există o corelare cu personalul minim solicitat pentru realizarea activităților – se vor acorda **3 (trei) puncte**;
- b) Durata activităților, succesiunea și relația dintre acestea este detaliată la nivel de subactivități aferente activităților din centrele de cost. De asemenea, există o corelare cu întreg personalul propus (organigrama completă) pentru realizarea activităților – se vor acorda **6 (șase) puncte**;
- c) Durata activităților, succesiunea și relația dintre acestea este detaliată la nivel de subactivități aferente activităților din centrele de cost. De asemenea, există o corelare cu întreg personalul propus (organigrama completă) pentru realizarea activităților precum și cu condiționările legate de date de temă specifice (amplasament, accese și circulații, lucrări critice care pot afecta îndeplinirea obiectivelor contractului) – se vor acorda **9 (nouă) puncte**”.

Prin urmare, întreaga evaluarea a factorului tehnic 2 se referă la analiza în ce măsură documentele elaborate de ofertanți conțin elementele solicitate în documentația de atribuire, respectiv, cât sunt de detaliate aceste elemente.

a. Această modalitate de stabilire a unuiu dintre factorii de evaluare **încalcă art. 187 din Legea nr. 98/2016**, care prevede următoarele:

(1) Fără a aduce atingere dispozițiilor legale sau administrative privind prețul anumitor produse ori remunerarea anumitor servicii, autoritatea contractantă atribuie contractul de achiziție publică/acordul-cadru ofertantului care a depus oferta cea mai avantajoasă din punct de vedere economic.

(2) În sensul dispozițiilor alin. (1), autoritatea contractantă stabilește oferta cea mai avantajoasă din punct de vedere economic pe baza criteriului de atribuire și a factorilor de evaluare prevăzuți în documentele achiziției.

(3) Pentru determinarea ofertei celei mai avantajoase din punct de vedere economic în conformitate cu dispozițiile alin. (2), autoritatea contractantă are dreptul de a aplica unul dintre următoarele criterii de atribuire:

a) cel mai bun raport calitate-preț;

b) cel mai bun raport calitate-cost;

c) costul cel mai scăzut;

d) prețul cel mai scăzut.

(3¹) Autoritatea contractantă poate utiliza criteriul prețul cel mai scăzut numai în situația în care achiziționează produse, servicii sau lucrări a căror valoare estimată a contractului nu depășește pragurile prevăzute la art. 7 alin. (1), precum și în situația aplicării procedurii de negociere fără publicare prealabilă a unui anunț de participare prevăzute la art. 104 alin. (1) lit. b).

(4) În sensul alin. (3) lit. a) și b), cel mai bun raport calitate-preț/calitate-cost se determină pe baza unor factori de evaluare care includ aspecte calitative, de mediu și/sau sociale în legătură cu obiectul contractului de achiziție publică/acordului-cadru.

(4¹) Pentru atribuirea contractelor de achiziție publică al căror obiect are impact asupra mediului pe durata întregului ciclu de viață, autoritatea contractantă va include în cadrul criteriului de atribuire prevăzut la alin. (3) lit. a) și b) factori de evaluare privind protecția mediului.

(5) Factorii de evaluare prevăzuți la alin. (4) pot viza, printre altele:

a) calitatea, inclusiv avantajele tehnice, caracteristicile estetice și funcționale, accesibilitatea, conceptul de proiectare pentru toți utilizatorii, caracteristicile sociale, de mediu și inovatoare și comercializarea și condițiile acesteia;

b) organizarea, calificarea și experiența personalului desemnat pentru executarea contractului, în cazul în care calitatea personalului desemnat poate să aibă un impact semnificativ asupra nivelului calitativ de executare a contractului;

c) serviciile postvânzare, asistența tehnică și condițiile de livrare, cum ar fi data livrării, procesul de livrare și termenul de livrare sau de finalizare.

Raportat la aceste prevederi, este evident că factorul de evaluare tehnic 2 este nelegal. Așa cum reiese, fără echivoc, din prevederile legale citate (și după cum este și logic, raportat chiar la denumirea criteriului - raport **calitate** - preț) factorii de evaluare care pot fi avuți în vedere în cadrul criteriului cel mai bun raport calitate-preț se referă la calitatea, respectiv, la avantajele tehnice ale lucrării, la sericii post-execuție (asistență tehnică, garanții suplimentare) ori la diferite avantaje sociale, sau privind protecția mediului, ale lucrării.

În niciun caz, factorii de evaluare care pot fi avuți în vedere în cadrul criteriului cel mai bun raport calitate-preț nu se pot referi la modul în care este elaborată propunerea tehnică. Or, în cazul de față, punctajul tehnic se referă întocmai la modul (mai mult sau mai puțin detaliat) în care ofertanții elaborează metodologia

de execuție și planificarea resurselor, aspect ce nu are nimic în comun cu calitatea lucrărilor, sau avantajele tehnice ale acestora, astfel că, acesta nu putea constitui un factor de evaluare.

Practic, prin factorul tehnic de evaluare 2, autoritatea contractantă încearcă o departajare a ofertanților raportată la modul mai mult sau mai puțin detaliat în care își elaborează propunerile tehnice, iar nu la calitatea lucrărilor care va fi executată, situație inadmisibilă, cu atât mai mult cu cât, pentru execuția aceleiași lucrări, se poate realiza o propunere tehnică foarte elaborată, sau una mai generală, însă acest aspect nu are niciun fel de relevanță în privința calității lucrării care poate fi aceeași, sau chiar inferioară, indiferent de cât de elaborată este propunere tehnică.

Consiliul a respins acest argument FĂRĂ A-ȘI MOTIVA ÎN CONCRET DECIZIA, arătând doar că nu identifică o nesocotire a prevederilor legale și invocând Instrucțiunea A.N.A.P. 1/2017.

În acest sens, vă rog să observați că, **potrivit art. 26 alin. (11) din Legea 101/2016, Consiliul are obligația de a motiva în mod clar, fără echivoc, deciziile/incheierile adoptate.** În cazul de față, **în condițiile în care Consiliul nu analizează în concret motivele pe care le-am invocat și prevederile legale aplicabile, este evident că soluția pronunțată este echivocă și neclară, fiind încălcat art. 26 alin. (11) din Legea 101/2016.**

Astfel, sub un prim aspect, pentru a putea respinge motivul invocat, Consiliul ar fi trebuit să identifice care ar fi aspectele calitative, de mediu și/sau sociale în legătură cu obiectul contractului de achiziție publică vizate de factorul de evaluarea criticat. Evident, **CONSILIUL NU A FĂCUT NICIO ANALIZĂ ÎN ACEST SENS ȘI NU A IDENTIFICAT NICIUN ASPECT CALITATIV, DE MEDIU SAU SOCIAL, DEOARECE FACTORUL NU VIZEAZĂ ASEMENEA ASPECTE, CI STRICT MODALITATEA ÎN CARE OFERTANȚII ÎȘI DETALIAZĂ METODOLOGIA DE EXECUȚIE A LUCRĂRILOR, DECI, FACTORUL SE REFERĂ LA MODUL ÎN CARE ESTE PREZENTATĂ PROPUNEREA TEHNICĂ, ASPECT, CE, ÎN MOD EVIDENT, ESTE UNUL FORMAL, NEADUCÂND NICIUN AVANTAJ EFECTIV LUCRĂRII CE URMEAZĂ A FI REALIZATĂ.**

De altfel, este surprinzător faptul că a fost respins acest motiv de contestație, în condițiile în care, la C.N.S.C. există o bogată practică în sensul aprecierii că modul în care este elaborată propunerea tehnică nu poate fi considerat un factor de evaluare (Anexa nr. 2).

Referitor la invocarea **Instrucțiunea A.N.A.P. 1/2017, dincolo de faptul că aceasta nu poate avea caracter supra legal (neputând contrazice prevederile exprese ale Legii 98/2016).** Totuși, ceea ce este important de reținut este faptul că C.N.S.C. nici măcar nu observă faptul că **Instrucțiunea A.N.A.P. 1/2017 nu stabilește că asemenea factori ar fi legali, ci dă un exemplu, nu neapărat identic, dar care se referă la cazul unui contract de servicii având ca obiect asistență tehnică/consultanță, iar nicidecum la cazul unui contract de lucrări precum cel de față.**

b. Pe de altă parte, subfactorii menționați în instrucțiunile pentru ofertanți sunt nelegali pentru că încălcă prevederile art. 189 alin. (1) din Legea cu nr. 98/2016.

În acest sens, este de observat că subfactorii sunt evaluați pe baza unor criterii precum:

- *înțelegere limitată - metodologii generale, neadaptate;*
- *înțelegere bună - metodologii specifice care răspund particularităților obiectivului;*
- *înțelegere foarte bună - metodologii specifice cu identificarea factorilor de risc și gestionarea acestora;*
- *resursele identificate și realizările indicate sunt corelate într-un mod limitat;*
- *resursele identificate și realizările indicate sunt parțial corelate;*
- *resursele identificate și realizările indicate sunt corelate în totalitate;*
- *sunt indicate în mod limitat responsabilitățile;*
- *sunt indicate parțial responsabilitățile;*
- *sunt indicate în totalitate responsabilitățile;*
- *durata activităților, succesiunea și relația dintre acestea este insuficient detaliată.*

Astfel, **documentația de atribuire permite comisiei de evaluare ca, în procesul de evaluare al ofertelor, respectiv, de acordare a punctajelor aferente factorului 2 de evaluare, să folosească criterii totalmente subiective, al căror conținut nu este detaliat în vreun fel.**

În acest context, este evident că **autoritatea contractantă ar beneficia de o libertate totală în evaluarea ofertelor, neputându-se verifica în vreun fel de către un observator independent dacă constatările autorității contractante sunt sau nu întemeiate, tocmai pentru că subfactorii de evaluare sunt concepuți de o așa manieră încât să impună judcăți de valoare, care, prin natura lor, nu pot fi verificate/combătute.**

Acest mod de stabilire a criteriilor de evaluare este prohibit în mod expres de art. 189 alin. (1) din Legea cu nr. 98/2016, care prevede că **„autoritatea contractantă nu are dreptul de a utiliza factori de evaluare care să conducă la o libertate de apreciere nelimitată”**. La fel, alin. (2) al aceluiași articol stabilește că **„în sensul alin. (1), factorii de evaluare utilizați de autoritatea contractantă trebuie să asigure o concurență reală între operatorii economici și să fie însoțiți de prevederi care să permită verificarea efectivă a informațiilor furnizate de către ofertanți, în scopul aplicării factorilor de evaluare”**.

CONSILIUL OMITE CU DESĂVÂRSIRE SĂ ANALIZEZE ACEST ARGUMENT AL CONTESTAȚIEI, NEFĂCÂND NICIUN FEL DE REFERIRE LA MODUL CONCRET ÎN CARE AU FOST FORMULATE CRITERIILE PE BAZA CĂRORA SE ACORDĂ PUNCTAJUL, CRITERII CE SE REFERĂ LA NOȚIUNI ABSOLUT SUBIECTIVE, A CĂROR JUSTEȚE NU POATE FI VERIFICATĂ DE UN OBSERVATOR INDEPENDENT, SITUAȚIE CE FACE CA AUTORITATEA CONTRACTANTĂ SĂ SE BUCURE DE O LIBERTATE DE APRECIERE NELIMITATĂ.

În ceea ce privește celelalte motive de contestație pe care le-am formulat, **Consiliul face doar o analiză formală a lor, fără a analiza în concret prevederilor art. 50 alin. (1) din Legea 98/2016**, care stabilește că *autoritățile contractante nu vor concepe sau structura achizițiile ori elemente ale acestora cu scopul exceptării acestora de la aplicarea dispozițiilor prezentei legi ori al restrângerii artificiale a concurenței.*

Astfel, ceea ce trebuie analizat este relevanța cerințelor în cauză pentru licitație, respectiv, dacă ale aduc un beneficiu cer și suficient de însemnat autorității contractante încât să fie justificată restrângerea concurenței pe care determină.

Prin urmare, rog **Onorat Instanță să observe că cerințele criticate nu sunt justificate ci creează o restrângere artificială a concurenței**, după cum urmează:

2. Cerința privind experiența Expertului-cheie 1, din cadrul subfactorului tehnic 1.1 nu este corelată în cadrul documentației de atribuire și nu respectă cele stabilite în Avizul conform condiționat emis de A.N.A.P..

În ceea ce privește experiența Expertului-cheie 1, solicitată în cadrul subfactorului tehnic 1.1, în documentul „Instrucțiuni pentru ofertanți” se indică faptul că experiența managerului de contract poate consta în lucrări de categoria de **importanță B sau superioară**, în timp ce, în cadrul Caietului de sarcini - Secțiunea 1 - pag. 82, pentru același manager de proiect se indică faptul că experiența similară poate consta în lucrări de categoria de **importanță C sau superioară**, fiind evidentă **necorelarea existență în documentația de atribuire.**

De altfel, **acest aspect a fost semnalat și de A.N.A.P. în cadrul pct. 2 din Avizul nr. 9501/17.06.2024/DGCECMSS**, însă situația nu a fost remediată de către autoritatea contractantă.

3. Cerința de calificare privind capacitatea economică și financiară referitoare la cifra medie de afaceri pe ultimii 3 ani creează o restrângere artificială a concurenței.

La secțiunea III.1.2) din fișa de date se impune ca cerință de participare la licitație ca ofertanții să aibă o cifră de afaceri medie anuală, pe ultimii 3 ani, de **758.291.000 lei.**

În condițiile în care, uzual, media cifrei de afaceri solicitată în cadrul unor astfel de licitații este de aceeași valoare cu valoarea estimată a contractului scos la licitație, nu există niciun fel de justificare pentru ca, în cazul de față, să se ceară o cifră de afaceri de o astfel de anvergură, pe care foarte puțini operatori economici o îndeplinesc.

Astfel, câtă vreme autoritatea contractantă nu dovedește necesitatea unei astfel de cerințe ea este nelegală pentru că este de natură să creeze o restrângere artificială a concurenței, contrare prevederilor art. 50 alin. (1) din Legea 98/2016, care stabilește că *autoritățile contractante nu vor concepe sau structura achizițiile ori elemente ale acestora cu scopul exceptării acestora de la aplicarea dispozițiilor prezentei legi ori al restrângerii artificiale a concurenței.*

Pe de altă parte, cerința în discuție este nelegală pentru că **restricționează accesul la susținerea unor terți**, în condițiile în care, în documentul „Instrucțiuni pentru ofertanți”

(la pag. 15- 16) se cere ca, în cazul în care se invocă susținerea unui terț, acesta să prezinte **dovezi din care să reiasă că deține efectiv resursele financiare pe care le va disponibiliza în derularea contractului.**

În acest sens, trebuie observat că cerința analizată se referă la cifra de afaceri, care, în mod evident, este o **resursă netransferabilă**, astfel că nu se poate impune ca terții să dețină efectiv o astfel de resursă financiară (ce este aproape imposibil de realizat de către marea majoritate a operatorilor economici), cu atât mai mult cu cât **nici în privința ofertanților în sine nu s-a impus ca ei să dețină anumite resurse financiare efective.**

Pe de altă parte, **această cerință referitoare la deținerea de către terți a unor resurse financiare este nelegală și pentru că ea nu apare nici în anunțul de participare și nici în fișa de date**, or, potrivit art. 30 alin. (6) din Normele metodologice aprobate prin H.G. 395/2016, *criteriile de calificare și criteriile de selecție care se regăsesc în caietul de sarcini ori în documentația descriptivă și care nu sunt prevăzute în anunțul de participare/simplificat/ de concurs sunt considerate clauze nescrise.*

4. Cerința de calificare privind capacitatea economică și financiară referitoare la lichiditatea anuală este nelegală în ceea ce privește îndeplinirea acesteia prin cumulul lichidităților asociaților sau al tertilor susținători.

La secțiunea III.1.2) din fișa de date se impune ca cerință de participare la licitație ca ofertanții să aibă o lichiditate anuală mai mare sau egală cu 100%.

În ceea ce privește posibilitatea îndeplinirii acestei cerințe prin cumularea lichidității asociaților sau prin intermediul unor terți susținători, în documentul „Instrucțiuni pentru ofertanți” (la pag. 17), deși se prevede posibilitatea cumulării resurselor asociaților și cele ale terțului se impune ca în calcul să se ia în considerare resursa fiecăruia proporțional cu cota de participare în asociere sau de susținere, **situație ce nu are niciun fel de justificare, nu este prevăzută de legislație și care conduce la neclarități privind modul de calcul al său.**

Pe de altă parte, **această cerință referitoare la modalitatea de cumulare resurse financiare este nelegală și pentru că ea nu apare nici în anunțul de participare și nici în fișa de date**, or, potrivit art. 30 alin. (6) din Normele metodologice aprobate prin H.G. 395/2016, *criteriile de calificare și criteriile de selecție care se regăsesc în caietul de sarcini ori în documentația descriptivă și care nu sunt prevăzute în anunțul de participare/simplificat/ de concurs sunt considerate clauze nescrise.*

5. Cerința de calificare privind capacitatea tehnică și/sau profesională referitoare la experiența similară creează o restrângere artificială a concurenței.

La secțiunea III.1.3.a) din fișa de date se impune ca cerință de participare la licitație ca ofertanții să aibă o experiență similară la nivelul a maximum 3 contracte.

În condițiile în care, uzual, experiența similară în cazul unor proiecte de o asemenea anvergură se solicită la nivelul a maximum 5 contracte, nu există niciun fel de justificare pentru ca, în cazul de față, să se limiteze acest număr la 3, având în vedere că foarte puțini operatori economici dețin o astfel de experiență.

Astfel, câtă vreme autoritatea contractantă nu dovedește necesitatea unei astfel de cerințe ea este nelegală pentru că este de natură să creeze o restrângere artificială a concurenței, contrare prevederilor art. 50 alin. (1) din Legea 98/2016, care stabilește că *autoritățile contractante nu vor concepe sau structura achizițiile ori elemente ale acestora cu scopul exceptării acestora de la aplicarea dispozițiilor prezentei legi ori al restrângerii artificiale a concurenței.*

6. Cerința de calificare privind capacitatea tehnică și/sau profesională referitoare la efectivele medii anuale de personal creează o restrângere artificială a concurenței.

La secțiunea III.1.3.a) din fișa de date se impune ca cerință de participare la licitație ca ofertanții să dovedească faptul că dispun de efective medii anuale de personal în ultimii 3 ani, de 764 de persoane.

Această cerință, ce nu este deloc uzuală și, în mod evident, restrânge concurența, nu are niciun fel de justificare, deoarece, după cum este cunoscut în domeniu, resursele de personal sunt completate de fiecare antreprenor în funcție de necesitățile sale curente, prin raportare la contractele efective pe care le are în derulare. Deci, la momentul la care câștigă un contract pentru care mai are nevoie de 20 de muncitori, nu există niciun impediment în a angaja respectivii muncitori la începerea lucrărilor. Pe de altă parte, **prin modul în care este formulată, cerința este absolut nerelevantă neprezentând niciun fel de garanție pentru autoritatea contractantă.** Concret, câtă vreme se are în vedere o medie anuală de muncitori pe ultimii 3 ani, este foarte posibil ca un operator economic să fi avut în urma cu 3 ani un număr foarte mare de angajați, care să fie suficient el singur pentru a îndeplini cerința (de exemplu 2.500 angajați în anul 2021), dar în prezent să aibă foarte puțini angajați, ori chiar deloc, situație, ce, evident, nu aduce niciun fel de garanție în privința posibilității de ducere la bun sfârșit a contractului.

Astfel, câtă vreme autoritatea contractantă nu dovedește necesitatea unei astfel de cerințe iar ea nici nu prezintă o relevanță practică, cerința în cauză este nelegală pentru că este de natură să creeze o restrângere artificială a concurenței, contrare prevederilor art. 50 alin. (1) din Legea 98/2016, care stabilește că *autoritățile contractante nu vor concepe sau structura achizițiile ori elemente ale acestora cu scopul exceptării acestora de la aplicarea dispozițiilor prezentei legi ori al restrângerii artificiale a concurenței.*

Din alt punct de vedere, cerința analizată este nelegală și prin prisma modalității de îndeplinire a acesteia prin intermediul terților susținător. În acest sens, în Formularul nr. 7, se prevăd următoarele:

„I.B.3. Numărul mediu anual de personal al operatorului economic care prestează servicii ori execută lucrări și numărul personalului de conducere din ultimii 3 ani:

- *Documente din care reiese că terțul dispune de resursele umane solicitate la nivelul criteriului de calificare, pe care le va pune la dispoziția contractantului;*

- Documente din care reiese modul efectiv prin care va transfera către contractant resursele financiare puse la dispoziție, atunci când va fi necesar în derularea contractului”.

Câtă vreme nu există o cerință în documentația de atribuire ca ofertantul în sine să dețină efectiv resursele umane în cauză, nu se poate stabili o astfel de cerință în ceea ce-l privește pe tertul susținător, cu atât mai mult cu cât o astfel de cerință nu apare nici în anunțul de participare și nici în fișa de date, or, potrivit art. 30 alin. (6) din Normele metodologice aprobate prin H.G. 395/2016, criteriile de calificare și criteriile de selecție care se regăsesc în caietul de sarcini ori în documentația descriptivă și care nu sunt prevăzute în anunțul de participare/simplificat/ de concurs sunt considerate clauze nescrise.

De altfel, modul în care este impusă cerința în Formularul nr. 7 este susceptibil de a crea o dificultate de interpretare a acestei cerințe și de a impune o condiție suplimentară. De exemplu, în cazul în care un ofertant ar mai avea nevoie de un număr de 100 de persoane pentru a îndeplini cerința, iar tertul susținător, deși respectă el însuși cerința, având o medie de muncitori de peste 1.000 în ultimii 3 ani, însă, în ultimul an are doar 80 de angajați, nu ar avea cum să pună la dispoziție efectiv, cei 100 angajați necesari, deși, cum am arătat el îndeplinește cerința.

7. Prevederile din fișa de date referitoare la capacitatea tehnică și profesională a subcontractanților sunt neclare, deci, nelegale.

La secțiunea III.1.3.a) - pag. 9 din fișa de date, referitoare la proporția de subcontractare, se arată că, deși autoritatea contractantă nu impune cerințe de participare în privința subcontractanților, se ia, totuși, în considerare capacitatea lor tehnică și profesională, sens în care trebuie prezentate documente relevante, indicându-se expres că, dacă subantreprenorul nu are capacitatea tehnică și profesională necesară, acesta va fi respins.

Câtă vreme nu se arată în mod clar care ar fi documentele relevante și care ar fi capacitatea tehnică și profesională necesare, prevederile analizate sunt echivoce și conferă comisiei de evaluare dreptul de a respinge anumiți subcontractanți în mod discreționar, având o libertate de apreciere nelimitată, situație ce este în contradicție cu legislația și principiile achizițiilor publice.

8. Prevederea din fișa de date referitoare la demonstrarea corespondenței propunerii tehnice cu prevederile caietului de sarcini și ale restului documentației sunt neclare, deci, nelegale.

La secțiunea IV.4.1 9 din fișa de date, se prevede că:
„Ofertantul va demonstra corespondența propunerii tehnice cu prevederile caietului de sarcini și ale restului documentației tehnice”.

„Ofertele care nu detaliază cerințele caietului de sarcini și nu asigură corelarea informațiilor solicitate în cadrul unei cerințe cu restul prevederilor caietului de sarcini se consideră neconforme”.

În condițiile în care autoritatea contractantă nu detaliază și nu explică ce se înțelege prin demonstrarea corespondenței și asigurarea corelării informațiilor solicitate, aceste noțiuni având un spectru foarte larg de interpretare, cerințele în discuție sunt opace și echivoce, permițând comisiei de evaluare să facă aprecieri subiective și judecări de valoare în privința ofertelor, având o libertate de apreciere nelimitată, situație ce este în contradicție cu legislația și principiile achizițiilor publice.

Față de cele mai sus expuse, **solicit admiterea plângerii astfel cum a fost formulată, cu cheltuieli de judecată.**

În drept: art. 29 și urm. din Legea cu nr. 101/2016.

În probațiune: înscrisuri; dosarul constituit la C.N.S.C..

Atașez:

1. Deciziei C.N.S.C. nr. 2342/C2/2592 din data de 21.08.2024;
2. practică C.N.S.C..

EUSKADI S.R.L.
reprezentată de avocat Radu SIMIONOVICI

