



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C. N. S. C.

Str. Stavropoleos nr. 6, România, C.P. 030084, CIF 20329980
Tel. +4 021 3104641 Fax. +4 021 3104642 +4 021 8900...5 www.cnsc.ro

În conformitate cu prevederile art. 266 alin. (2) din OUG 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 nr. ... înregistrată la CNSC sub nr. ... înaintată de **(1)** ... cu sediul în înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ... având CUI ... reprezentată legal prin ... - Președinte, prin contestația nr. ... din ... înregistrată la CNSC sub nr. ... înaintată de **(2)** ... cu sediul în înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ... având CUI ... reprezentată legal prin ... prin contestația FN (fără număr de înregistrare la emitent), înregistrată la CNSC sub nr. ... înaintată de **(3)** ... cu sediul în etaj 2, ... înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ... având CUI ... reprezentată legal prin ... - ... prin contestația nr. ... înregistrată la CNSC sub nr. ... înaintată de **(4)** ... cu sediul în înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ... având CUI ... reprezentată legal prin ... - ... prin contestația nr. ... înregistrată la CNSC sub nr. ... înaintată de **(5)** ... cu sediul în înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ... având CUI ... reprezentată legal prin ... - ... formulate împotriva documentației de atribuire întocmite de ... cu sediul în în cadrul procedurii, licitație deschisă, organizate în vederea atribuirii contractului de achiziție publică având ca obiect „Elaborare studiu de fezabilitate pentru autostrada Buzău - Focșani”, coduri CPV 71241000-9 – *Studii de fezabilitate, servicii de consultanță, analize (Rev.2)*, 71322500-6 – *Servicii de proiectare tehnică pentru infrastructură de transport (Rev.2)*, s-a solicitat Consiliului:

- „să constatați ca fiind abuzive și nelegale anumite clauze contractuale și cerințe ale autorității contractante din cadrul documentației de atribuire (...);

- să obligați autoritatea contractantă să remedieze documentația de atribuire în sensul celor evocate în motivare și să stabilească o nouă dată de depunere a ofertelor cu respectarea art. 71 din OUG nr. 34/2006 sau, în cazul în care remedierea documentației de atribuire nu este posibilă, să obligați autoritatea contractantă să anuleze procedura de atribuire;
 - să dispuneți suspendarea procedurii de atribuire a contractului de achiziție publică până la soluționarea contestației, conform art. 275¹ din OUG nr. 34/2006” (de către ...
 - „obligarea autorității contractante la adoptarea măsurilor de remediere privind prevederile abuzive și nerealistice din cadrul contractului și a caietului de sarcini;
 - în subsidiar, în cazul în care apreciați ca imposibilă adoptarea măsurilor de remediere de către autoritatea contractantă, solicităm anularea procedurii de atribuire” (de către ...
 - „anularea anunțului;
 - constatarea caracterului restrictiv și disproporționat al unor cerințe/prevederi din cadrul fișei de date și din cadrul documentației de atribuire (caietul de sarcini și contractul);
 - obligarea autorității contractante de a proceda la refacerea fișei de date și a documentației de atribuire (caietul de sarcini și contractul) aferentă procedurii de achiziție publică pentru atribuirea contractului conform celor indicate în cadrul contestației, în așa fel încât acestea să nu mai aibă un caracter restrictiv și disproporționat;
 - obligarea autorității contractante la reluarea procedurii de achiziție publică pentru atribuirea contractului pe baza respectivei fișe de date și documentații de atribuire refăcută” (de către ...
-
- „admiterea contestației;
 - remedierea documentației de atribuire, conform art. 278 alin. (2) din OUG nr. 34/2006 și stabilirea termenului în care autoritatea contractantă are obligația executării deciziei pronunțate, conform art. 278 alin. (4) din același act normativ;
 - prelungirea termenului de depunere a ofertelor;
 - suspendarea procedurii de atribuire până la soluționarea contestației, conform art. 275¹ din OUG nr. 34/2006” (de către ...
 - „să constatați caracterul abuziv, nelegal și restrictiv al anumitor cerințe și clauze din cadrul fișei de date a achiziției și documentației de atribuire;
 - să constatați caracterul abuziv al criteriului de atribuire „prețul cel mai scăzut”, în condițiile în care cea mai mare parte a activităților ce urmează a fi executate nu pot fi evaluate și specificate în propunerea financiară;

- să obligați autoritatea contractantă să ia măsurile de remediere necesare prin refacerea fișei de date a achiziției și a documentației de atribuire, prin eliminarea/modificarea cerințelor și clauzelor abuzive și disproporționate;
- să obligați autoritatea contractantă să anuleze această procedură de achiziție publică și să reia procedura de achiziție publică pentru atribuirea contractului pe baza fișei de date a achiziției/documentației de atribuire modificată conform celor solicitate” (de către ...

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

DECIDE:

Conexează cele cinci contestații.

Admite excepția tardivității contestațiilor ... și ... invocate din oficiu și respinge contestațiile acestora, ca tardive.

Admite în parte, contestațiile formulate de și ... respectiv cererile privind:

- obligarea autorității contractante la adoptarea măsurilor de remediere privind conținutul anunțului de participare nr. ... din 01.05.2014, a fișei de date a achiziției, a caietului de sarcini și a clauzelor contractuale, așa cum a fost menționat în motivarea prezentei.

- prelungirea termenului de depunere a ofertelor.

Respinge ca rămase fără obiect, cererile privind clauzele contractuale nr. 8.2, 8.11, 8.12, 27.8 (1), 33.2, 39.3, 21.2, 31.3, 31.5.

Admite, implicit, cererea de asociere a ... la contestațiile amintite anterior.

Obligă autoritatea contractantă la continuarea procedurii de atribuire, în maxim 10 zile de la primirea deciziei prezente, prin modificarea documentației de atribuire, ce va face obiectul unui anunț tip erată, în sensul celor precizate în motivarea ce urmează, astfel:

- anunțul de participare și fișa de date – se elimină cash-flow;
- caietul de sarcini – cap. 8.1. pct. 3.4, 4.1.3.8.;
- clauzele contractuale nr. 5 (5.2, 5.3, 5.5), 12.5, 13.2, 14.2, 16.4, 18.4, 19.3, 27.13, 30.9, 34.3, 19.6, 16.1, 18.1, 19.5, 19.8, 19.10, 26.2, 27.9, 27.14, ... 29.5, 19.9, 35.6.

Respinge ca nefondate, cererile privind, anularea procedurii de atribuire și a anunțului de participare și celelalte clauze contractuale.

Obligă la decalarea termenului de depunere a ofertelor cu 15 zile.
Obligatorie.

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 nr. ... înregistrată la CNSC sub nr. atacă prevederile documentației de atribuire elaborate de ... în calitate de autoritate contractantă în procedura mai sus amintită, reclamând că aceasta a impus clauze și proceduri abuzive și nelegale.

Procedând în această manieră, contestatoarea apreciază că autoritatea contractantă impune executarea unui proiect complex într-un termen exagerat de scurt, ce echivalează practic cu neexecutarea obligațiilor contractuale de către Prestator.

Mai mult, contestatoarea susține că autoritatea contractantă încalcă flagrant dreptul Prestatorului:

(i) de a încasa Prețul Contractului, în cuantumul ofertat;

(ii) de a încasa Prețul Contractului în termenele maxime impuse de legiuitor prin Legea nr. 72/2013, ce transpune Directiva 2011/7/UE a Parlamentului European și a Consiliului;

(iii) de a primi dobânzi penalizatoare, așa cum sunt acestea stabilite prin Legea nr. 72/2013;

(iv) de a solicita despăgubiri pentru pierderile sau prejudiciile suferite;

și (v) impune Prestatorului riscuri care nu sunt rezultatul culpei/vinei acestuia, riscuri imposibil de cuantificat în faza de ofertare, cu obligația Prestatorului de a renunța la orice pretenție de costuri suplimentare sau de a solicita despăgubiri pentru pierderile sau prejudiciile suferite;

ori (vi) dobândește dreptul de proprietate exclusivă asupra tuturor documentațiilor elaborate de Prestator, „pe măsură ce acestea sunt produse”, Beneficiarul având dreptul de a le „utiliza, publica, cesiona, ori transfera așa cum va considera de cuviință”, independent de efectuarea plăților datorate Prestatorului.

Astfel, prin acest mecanism de clauze abuzive și proceduri nelegale, autoritatea contractantă își poate atinge scopul propus (dobândește proprietatea intelectuală asupra Studiului de Fezabilitate elaborat de Prestator), fără obligația corelativă de plată, fiind la latitudinea arbitrară a autorității contractante dacă, când și cât plătește Prestatorului pentru serviciile executate.

În continuare, contestatoarea prezintă atât clauzele contractuale și cerințele impuse prin documentația de atribuire referitoare la termenele de prestare a serviciilor, procedura de decontare a

serviciilor, precum și la riscurile impuse în sarcina Prestatorului, cât și opinia sa în legătură cu nelegalitatea acestora.

Prin contestația nr. ... din ... înregistrată la CNSC sub nr. atacă prevederile documentației de atribuire elaborate de ... în cadrul aceleiași proceduri, considerând nelegale clauzele contractuale impuse de aceasta.

Astfel, contestatoarea arată că, în cadrul Modelului de Contract inclus în documentația de atribuire, ale cărui clauze se solicită a fi acceptate de către ofertant, prin includerea în propunerea tehnică a Formularului nr. 20 „Documente de confirmare a acceptării de către ofertant a clauzelor contractuale”, se regăsesc mai multe prevederi restrictive și, în același timp, abuzive. Cu toate că Formularul nr. 20 permite și formularea de amendamente la clauzele contractuale, contestatoarea menționează că, în conformitate cu prevederile art. 36 alin (2) din HG nr. 925/2006, oferta este considerată neconformă în situația în care ar „conține propuneri de modificare a clauzelor contractuale pe care le-a stabilit autoritatea contractantă în cadrul documentației de atribuire, care sunt în mod evident dezavantajoase pentru aceasta din urmă, iar ofertantul, deși a fost informat cu privire la respectiva situație, nu acceptă renunțarea la clauzele respective”.

În acest context, contestatoarea reclamă următoarele clauze contractuale și, în același timp, propune și posibile măsuri de remediere ce ar putea fi adoptate de către autoritatea contractantă:

I. Art. 2.1. *„Titlurile secțiunilor și articolelor din aceste Condiții Generale nu vor fi luate în considerare ca parte a Contractului și nu vor fi luate în considerare în interpretarea Contractului”.*

Modelul de contract inclus în documentația de atribuire nu are în structura sa mai multe tipuri de condiții contractuale, ceea ce înseamnă, că prin art. 2.1, autoritatea contractantă indică faptul că modelul de contract reprezintă, de fapt, niște condiții generale, care nu sunt particularizate pentru prezenta procedură. Mai mult, mențiunea conform căreia „titlurile nu vor fi considerate ca parte a Contractului” este una bizară. În loc să includă în cadrul modelului de contract această prevedere, autoritatea contractantă putea opta la enunțarea clauzelor contractuale, fără a mai menționa titlurile secțiunilor și articolelor.

În opinia contestatoarei, o posibilă măsură de remediere ar fi eliminarea art. 2.1. din cadrul modelului de contract.

II. Articolul 8 - *Subcontractarea*, cu următoarele sub-clauze:

8.11. *„În situația în care Prestatorul a declarat în cadrul ofertei că își va îndeplini obligațiile contractuale fără sprijinul unor subcontractanți, niciun contract de subcontractare nu va fi aprobat ulterior semnării prezentului Contract de Servicii” și*

8.12. „[...] Pe tot parcursul îndeplinirii prezentului Contract de Servicii, Prestatorul nu va depăși limita procentuală declarată în cadrul ofertei pentru subcontractare”.

În conformitate cu solicitările fișei de date a achiziției, „în cazul în care ofertantul va subcontracta o parte din contract, acesta are obligația de a preciza partea/părțile din contract pe care urmează să le subcontracteze, procentul pe care-l realizează, precum și datele de identificare ale subcontractanților propuși”, solicitare care este în concordanță cu prevederile art. 45 alin. (2) din OUG nr. 34/2006. Totodată, potrivit prevederilor art. 96 alin. (2) din HG nr. 925/2006, „Pe parcursul derulării contractului, contractantul nu are dreptul de a înlocui subcontractanții nominalizați în ofertă fără acceptul autorității contractante, iar eventuala înlocuire a acestora nu trebuie să conducă la modificarea propunerii tehnice sau financiare inițiale”, prevedere care este transpusă de către autoritatea contractantă în cadrul modelului de contract, la art. 8.9.

Prin urmare, având în vedere că singura restricție impusă de către legiuitor referitoare la subcontractanți în timpul derulării contractului, face referire doar la înlocuirea subcontractanților declarați în ofertă, contestatoarea nu înțelege de ce autoritatea contractantă impune o nouă restricție privind nominalizarea de noi subcontractanți în timpul derulării contractului.

Există posibilitatea ca la momentul elaborării ofertei, ofertantul să prevadă ca doar o parte din servicii să fie subcontractate, însă, pe parcursul derulării contractului, situațiile reale cu care Prestatorul se va confrunta să impună necesitatea subcontractării și unei alte părți a contractului, necesitate care este refuzată de la bun început de către autoritatea contractantă prin impunerea restricțiilor mai sus menționate (art. 8.11 și art. 8.12).

Contestatoarea apreciază că se impun următoarele măsuri de remediere:

- amendarea art. 8.11. astfel: „Prestatorul nu are dreptul de a înlocui pe niciunul din subcontractanții numiți în oferta sau pe cei numiți ulterior fără acceptul prealabil al autorității contractante”. Această prevedere este asemănătoare cu prevederile art. 4.4. din Condițiile Speciale ale Contractului pentru echipamente și construcții, inclusiv proiectare, aprobate prin Ordinul nr. 146 din 01.03.2011, publicat în MO nr. 188 bis din 17.03.2011;

- eliminarea următoarei prevederi din cadrul art. 8.12 „Pe tot parcursul îndeplinirii prezentului Contract de Servicii, Prestatorul nu va depăși limita procentuală declarată în cadrul ofertei pentru subcontractare”.

Art. 8.8. „Serviciile încredințate unui subcontractant de către Prestator nu pot fi încredințate unor terțe părți de către subcontractant”.

În conformitate cu prevederile art. 8.8, Prestatorul va fi obligat să interzică subcontractorului posibilitatea de a colabora cu terțe părți, aspect care aduce atingere principiilor achizițiilor publice (art. 2 alin. (2) din OUG nr. 34/2006). Mai mult chiar, în cazul în care aceste prevederi contractuale nu sunt respectate, Beneficiarul este îndreptățit la obținerea de despăgubiri din partea Prestatorului în cuantum de 20% din suma alocată pentru serviciile subcontractate (art. 8.10 din modelul de contract).

În acest context, contestatoarea solicită eliminarea art. 8.8. din cadrul modelului de contract și modificarea art. 8.10 astfel: *„Orice schimbare a subcontractantului nominalizat în ofertă sau orice încredințare ulterioară a serviciilor unui subcontractant fără aprobarea prealabilă în scris a Beneficiarului va fi considerată o încălcare a Contractului de Servicii, situație care îndreptățește Beneficiarul la obținerea de despăgubiri din partea Prestatorului în cuantum de 20% din suma alocată pentru serviciile subcontractate”*.

Contestatoarea amintește că autoritatea contractantă a mai precizat: 8.13. *„În situația în care este necesară înlocuirea unui subcontractant, Prestatorul are obligația de a nu încheia un nou contract de subcontractare cu niciunul/oricare dintre ofertanții declarați necâștigători/terții susținători/subcontractanții acestora în cadrul procedurii de atribuire a prezentului contract de servicii, întrucât nerespectarea acestei obligații este considerată indicator de fraudă potrivit prevederilor OUG nr. 66/2011 cu modificări și completări ulterioare”*.

Ori, în conformitate cu prevederile art. 46 alin. (1) din OUG nr. 34/2006, *„ofertantul nu are dreptul ca în cadrul aceleiași proceduri: a) să depună două sau mai multe candidaturi/oferte individuale și/sau comune, sub sancțiunea excluderii din competiție a tuturor candidaturilor/ofertelor în cauză; b) să depună ofertă individuală/comună și să fie nominalizat ca subcontractant în cadrul unei alte oferte, sub sancțiunea excluderii ofertei individuale sau, după caz, a celei în care este ofertant asociat; c) să depună ofertă individuală/comună și să fie nominalizat ca terț susținător în cadrul unei alte oferte, sub sancțiunea excluderii ofertei individuale sau, după caz, a celei în care este ofertant asociat”*.

Prin urmare, legiuitorul nu interzice, nici măcar la momentul depunerii ofertei, ca un subcontractant să fie nominalizat în cadrul mai multor oferte.

Prin urmare, contestatoarea nu înțelege de ce după momentul atribuirii contractului este interzisă posibilitatea de a nominaliza un subcontractant care a fost nominalizat anterior (la momentul depunerii ofertelor) de către un alt ofertant declarat necâștigător.

În aceste condiții, contestatoarea solicită eliminarea art. 8.13. din cadrul modelului de contract.

III. Prevederile Contractuale privind aplicarea penalităților sunt disproporționate între cele 2 părți contractante: Prestator și autoritatea contractantă, susține contestatoarea.

Astfel, în cadrul modelului de contract, autoritatea contractantă face următoarea precizare:

Art. 27.13: *„Părțile cunosc și garantează în virtutea prevederilor Legii nr. 72/2013 cu modificări și completări ulterioare și OG nr. 13/2011 cu modificările și completările ulterioare, că relațiile contractuale dintre părți se desfășoară pe principii de egalitate, bună credință și cu respectarea acestor dispoziții legale, înțelegând că nicio clauză a contractului nu este abuzivă prin prisma dispozițiilor legale enunțate”.*

Pentru a evidenția principiile de egalitate conform prezentelor prevederi contractuale, în cele ce urmează, contestatoarea arată distribuția penalităților pentru cele 2 părți contractante, astfel:

Pentru Prestator sunt prevăzute următoarele penalități contractuale:

Art. 8.10: *„Orice schimbare a subcontractantului fără aprobarea prealabilă în scris a Beneficiarului sau orice încredințare a serviciilor de către subcontractant către terțe părți va fi considerată o încălcare a Contractului de Servicii, situație care îndreptățește Beneficiarul la obținerea de despăgubiri din partea Prestatorului în cuantum de 20% din suma alocată pentru serviciile subcontractate”.*

Art. 12.5: *„(...) cu excepția cazului în care se obține acordul scris prealabil al Beneficiarului, Prestatorul și personalul său, salariat ori contractat de acesta, incluzând conducerea și salariații din teritoriu, nu vor comunica niciodată oricărei alte persoane sau entități, nicio informație confidențială divulgată lor sau despre care au luat cunoștință și nu vor face publică nicio informație referitoare la recomandările primite în cursul sau ca rezultat al derulării Serviciilor. Totodată, Prestatorul și personalul său nu vor utiliza în dauna Beneficiarului informațiile ce le-au fost furnizate sau rezultatul studiilor, testelor, cercetărilor desfășurate în cursul sau în scopul executării Contractului de Servicii, cu consecința plății de despăgubiri în cuantum de 5% din Prețul Contractului de Servicii în situația nerespectării acestei obligații”.*

Art. 13.2: *„(...) Prestatorul se va asigura că personalul său, salariat sau contractat de el, inclusiv conducerea și salariații din teritoriu, nu se află într-o situație care ar putea genera un conflict de interese. Fără a aduce atingere prevederilor Articolului 19 din prezentul contract, Prestatorul va înlocui, imediat și fără vreo compensație din partea Beneficiarului, orice membru al personalului său salariat ori contractat, inclusiv conducerea ori*

salariații din teritoriu, care se regăsește într-o astfel de situație cu o altă persoană, care să îndeplinească criteriile de calificare solicitate în cadrul Documentației de Atribuire. În vederea înlăturării oricărui dubiu, Părțile convin că înlocuirea oricărui membru al personalului Prestatorului decurgând dintr-un conflict de interese va fi considerată o nerespectare a obligațiilor contractuale ale acestuia, caz în care acesta va fi obligat la plată către Beneficiar a unei penalități în cuantum de 0,1% din Prețul Contractului pentru fiecare persoană înlocuită. Aceasta nu va aduce atingere dreptului Beneficiarului de a solicita și obține repararea oricăror prejudicii decurgând dintr-un astfel de conflict de interese”.

Art. 14.2: „(...) În termen de 20 de zile de la semnarea Contractului de Servicii, Prestatorul va furniza Beneficiarului polița de asigurare sau polițele de asigurare, în original, însoțită/însoțite de dovada plății integrale a acestora. În caz contrar, Beneficiarul este îndreptățit să aplice penalități în cuantum de 200,00 lei pentru fiecare zi de întârziere”.

Art. 16.4: „Nerespectarea obligațiilor menționate în alineatele precedente [n.a. privind drepturile de proprietate intelectuală] de către Prestator dă dreptul Beneficiarului la daune în cuantum de 5.000 Euro pentru fiecare caz în parte. Plata se va face în lei la cursul oficial leu/euro din ziua plății”.

Art. 18.4. (2): „În situația în care Prestatorul întârzie în mobilizarea personalului după termenul stabilit în Notificarea Beneficiarului cu privire la Data de începere a Contractului (articolul 5.3), Beneficiarul este îndreptățit să diminueze cu 0,1%/zi din onorariul expertului care nu a fost mobilizat, penalitate ce va fi calculată începând de la momentul expirării datei de începere a contractului notificată de către Beneficiar, până la data transmiterii CV-ului expertului de către Prestator”.

Art. 18.4. (3): „În situația în care expertul propus spre aprobare nu îndeplinește cerințele stabilite în Anexa I - Caietul de Sarcini, Beneficiarul este îndreptățit să diminueze cu 0,1%/zi din onorariul expertului propus inițial la Ofertă, penalitate ce va fi calculată începând cu data la care propunerea a fost respinsă de către Beneficiar până la momentul transmiterii de către Prestator a unei alte propuneri de personal în conformitate cu cerințele stabilite în Anexa I - Caiet de Sarcini. Noua propunere trebuie transmisă de către Prestator în maxim 30 de zile”.

Art. 19.3: „Prestatorul trebuie să se asigure că personalul își va îndeplini pe întreaga perioadă de execuție a Contractului obligațiile stabilite în sarcina acestuia. În cazul în care Prestatorul nu își îndeplinește această obligație, pentru fiecare expert cheie înlocuit, acesta va fi obligat la plata către Beneficiar a unor penalități în cuantum de 0,05% din Prețul contractului, cu excepția cazului în

care înlocuirea este un rezultat al circumstanțelor ce nu sunt sub controlul Prestatorului conform articolului 19.2.”.

Art. 19.5: „În situația în care un membru al personalului cheie trebuie înlocuit, persoana înlocuitoare trebuie să îndeplinească aceleași criterii de calificare solicitate în Documentația de Atribuire. Prestatorul va transmite Beneficiarului, pentru verificare și aprobare o copie a CV-ului acestuia și a documentelor justificative prin care demonstrează îndeplinirea criteriilor de calificare. În cazul respingerii acestora, Beneficiarul va notifica în scris motivele respingerii. În caz de respingere, Beneficiarul va fi îndreptățit să solicite Prestatorului, iar acesta va fi obligat la plata unor penalități de întârziere în cuantum de 0,05% pe zi de întârziere din Prețul Contractului care vor curge de la data comunicării respingerii personalului propus și până la data aprobării de către Beneficiar a unor experți propuși de Prestator care să îndeplinească criteriile de calificare prevăzute în Documentația de Atribuire”.

Art. 30.9: „(...) în situația în care Prestatorul este îndreptățit la diminuarea valorii scrisorii de garanție pentru returnarea avansului, urmare a recuperării de către Beneficiar a unui procent din avansul acordat acestuia, valoarea scrisorii de garanție pentru returnarea avansului va fi calculată după următorul algoritm:

- valoarea avansului rămas de recuperat de către Beneficiar,
- TVA-ul aferent avansului rămas de recuperat de către Beneficiar,
- Penalități de întârziere/dobânzi, conform Codului de Procedură Fiscală, în cuantum de 0,04% pe zi aplicate de la data acordării avansului până la emiterea ultimei Plăți Intermediare prin care Beneficiarul a recuperat din avansul acordat Prestatorului * 150 zile”.

Art. 33.2: „Prestatorul care a încălcat prevederile contractuale, inclusiv Anexa I - Caietul de Sarcini (altele decât cele prevăzute la articolul 33.1, cât și cele unde a fost stabilit în mod clar cuantumul sau procentul penalităților/daunelor în cuprinsul prezentului Contract de Servicii), se va supune, unor penalități aplicate de către Beneficiar reprezentând 2% din Prețul Contractului”.

Art. 34.3: „Valoarea penalităților va fi de 0,05%/zi de întârziere din Prețul contractului” [dacă Prestatorul nu prezintă unul sau mai multe rapoarte sau orice alte documente menționate în prezentul Contract, în perioadele specificate în Anexa I Caietul de Sarcini, Beneficiarul va fi îndreptățit, fără a mai fi necesară nicio notificare în acest sens, la sume reprezentând penalități de întârziere, pentru fiecare zi de întârziere, care va trece din momentul termenului de transmitere prevăzut în Anexa I Caietul de sarcini până în momentul efectiv al transmiterii acestor documente].

Pentru autoritatea contractantă sunt prevăzute următoarele penalități contractuale:

Art. 27.9: *„Îndată ce termenul limită de plată a expirat, Prestatorul poate să pretindă o dobândă penalizatoare la nivelul ratei dobânzii de referință aplicate de Banca Națională a României, plus 8 puncte procentuale. Dobânda penalizatoare se va percepe pentru perioada scursă între data termenului limită de plată (inclusiv) și data la care este debitat contul Beneficiarului (exclusiv)”*.

În consecință, prevederile contractuale privind penalitățile sunt total disproporționate între cele 2 părți contractante.

Mai mult, tipul de penalitate prevăzut la art. 18.4 (3) este același cu cel prevăzut la art. 19.5 - pentru înlocuirea unui membru al personalului, însă modalitatea de calcul și procentul aplicat sunt diferite.

De asemenea, penalitatea de întârziere prevăzută la art. 19.5. este disproporționată prin raportare la evenimentul sancționat, în condițiile înlocuirii unui membru al echipei ca urmare a decesului sau îmbolnăvirii, invalidității, motive care nu sunt sub controlul Prestatorului.

Totodată, penalitatea prevăzută la art. 13.2 nu este justificată dacă, conflictul de interese apare după semnarea contractului de servicii, în condițiile menținerii de către Prestator a aceluiași personal nominalizat la momentul depunerii ofertei și numirii/angajării de către autoritatea contractantă a unor persoane care se pot afla în conflict de interese cu personalul Prestatorului. Ori, art. 13.2. nu face nicio diferențiere între posibilele situații, motiv pentru care, în cazul în care s-ar produce situația mai sus enunțată (situație care nu este sub controlul Prestatorului), Prestatorul este obligat la plata către Beneficiar a unei penalități în cuantum de 0,1% din Prețul Contractului pentru fiecare persoană înlocuită.

În acest sens, contestatoarea apreciază oportună echilibrarea balanței privind prevederile contractuale referitoare la penalități și amendarea clauzelor în care penalitățile pentru Prestator sunt disproporționate/nejustificate/abuzive.

IV. Termenul de prestare a serviciilor este disproporționat raportat la complexitatea proiectului:

În conformitate cu prevederile Caietului de Sarcini - Anexa I la Contractul de Servicii, cap. 8.1. Cerințe de Raportare, pct. 3 și 4, Studiul de Fezabilitate Preliminar va fi înaintat autorității contractante în termen de 3 luni de la începere, iar Studiul de Fezabilitate Final - în termen de 4 luni de la începere.

Contestatoarea apreciază că aceste termene sunt insuficiente pentru a putea elabora un proiect corect, complet și funcțional pentru o autostradă de 67 km. Mai mult, conform prevederilor

Caietului de Sarcini, cap. 8.1., pct. 4: „Studiul de Fezabilitate final care va include toate observațiile Beneficiarului, agenției Jaspers, AMPOST altor autorități implicate în procesul de aprobare și avizare, Raportului de Audit de Siguranță Rutieră, Rezultatul consultațiilor publice, a părților terțe și a autorităților de mediu, inclusiv detalii complete pentru toate schimbările aduse la Proiect, Avizele, Acordurile, Permisele și alte aprobări obținute se vor preda pe măsură ce se emit, cu predarea unui volum complet împreună cu Acordul de Mediu și cu documentațiile procedurii de mediu care au stat la baza emiterii Acordului de mediu, în termenul contractual”.

În aceste condiții este imposibil ca în termen de 4 luni să fie efectuate toate investigațiile de teren (geotehnice, topografice, arheologice, etc.), să fie identificați toți proprietarii, să fie efectuate consultații publice, să fie elaborate proiecte pentru două variante de traseu, să fie obținute și incluse în proiect observațiile JASPERS, AMPOST și ale autorităților de mediu. De asemenea, trebuie menționat și faptul că procedura de obținere a Acordului de mediu este o procedură care necesită timp. Termenele procedurale sunt prevăzute în Ordinul 135/2010 privind aprobarea Metodologiei de aplicare a evaluării impactului asupra mediului pentru proiecte publice și private. Astfel, emiterea Acordului de mediu poate dura între 1 lună (pentru activități cu impact redus asupra mediului, pentru care nu este necesară elaborarea Studiului de impact) și 4 luni (pentru activități cu impact semnificativ asupra mediului, pentru care este necesară elaborarea Studiului de impact).

În acest context, contestatoarea solicită prelungirea termenului de elaborare a Studiului de Fezabilitate și implicit prelungirea duratei contractului de servicii.

V. Art. 8.2. *„Prestatorul trebuie să solicite aprobarea prealabilă în scris a Beneficiarului înainte de încheierea unui contract de subcontractare. Această aprobare va fi acordată avându-se în vedere serviciile care urmează a fi subcontractate și identitatea subcontractantului propus. Introducerea/Înlocuirea unui subcontractor nu trebuie să conducă la modificarea propunerii tehnice sau financiare inițiale. Beneficiarul, cu respectarea prevederilor Articolului 6 din prezentul Contract de Servicii, va notifica decizia sa Prestatorului în termen de 30 de zile de la data primirii notificării, motivând decizia sa în cazul respingerii aprobării”.*

În opinia contestatoarei, termenul de 30 zile (1 lună) acordat autorității contractante pentru aprobarea/respingerea unui subcontractant este disproporționat, în condițiile în care termenul de elaborare și transmitere a Studiului de Fezabilitate Final este de 4 luni.

Drept urmare, contestatoarea propune amendarea art. „16.1” (8.2) astfel: *„Prestatorul trebuie să solicite aprobarea prealabilă în scris a Beneficiarului pentru nominalizarea în cadrul contractului a unui subcontractant. Această aprobare va fi acordată avându-se în vedere serviciile care urmează a fi subcontractate și identitatea subcontractantului propus. Introducerea/Înlocuirea unui subcontractor nu trebuie să conducă la modificarea propunerii tehnice sau financiare inițiale. Beneficiarul, cu respectarea prevederilor Articolului 6 din prezentul Contract de Servicii, va notifica decizia sa Prestatorului în termen de 3 zile lucrătoare de la data primirii notificării, motivând decizia sa în cazul respingerii aprobării”.*

VI. Art. 16.1. *„Studiul de Fezabilitate și orice rapoarte și date precum: hărți, diagrame, schite, instrucțiuni, planuri, statistici, calcule, baze de date, software și înregistrări justificative ori materiale achiziționate, compilate ori elaborate de către Prestator sau de către personalul său salariat ori contractat în executarea Contractului de Servicii vor deveni proprietatea exclusivă a Beneficiarului, pe măsură ce sunt produse, dacă nu se prevede altfel. După încetarea Contractului de Servicii, Prestatorul va remite toate aceste documente și date Beneficiarului. Prestatorul nu va utiliza documente și date ale proiectului/Contractului în scopuri care nu au legătură cu Contractul de Servicii fără acordul scris prealabil al Beneficiarului”.*

Contestatoarea apreciază ca fiind abuzivă prevederea conform căreia documentele elaborate în cadrul prezentului contract devin proprietatea Beneficiarului pe măsură ce acestea sunt produse și nu după plata de către Beneficiar a serviciilor prestate în vederea elaborării acestor documente.

În acest sens, contestatoarea propune modificarea art. 16.1 astfel: *„Studiul de Fezabilitate și orice rapoarte și date precum: hărți, diagrame, schițe, instrucțiuni, planuri, statistici, calcule, baze de date, software și înregistrări justificative ori materiale achiziționate, compilate ori elaborate de către Prestator sau de către personalul său salariat ori contractat în executarea Contractului de Servicii vor deveni proprietatea exclusivă a Beneficiarului, după plata serviciilor prestate de către Prestator pentru elaborarea respectivelor documente”.*

VII. Art. 18.1. *„Prestatorul trebuie să informeze Beneficiarul cu privire la întreg personalul pe care intenționează să-l utilizeze pentru implementarea Contractului de Servicii, altul decât experții cheie ale căror CV-uri sunt incluse în Anexa IV a Contractului de Servicii. În Anexa I și/sau Anexa II ale Contractului de Servicii se va specifica nivelul minim de pregătire, calificare și experiență al personalului precum și responsabilitățile acestuia, iar acolo unde*

este cazul și specializarea cerută. Beneficiarul are dreptul să respingă personalul ales de către Prestator”.

În condițiile în care fraza conform căreia „Beneficiarul are dreptul să respingă personalul ales de către Prestator” nu este completată corespunzător, se poate interpreta că Beneficiarul are dreptul de a respinge personalul ales de Prestator fără să își justifice această decizie. De asemenea, nu este prevăzut niciun termen în cadrul căruia autoritatea contractantă are dreptul să transmită această decizie.

Astfel, contestatoarea apreciază oportună modificarea art. 18.1 astfel: *„Prestatorul trebuie să informeze Beneficiarul cu privire la întreg personalul pe care intenționează să-l utilizeze pentru implementarea Contractului de Servicii, altul decât experții cheie ale căror CV-uri sunt incluse în Anexa IV a Contractului de Servicii. În Anexa I și/sau Anexa II ale Contractului de Servicii se va specifica nivelul minim de pregătire, calificare și experiență al personalului precum și responsabilitățile acestuia, iar acolo unde este cazul și specializarea cerută. Beneficiarul are dreptul să respingă personalul ales de către Prestator în termen de 3 zile lucrătoare de la data primirii notificării, motivând decizia sa în cazul respingerii aprobării”*.

VIII. Art. 21.2. *„Beneficiarul va notifica în scris Prestatorul cu privire la numele și adresa Managerului de Proiect. Prestatorul va notifica în scris Beneficiarul cu privire la numele și adresa persoanei sale de contact și a contului bancar. Prestatorul trebuie să utilizeze formularul specific indicat în Anexa IV pentru notificarea sau modificarea contului său bancar sau un formular similar. Beneficiarul va avea dreptul să se opună deciziei Prestatorului cu privire la contul bancar”*.

Contestatoarea susține că este abuzivă prevederea conform căreia *„Beneficiarul va avea dreptul să se opună deciziei Prestatorului cu privire la contul bancar”*, în condițiile în care nu există niciun temei legal în baza căruia autoritatea contractantă să aibă dreptul de a se opune cu privire la contul bancar al Prestatorului.

Prin urmare, se impune eliminarea următoarei prevederi din cadrul art. „21.1” (21.2): *„Beneficiarul va avea dreptul să se opună deciziei Prestatorului cu privire la contul bancar”*.

IX. Art. 26.2. *„Beneficiarul, în termen de 14 zile de la primirea Rapoartelor sau documentelor menționate în Anexa I - Caietul de Sarcini, va notifica Prestatorului decizia sa cu privire la acestea, cu indicarea motivelor în cazul respingerii Rapoartelor și a documentelor justificative sau al solicitării unor modificări și/sau completări. Dacă Beneficiarul nu transmite în interiorul termenului de notificare niciun comentariu cu privire la Rapoartele sau documentele primite, Prestatorul poate solicita aprobarea în scris a acestora”*.

Contestatoarea consideră că aprobarea Rapoartelor/documentelor este condiție de plată conform dispozițiilor art. 26.5 alin (2) („Studiul de Fezabilitate va fi considerat acceptat de către Beneficiar (...) numai după aprobarea Raportului Financiar de către Beneficiar”) coroborate cu dispozițiile art. 27.1 („(...) Plăți intermediare pe baza acceptării de către Beneficiar a următoarelor studii (...). Plată intermediară pe baza acceptării de către Beneficiar a Studiului de Fezabilitate Final, a aprobării Raportului Financiar și a acceptării Auditului de Siguranță”). Prin urmare, lipsa obligației Beneficiarului de a emite aprobarea Rapoartelor/documentelor într-un termen ferm în condițiile în care nu a avut obiecțiuni față de Rapoartele/ documentele analizate, echivalează cu lipsa obligației de plată, fiind la latitudinea discreționară a Beneficiarului când și dacă aprobă anumite Rapoarte/documente, deși nu a avut obiecțiuni față de acestea.

În acest context, contestatoarea solicită amendarea art. 26.2 astfel: *„Beneficiarul, în termen de 14 zile de la primirea Rapoartelor sau documentelor menționate în Anexa I - Caietul de Sarcini, va notifica Prestatorului decizia sa cu privire la acestea, cu indicarea motivelor în cazul respingerii Rapoartelor și a documentelor justificative sau al solicitării unor modificări și/sau completări. Dacă Beneficiarul nu transmite în interiorul termenului de notificare niciun comentariu cu privire la Rapoartele sau documentele primite, atunci documentele sau rapoartele vor fi considerate ca fiind aprobate de către Beneficiar. La cererea Prestatorului, Beneficiarul va avea obligația de a emite aprobarea în scris a acestora în termen de maxim 3 zile lucrătoare de la data primirii solicitării, sub sancțiunea plății de penalități de întârziere de 0,1% pe zi de întârziere din Prețul Contractului, până la îndeplinirea efectivă a obligației”.*

X. Art. 31.3. & 31.4. *„În cazul în care, din diferite motive este necesară suspendarea contractului de servicii, pe toată perioada suspendării Contractului de Servicii, Beneficiarul nu are obligația de a efectua nicio plată către Prestator. & Beneficiarul are dreptul în mod unilateral de a suspenda executarea Contractului de servicii fără ca Prestatorul să fie îndreptățit a solicita orice costuri suplimentare pentru această suspendare. În cazul în care Beneficiarul suspendă executarea Contractului de servicii, durata acestuia se va prelungi cu perioada în care a fost suspendat”.*

Ori, este nelegală și abuzivă suspendarea plăților datorate Prestatorului pentru serviciile prestate, ca urmare a suspendării contractului de către autoritatea contractantă, fără nicio motivare. Aceste prevederi contractuale pot fi interpretate în următorul fel: în situația în care autoritatea contractantă nu dorește să efectueze plata serviciilor executate, este suficient să dispună suspendarea

Contractului pe o perioadă aleasă aleatoriu. Conform dispozițiilor art. 16.1 din Contract, Studiul de Fezabilitate și orice rapoarte și date precum: hărți, diagrame, schițe, instrucțiuni, planuri, statistici, calcule, baze de date, software și înregistrări justificative ori materiale achiziționate, compilate ori elaborate de către Prestator sau de către personalul său salariat ori contractat în executarea Contractului de Servicii vor deveni proprietatea exclusivă a Beneficiarului, pe măsură ce sunt produse. Astfel, prin aplicarea dispozițiilor contractuale propuse, autoritatea contractantă dobândește dreptul de proprietate intelectuală exclusivă asupra Studiului de Fezabilitate elaborat și are dreptul să suspende Contractul, inclusiv plățile datorate Prestatorului pentru serviciile executate.

De asemenea, este nelegală și abuzivă obligarea Prestatorului la renunțarea la dreptul de a solicita costurile suplimentare înregistrate ca urmare a suspendării contractului de către autoritatea contractantă, în condițiile în care Prestatorul este obligat să mențină personalul/echipamentele mobilizate, iar durata suspendării poate să depășească și 12 luni (art. 31.5).

Contestatoarea recomandă următoarele măsuri de remediere:

În cazul suspendării Contractului de către Beneficiar, în termen de maxim 30 de zile de la data suspendării Beneficiarul va plăti Prestatorului prețul serviciilor executate; și În cazul suspendării Contractului de către Beneficiar, Beneficiarul va achita Prestatorului costurile înregistrate de Prestator ca urmare a suspendării, în termen de 30 de zile de la data prezentării de către Prestator a documentelor justificative în acest sens.

XI. Art. 18.4.(5). & 19.6. *„Beneficiarul poate solicita Prestatorului să desemneze un EXPERT TEMPORAR pentru desfășurarea Contractului de Servicii până la sosirea noului expert sau să ia alte măsuri pentru a compensa absența temporară a expertului. În acest caz, Beneficiarul nu va efectua nicio plată pentru perioada absenței expertului sau a absenței înlocuitorului acestuia. & Costurile suplimentare generate de înlocuirea personalului incumbă Prestatorului. În cazul în care expertul nu este înlocuit imediat și funcțiile acestuia urmează să fie preluate după o anumită perioadă de timp de către noul expert, Beneficiarul poate solicita Prestatorului să desemneze un expert temporar pentru Proiect, până la sosirea noului expert sau să ia alte măsuri pentru a compensa absența temporară a expertului absent. Indiferent de situație, Beneficiarul nu va efectua nicio plată pentru perioada absenței expertului sau a absenței înlocuitorului acestuia”.*

Contestatoarea apreciază că este nelegală și abuzivă neplata onorariului convenit Prestatorului, în condițiile în care Prestatorul ia măsuri pentru a compensa absența temporară a expertului prin angajarea unui expert temporar, înregistrând cheltuieli ca urmare

a mobilizării unui expert temporar urmare unei solicitări a Beneficiarului.

XII. Art. ... Recuperarea creanțelor de la Prestator

....1. *„Prestatorul va restitui orice sume convenite Beneficiarului și care i-au fost plătite în plus față de valoarea certificată, în 30 de zile de la primirea unei cereri în acest sens”* &4. *„Comisioanele bancare rezultate din restituirea sumelor datorate Beneficiarului vor fi suportate în întregime de către Prestator”*.

Ori, dacă vina pentru plata sumelor necuvenite nu aparține Prestatorului, nu este justificată prevederea de plată a comisioanelor bancare de către Prestator.

Astfel, se impune amendarea art.4 din modelul de contract.

XIII. Art. 29.5. *„Garanția de bună execuție este egală cu 10% din Valoarea Contractului de Servicii, fără TVA și se constituie prin scrisoare de garanție de bună execuție emisă în condițiile legii de o societate bancară sau de o societate de asigurări, în forma prevăzută în Anexa IV a Contractului de Servicii care devine anexă la contract.*

Scrisoarea de garanție de bună execuție trebuie:

- să respecte integral, fără completări sau modificări, formatul modelului de scrisoare de garanție de bună execuție din Documentația de Atribuire;

- să nu fie condiționată de emiterea unei polițe de asigurare care să fie opozabilă Beneficiarului prin alte documente, respectiv Condiții Generale de Asigurare, Condiții Speciale de Asigurare, Clauza de garantare, etc.

În situația în care scrisoarea de garanție de bună execuție este emisă de către o societate de asigurări, aceasta va trebui prezentată Beneficiarului însoțită de o adresă din partea Societății de Asigurări prin care aceasta confirmă faptul că, scrisoarea de garanție este valabilă și în vigoare indiferent de prevederile unei polițe de asigurare și că angajamentul societății de asigurare față de Beneficiar va fi exclusiv în baza scrisorii de garanție de bună execuție emisă. Nerespectarea acestor condiții va pune Beneficiarul în situația de a nu accepta scrisoarea de garanție emisă de către o societate de asigurare”.

Ori, în conformitate cu prevederile art. 90 alin. (1) din HG nr. 925/2006, *„Garanția de bună execuție se constituie, de regulă, printr-un instrument de garantare emis în condițiile legii de o societate bancară sau de o societate de asigurări, care devine anexă la contract”*.

Luând în considerare și următoarele prevederi legislative:

- conform legii asigurărilor - Legea nr. 32/2000 privind activitatea de asigurare și supravegherea asigurărilor – art. 2.1, activitatea de asigurare este definită ca „activitatea exercitată în sau din România, care desemnează, în principal, oferirea,

intermedierea, negocierea, încheierea de contracte de asigurare și reasigurare, încasarea de prime, lichidarea de daune, activitatea de regres și de recuperare, precum și investirea sau fructificarea fondurilor proprii și atrase prin activitatea desfășurată”;

- conform art. 10 din Legea nr. 136/1995 privind asigurările și reasigurările în România, „Contractul de asigurare se încheie în formă scrisă și va cuprinde: numele sau denumirea, domiciliul sau sediul părților contractante; obiectul asigurării: bunuri, persoane și răspundere civilă; riscurile ce se asigură; momentul începerii și cel al încetării răspunderii asigurătorului; primele de asigurare; sumele asigurate; alte elemente care stabilesc drepturile și obligațiile părților;

- Contractul de asigurare nu se poate dovedi prin martori, chiar dacă există un început de dovadă scrisă;

- conform art. 11. - Dovada încheierii contractului de asigurare rezultă și din emiterea și trimiterea unui document de asigurare, cum ar fi polița sau certificatul, cererea de plată a primei ori din înscrisul prin care se manifestă voința asigurătorului de a încheia contractul;

- Conform Noului Cod Civil - Titlul IX - Diferite contracte speciale - Despre obligații - capitolul 16 Contractul de asigurare, la Secțiunea 1 - Dispoziții comune - Forma și dovada - art. 2.200. - (2) „încheierea contractului de asigurare se constată prin polița de asigurare sau certificatul de asigurare emis și semnat de asigurător ori prin nota de acoperire emisă și semnata de brokerul de asigurare”; este evident că un instrument de garantare emis de asigurător se poate emite numai în baza unui contract de asigurare (ce conține polița de asigurare, condiții de asigurare generale și speciale/particulare).

În aceste condiții, contestatoarea solicită eliminarea următoarelor prevederi din cadrul art. 29.5.: „Scrisoarea de garanție de bună execuție trebuie să nu fie condiționată de emiterea unei polițe de asigurare care să fie opozabilă Beneficiarului prin alte documente, respectiv Condiții Generale de Asigurare, Condiții Speciale de Asigurare, Clauza de garantare etc.

În situația în care scrisoarea de garanție de bună execuție este emisă de către o societate de asigurări, aceasta va trebui prezentată Beneficiarului însoțită de o adresă din partea Societății de Asigurări prin care aceasta confirmă faptul că, scrisoarea de garanție este valabilă și în vigoare indiferent de prevederile unei polițe de asigurare și că angajamentul societății de asigurare față de Beneficiar va fi exclusiv în baza scrisorii de garanție de bună execuție emisă. Nerespectarea acestor condiții va pune Beneficiarul în situația de a nu accepta scrisoarea de garanție emisă de către o societate de asigurare”.

Față de cele evocate mai sus, contestatoarea solicită admiterea prezentei cereri și obligarea autorității contractante la adoptarea măsurilor de remediere indicate în cuprinsul ei.

În mod similar, prin contestația FN (fără număr de înregistrare la emitent), înregistrată la CNSC sub nr. reclamă clauzele contractuale stabilite de autoritatea contractantă în cadrul aceleiași proceduri.

Astfel, pe lângă criticile comune referitoare la art. 8.9 – art. 8.11, art. 8.13 – art. 8.14, art. 21.2, art. 31.3 – art. 31.6 și art. 19.6 din modelul de contract, contestatoarea consideră disproporționate și abuzive prevederile art. 5.5, art. 12.2, art. 19.9 și ale art. 31.1 – 31.2.

- Prevederile art. 5.5 – *„Perioada de valabilitate a Contractului se va încheia la epuizarea convențională sau legală a oricărui efect pe care îl produce”* sunt disproporționate și abuzive, contravenind cerințelor stabilirii unui cadru contractual previzibil și clar determinat în timp. Practic, prin respectiva prevedere, se poate ajunge la prelungirea, cvasi la infinit, a perioadei de valabilitate a Contractului;

- Prevederile art. 12.2: *„Când Prestatorul sau personalul, experții, agenții sau subordonații săi se oferă să dea, ori sunt de acord să ofere ori să dea, sau dau oricărei persoane, mită, bunuri în dar, facilități ori comisioane în scopul de a determina ori recompensa îndeplinirea ori neîndeplinirea oricărui act sau fapt privind Contractul de Servicii sau orice alt contract încheiat cu Beneficiarul, ori pentru a favoriza sau defavoriza orice persoană în legătură cu Contractul de Servicii sau cu orice alt contract încheiat cu Beneficiarul, Beneficiarul poate decide încetarea Contractului de Servicii conform Articolul 36, fără a aduce atingere niciunui drept anterior dobândit de Prestator în baza Contractului de Servicii”*.

În opinia contestatoarei, posibilitatea acordată Beneficiarului de a înceta în acest mod Contractul, fără existența unei hotărâri judecătorești definitive care să constate incidența respectivului caz, este de natură să contravină principiului legalității și să expună ofertantul (Prestatorul) la o conduită abuzivă din partea Beneficiarului;

- Prevederile art. 18.4.(5): *„Beneficiarul poate solicita Prestatorului să desemneze un expert temporar pentru desfășurarea Contractului de Servicii până la sosirea noului expert sau să ia alte măsuri pentru a compensa absența temporară a expertului. În acest caz, Beneficiarul nu va efectua nicio plată pentru perioada absenței expertului sau a absenței înlocuitorului acestuia”* sunt disproporționate și abuzive, dat fiind că ofertantul (Prestatorul) înregistrează cheltuieli cu privire la care este în mod abuziv și automat eliminată orice posibilitate de recuperare;

- Prevederile art. 19.9: *„În situația în care se constată, ulterior semnării contractului, că personalul propus de către Prestator în vederea îndeplinirii obligațiilor contractuale potrivit prezentului contract, este implicat în cadrul altor proiecte ale Beneficiarului, atunci acesta are obligația de a lua măsurile necesare în vederea înlocuirii acestuia. Înlocuirea personalului Prestatorului se va efectua potrivit prevederilor articolului 19 din Contractul de Servicii”* sunt disproporționate și abuzive. Pentru unii dintre experții cheie necesari (Expert Geotehnică și Fundații, Arheolog, Specialist Trafic, etc.) nu trebuie asigurată disponibilitate pe întreaga durată a Contractului, ci pe o perioadă limitată (4 luni) și, prin urmare, este perfect rezonabil ca respectivul membru al personalului să poată fi implicat și în alte proiecte;

- Prevederile art. 31.1 - 31.2: *„În cazul în care procedura de acordare sau executare a Contractului de Servicii este viciată de erori substanțiale, nereguli sau de fraudă, Beneficiarul va suspenda executarea Contractului de Servicii.*

31.2. În cazul în care asemenea erori substanțiale, neregularități sau fraude sunt imputabile Prestatorului, Beneficiarul poate suplimentar suspendării să refuze efectuarea plăților sau poate proceda la recuperarea sumelor deja plătite proporțional cu gravitatea viciilor, neregularității sau fraudei (...).”

Contestatoarea consideră că posibilitatea acordată Beneficiarului de a suspenda executarea Contractului, respectiv de a proceda la recuperarea sumelor de la ofertant (Prestator), fără existența unei hotărâri judecătorești definitive care să constate incidența respectivului caz, este de natură să contravină principiului legalității și să expună ofertantul (Prestatorul) la o conduită abuzivă din partea Beneficiarului.

Totodată, contestatoarea apreciază ca fiind restrictivă și contrară prevederilor art. 1 alin. (1) din Ordinul nr. 509/2011 condiția stabilită prin fișa de date a achiziției potrivit căreia ofertantul trebuie să demonstreze că la momentul semnării Contractului va avea acces la, sau are disponibile resurse reale, negrevate de datorii, linii de credit confirmate de societăți bancare/societăți finanțatoare/instituții finanțatoare în valoare egală cu suma suficientă pentru a realiza cash-flowul de realizare a Contractului pentru o perioadă de 2 luni.

De altfel, în condițiile în care ofertantului i se solicită deja dovedirea unor mijloace financiare substanțiale, cerința respectivă, care ar duce la blocarea unor importante resurse financiare, este excesivă și nu se justifică, mai ales în condițiile în care beneficiarul are la dispoziție, printre altele și garanția de bună execuție.

De asemenea, contestatoarea prezintă câteva dintre prevederile caietului de sarcini care contravin cerințelor legale:

- Prevederile legate de termenele de predare ale Studiului de Fezabilitate Preliminar și ale Studiului de Fezabilitate Final, respectiv că termenele indicate mai sus sunt insuficiente, nepermițând elaborarea unei documentații de calitate, fiind imposibilă efectuarea tuturor studiilor de specialitate, rezolvarea problemelor legate de obținerea avizelor necesare, etc.

Respectivele prevederi echivalează cu asumarea de către ofertant (Prestator) a unei obligații imposibil de executat.

- Prevederile legate de obligația ofertantului (Prestator) de a menține în termenele de valabilitate orice aviz/acord/autorizație până la semnarea contractului de execuție lucrări.

Respectivele prevederi sunt de natură a forța ofertantul (Prestatorul) de a efectua activități dincolo de momentul la care contractul expiră (ca termen - 12 luni), ceea ce este abuziv și de natură a prejudicia grav interesele economice ale ofertantului (Prestatorului).

Ulterior, ... a înaintat Consiliului contestația nr. ... înregistrată la CNSC sub nr. ... prin care atacă modelul de contract propus de autoritatea contractantă, precum și caietul de sarcini aferent procedurii de atribuire în discuție.

Astfel, suplimentar criticilor comune, (referitoare la art. 13.2, art. 18.3 – art. 18.5, art. 19.3, art. 19.5, art. 27.9, art. 21.2, art. 26.2, art. 31.1 - art. 31.4, respectiv art. 19.6), ... reclamă prevederile art. 5.2 – art. 5.3, art. 10, art. 1, art. 18, art. 19, art. 20, art. 27.14, art. 35.6 și ale art. 39.3 din modelul de contract.

În acest sens, contestatoarea indică prevederile contractului ce se impun a fi revizuite:

- Articolul 5 punctele 5.2. și 5.3., potrivit căruia data intrării în vigoare nu coincide cu data de începere a contractului.

Autoritatea contractantă a prevăzut că data intrării în vigoare a contractului va fi în termen de 15 zile calendaristice de la data semnării contractului, dată ce nu coincide cu data de începere a contractului, care se situează la un moment ulterior intrării sale în vigoare, fără precizarea în concret a datei la care beneficiarul urmează a notifica prestatorului data de începere a contractului.

Clauza contractuală naște doar în sarcina prestatorului îndeplinirea unei obligații, respectiv aceea de a-și mobiliza atât personalul cât și echipamentele necesare la locul principal de prestare.

Îndeplinirea acestei obligații înainte de notificarea beneficiarului cu privire la data de începere a contractului, presupune că doar prestatorul a început executarea contractului, beneficiarul prevalându-se de clauza contractuală pentru amânarea îndeplinirii obligațiilor sale până la un moment nedeterminat în contract, care depinde exclusiv de voința sa și care poate să fie amânat la nesfârșit.

Or, ambele părți, potrivit uzanțelor în materia achizițiilor publice, sunt obligate să-și îndeplinească obligațiile ce le revin de la același moment contractual și nu de la un moment diferit și care să depindă de voința exclusivă a uneia dintre părți.

O astfel de clauză este lovită de nulitate, pentru că obligația a cărei realizare depinde exclusiv de voința uneia din părți, fără a se arăta data până la care se amână îndeplinirea principalelor obligații contractuale, conform art. 1403 din Codul Civil, nu produce niciun efect.

- Articolul 10, punctul 10.4, potrivit căruia, prestatorul este obligat a se conforma ordinelor administrative ale managerului de proiect, iar atunci când prestatorul apreciază că ordinele primite sunt emise cu depășirea competenței acestuia, îl va notifica tot pe managerul de proiect, într-un termen de 10 zile, sub sancțiunea decăderii, perioadă de timp în care ordinul primit este executoriu. Din conținutul articolului rezultă că prestatorul își asumă obligația prestării unui serviciu sub supravegherea managerului de proiect, care are totodată competența de a soluționa cererile ce vizează neconformitatea propriilor sale ordine.

Într-o asemenea situație există o cauză de incompatibilitate care trebuie reglementată prin desemnarea unei alte persoane care să soluționeze notificările prestatorului.

De asemenea, pe perioada soluționării notificării prestatorului ordinul managerului de proiect trebuie suspendat.

- Articolul 10, art. 11, art. 18, art. 19, art. 20 prevăd obligații generale și specifice exclusiv în sarcina prestatorului, obligații care sunt de natură să nască un dezechilibru contractual între drepturile și obligațiile reciproce ale părților.

Impunerea unor obligații contractuale exclusiv în sarcina unei singure părți și exonerarea, printr-o reglementare specifică, de orice obligații, atât ca termen cât și ca modalitate de executare, celeilalte părți este de natură să dovedească caracterul abuziv al clauzelor contractuale ce reglementează întinderea obligațiilor părților.

Din acest punct de vedere, se impune ca articolul 27 intitulat „Plăți” să fie prevăzut în articolul ce reglementează obligațiile părților, și care să prevadă în sarcina autorității contractante, în acord cu obligațiile impuse prestatorului, modalitățile, termenele și sancțiunile aplicabile pentru neexecutare culpabilă.

- Articolele 18 pct. 3, 4 și 5, precum și art. 19 pct. 3, 5, 6, 8 și 10 intitulat personalul și echipamentul, respectiv înlocuirea personalului, care prevăd în sarcina prestatorului asumarea unor sancțiuni care se suprapun, sunt excesiv de oneroase, nelegale și totodată sunt prevăzute independent de existența unui prejudiciu în patrimoniul beneficiarului.

Prestatorul își asumă aplicarea unor sancțiuni cumulate pentru neîndeplinirea aceleiași obligații și independent de existența unui prejudiciu în patrimoniul beneficiarului, fiind totodată obligat să asigure pe toată perioada de executare a contractului personalul necesar îndeplinirii în termenul contractual a obligației asumate.

De asemenea, cuantumul penalităților încalcă prevederile art. 1536 Cod civil, potrivit cărora executarea cu întârziere a altor obligații decât cele având ca obiect plata unei sume de bani, dă dreptul la daune interese egale cu dobânda legală, calculată de la data la care debitorul este pus în întârziere asupra echivalentului în bani al obligației.

Prevederile potrivit cărora prestatorul urmează să suporte penalități de întârziere din prețul total al contractului, indiferent de partea executată din acesta, contravin dispozițiilor Legii nr. 72/2013, deoarece penalitățile nu pot fi aplicate decât creanțelor certe, lichide și exigibile, creanțe în rândul cărora nu intră partea executată din contract, recepționată și plătită conform modalității stabilite contractual.

Obiectul penalităților de întârziere poate fi constituit doar din partea rămasă de executat din contract și care a fost executată cu întârziere sau nu a fost executată de către debitorul contractor.

Din acest punct de vedere se impune modificarea clauzelor ce permit autorității contractante să aplice penalități de întârziere raportat la întregul preț al contractului.

De asemenea, contestatoarea mai solicită modificarea acelor prevederi prin care prestatorul este ținut să acopere atât penalități cumulate pentru neîndeplinirea aceluiași obligații contractuale cât și să fie ținut la asigurarea permanentă a personalului în executarea la termen a contractului.

În opinia contestatoarei este nelegală și abuzivă neplata onorariului convenit Prestatorului, în condițiile în care Prestatorul ia măsuri pentru a compensa absența temporară a expertului prin angajarea unui expert temporar, înregistrând cheltuieli ca urmare a mobilizării acestuia conform solicitării Beneficiarului.

În analiza clauzelor de mai sus, contestatoarea solicită a se avea în vedere prezervarea de către autoritatea contractantă a unor drepturi discreționare de a dispune aplicarea unor penalități de întârziere, precum și la inexistența unor limite în aprecierea caracterului păgubos al neîndeplinirii obligațiilor prestatorului.

În acest sens, în cuprinsul art. 19.6 se prevede că în cazul în care expertul nu este înlocuit „imediat” și funcțiile acestuia nu sunt preluate într-o „anumită perioadă de timp” de către noul expert, prestatorul este obligat să ia și măsuri de compensare a absențelor temporare a expertul absent „indiferent de situație”.

Or, în conținutul clauzei sus menționate nu sunt definiți termenii de „imediat”, „anumită perioadă de timp”, „indiferent de situație”,

În funcție de care să poată fi apreciată fapta culpabilă și a datei de la care pot fi aplicate sancțiunile contractuale.

- Articolul 27.14 lit. b) *„(...) Beneficiarul poate suspenda, total sau parțial, plățile datorate Prestatorului (...) din orice altă împrejurare pentru care Prestatorul răspunde în baza Contractului de Servicii și care, în opinia Beneficiarului, interferează sau amenință să interfereze cu finalizarea cu succes a Proiectului sau a Contractului de Servicii”*.

Suspendarea plăților atât pentru serviciile deja prestate, precum și pentru cele viitoare, ca urmare a unei aprecieri discreționare, ce ține exclusiv de opinia Beneficiarului, nu conferă siguranță contractuală Prestatorului, fapt pentru care cauzele de suspendare a plăților trebuiesc reglementate limitativ și nu într-un mod foarte general care să lase puterea autorității contractante de a suspenda, potrivit propriilor aprecieri, contractul de achiziție publică.

- Articolul 35.6. *„Beneficiarul va avea dreptul la despăgubiri pentru orice prejudiciu care este descoperit după finalizarea Contractului de Servicii, inclusiv în perioada executării lucrărilor de construcție aferente, în conformitate cu legea aplicabilă care guvernează Contractul de Servicii”*.

Clauza potrivit căreia și după finalizarea contractului prestatorul rămâne ținut la acoperirea oricăror prejudicii descoperite după acest moment de către beneficiar este abuzivă, drepturile și obligațiile părților fiind reglementate exclusiv pe perioada de derulare a contractului, această perioadă neputând a fi extinsă după ce prestatorul a executat contractul, iar beneficiarul a efectuat plata prețului în integralitate, adică după momentul la care părțile s-au descărcat de obligații una față de cealaltă.

- Articolul 39.3. potrivit căruia pe perioada soluționării litigiului, Prestatorul este obligat să-și continue prestarea Serviciilor cum au fost stabilite prin Contractul de servicii, în situație contrară fiind obligat la plata de penalități de 0,1% pe zi din prețul contractului. Această dispoziție este abuzivă, câtă vreme obiectul litigiului poate fi tocmai neîndeplinirea obligației de plată a prețului sau a tranșelor din preț stabilite contractual în sarcina beneficiarului, plată fără de care prestatorul nu poate continua executarea contractului. Chiar și într-o atare situație, beneficiarul are dreptul să calculeze penalități, din aceeași valoare a întregului preț al contractului și nu din partea rămasă de executat, deși el este cel care se află în culpă contractuală.

În ceea ce privește clauzele din caietul de sarcini, contestatoarea apreciază că termenul de prestare a serviciilor stabilit de autoritatea contractantă se impune a fi revizuit, fiind insuficient pentru a putea elabora un proiect corect și funcțional pentru o

autostradă de 170 de km, ce traversează zone muntoase cu relief accidentat.

Astfel, conform art. 8.1. „Cerințe de Raportare”, punctul 4 din Caietul de Sarcini, Studiul de Fezabilitate Final trebuie să cuprindă și toate observațiile Beneficiarului, agenției Jaspers, AMPOST și alte autorități implicate, Auditul de Siguranță Rutieră, rezultatul consultațiilor publice, ale terților și ale autorităților de mediu, etc.

Ori, este imposibil ca în termen de 4 luni să fie efectuate toate investigațiile de teren (geotehnice, topografice, arheologice, etc.), să fie identificați toți proprietarii, să fie efectuate consultații publice, să fie elaborate proiecte pentru două variante de traseu, să fie obținute și incluse în proiect observațiile JASPERS, AMPOST și ale autorităților de mediu, astfel încât Studiul de Fezabilitate Final să fie predat în 4 luni de la data de începere.

Mai mult, în același art. 8.1 punctul 4 din Caietul de Sarcini se solicită ca toate avizele, acordurile, inclusiv acordul de mediu, să fie predate în termenul contractual.

Or, conform dispozițiilor Ordinului Ministerului Mediului și Pădurilor nr. 135 din 2010, termenele pentru obținerea Acordului de Mediu sunt imperative, de la care nu se poate deroga.

Ca urmare, este imposibilă obținerea Acordului de Mediu în termenul impus de autoritatea contractantă, încheierea contractului în aceste condiții conducând în mod automat la neexecutarea contractului de către prestator (indiferent care ar fi acela).

Or, în condițiile în care:

- obținerea Acordului de Mediu este ultima etapă după elaborarea și predarea Studiului de Fezabilitate Final autorității contractante;
- conform art. 16 autoritatea contractantă dobândește dreptul de proprietate intelectuală asupra tuturor documentațiilor elaborate de prestator, independent de plată acestora;
- termenul de 4 luni impus pentru executarea tuturor obligațiilor contractuale coroborat cu termenul minim de emitere a Acordului de Mediu conduce în mod automat la neexecutarea contractului de către prestator;
- autoritatea contractantă dobândește în mod fraudulos dreptul de proprietate intelectuală asupra Studiului de Fezabilitate Final fără obligația corelativă de plată și cu dreptul de a percepe prestatorului daune-interese pentru neexecutarea contractului.

În aceste condiții, contestatoarea propune următoarele măsuri de remediere:

- prelungirea termenului de elaborare a Studiului de Fezabilitate și prelungirea termenului contractual.

Conform dispozițiilor art. 5.1 din Contract, durata Contractului este de 12 luni de la data de începere a Contractului.

Prin Caietul de Sarcini, art. 4.1.3.8. „Autorizații, avize și acorduri” (pag. 50 din Caietul de Sarcini) se solicită ca Prestatorul să mențină în termenele de valabilitate orice aviz/acord/autorizație până la semnarea contractului de execuție lucrări.

Or, aceasta este o activitate care excede termenului contractual de 12 luni, pe care Prestatorul nu o va putea efectua în afara perioadei de valabilitate a Contractului și pe care Beneficiarul nu o va putea deconta.

Totodată, contestatoarea propune următoarea măsură de remediere:

„Prestatorul va menține în termenele de valabilitate orice aviz/acord/autorizație până la semnarea contractului de execuție lucrări, dar nu mai târziu de 12 luni de la data de începere a contractului; sau Prelungirea termenului contractual”.

Prin contestația nr. ... înregistrată la CNSC sub nr. reclamă caracterul abuziv, nelegal și restrictiv al anumitor cerințe și clauze din documentația de atribuire.

De asemenea, contestatoarea reclamă publicarea documentației de atribuire în SEAP într-o zi nelucrătoare (1 Mai), urmată de alte 3 zile nelucrătoare, considerând că autoritatea contractantă a săvârșit un abuz, respectiv reducerea în mod artificial al termenului de depunere a contestațiilor.

Pe de altă parte, contestatoarea apreciază că autoritatea contractantă a stabilit în mod abuziv și nefondat criteriul de atribuire ca fiind *prețul cel mai scăzut*, împiedicând operatorii economici să evalueze și să cuantifice costurile fiecărei activități pe care o implică asumarea acestui Contract de achiziție publică și nici nu pot întocmi o propunere financiară corectă.

În continuare, contestatoarea prezintă în format tabelar clauzele contractuale pe care le consideră abuzive însoțite de motivarea acestei opinii.

În plus, contestatoarea arată că plata serviciilor de proiectare este pur subiectivă, imposibil de decontat de către Prestator în lipsa unor mecanisme clare, autoritatea contractantă acționând vădit în ideea de a nu deconta decât parțial sau deloc serviciile executate de Prestator.

În ceea ce privește termenele de executare a serviciilor, contestatoarea apreciază că acestea conduc de la bun început la neexecutarea obligațiilor contractuale de către Prestator.

Nu în ultimul rând, contestatoarea consideră că riscurile impuse prin caietul de sarcini a fi gestionate de către Prestator sunt abuzive.

Totodată, prin adresa nr. 41/... înregistrată la CNSC sub nr. 15496/... .. a solicitat Consiliului conexarea tuturor contestațiilor formulate de operatorii economici față de documentația de atribuire aferentă procedurii în cauză.

De asemenea, în temeiul dispozițiilor art. 273 alin. (2) din OUG nr. 34/2006, contestatoarea înțelege să se asocieze la toate contestațiile formulate împotriva acestei documentații de atribuire. Prin adresa FN transmisă prin e-mail la data de 04.06.2014, înregistrată la CNSC sub nr. 18070/04.06.2014, autoritatea contractantă a transmis Consiliului, măsurile de remediere publicate în SEAP la data de 03.06.2014.

Prin adresa nr. 27054/14.05.2014, înregistrată la CNSC sub nr. ... autoritatea contractantă a transmis Consiliului copia dosarului achiziției publice aferent procedurii de atribuire contestate.

Prin adresa nr. 27962/20.05.2014, înregistrată la CNSC sub nr. ... autoritatea contractantă a transmis Consiliului punctul de vedere la contestația formulată de ... solicitând respingerea ei ca tardivă.

În susținerea excepției de tardivitate, autoritatea contractantă invocă dispozițiile art. 256² alin. (1) lit. a) și alin. (2) din OUG nr. 34/2006, precum și pe cele ale art. 3 lit. z) din același act normativ.

Raportat la prevederile legale mai sus invocate, precum și la faptul că anunțul de participare a fost publicat în SEAP în 01.05.2014, dată la care se consideră că a fost luat la cunoștință, autoritatea contractantă arată că termenul de contestare al acestuia s-a împlinit la ...

Astfel, contestația înaintată la ... este, în opinia autorității contractante, tardiv formulată.

La solicitarea CNSC nr. 9115/... .. a transmis Consiliului, prin adresa nr. 1084/20.05.2014, înregistrată la CNSC sub nr. ... dovezile comunicării Notificării și Contestației către autoritatea contractantă.

Prin adresa nr. 29139/27.05.2014, înregistrată la CNSC sub nr. ... autoritatea contractantă a solicitat respingerea contestației formulate de ... ca tardivă, în temeiul dispozițiilor art. 256² alin. (1) lit. a) și alin. (2), ale art. 3 lit. z), precum și ale art. 271 alin. (1) din OUG nr. 34/2006, arătând că un exemplar al contestației i-a fost înaintat în 14.05.2014, respectiv după expirarea termenului stabilit pentru îndeplinirea acestei obligații.

Ulterior, prin adresa nr. ... înregistrată la CNSC sub nr. ... a solicitat Consiliului respingerea excepției de tardivitate a contestației, precizând că data de la care a început să curgă termenul de contestare a documentației de atribuire a fost 05.05.2014, prima zi lucrătoare în care operatorii economici au putut lua cunoștință despre aceasta, termen ce se încheie la ...

Drept urmare, în temeiul dispozițiilor art. 186 alin. (1) din Codul de procedură civilă, potrivit cărora „partea care a pierdut un termen procedural va fi repusă în termen dacă dovedește că întârzierea se datorează unor motive temeinic justificate”, arătând că autoritatea contractantă a acționat cu rea credință prin

publicarea documentației de atribuire într-o perioadă nelucrătoare (01.05.2014), contestatoarea solicită Consiliului să dispună repunerea sa în termenul procedural prevăzut la art. 256² alin. (1) lit. a) din OUG nr. 34/2006.

Prin adresa nr. 31840/04.06.2014, înregistrată la CNSC sub nr. 18206/04.06.2014, autoritatea contractantă a transmis Consiliului punctul de vedere la contestațiile depuse de și ... solicitând respingerea acestora ca fiind nefondate.

Astfel, referitor la cerința de calificare potrivit căreia *„Ofertantul trebuie să demonstreze că la momentul semnării contractului va avea acces la sau are disponibile resurse reale, negrevate de datorii, linii de credit confirmate de societăți bancare/societăți finanțatoare/instituții finanțatoare în valoare de minim: 4.900.000 Lei sau echivalent, suma suficientă pentru a realiza cash-flow-ul de execuție a contractului pentru o perioadă 2 luni”*, autoritatea contractantă precizează că această cerință a fost stabilită în raport cu bugetul maxim estimat (fără valoarea cheltuielilor diverse și neprevăzute), respectându-se prevederile Ordinului nr. 509/2011 al ANRMAP în ceea ce privește modul de calcul al acestor disponibilități financiare.

În acest sens, a fost aplicată formula de calcul: Valoare estimată contract (fără diverse și neprevăzute în cuantum de 10%) / Perioada de derulare contract (12 luni) x Perioada solicitată de autoritatea contractantă (2 luni).

Deși contractul prevede acordarea unui avans de 15%, autoritatea contractantă arată că a solicitat și dovada disponibilităților financiare ale ofertantului pentru o perioadă de 2 luni deoarece, după acordarea avansului, prima plată în cadrul contractului va fi efectuată Prestatorului doar după realizarea parțială a Studiului geotehnic, Studiului de evaluare a Impactului asupra Mediului și a Studiului de arheologie, precum și în funcție de stadiul de realizare a lucrărilor de foraje și analizelor de laborator, etc.

Prin urmare, autoritatea contractantă consideră că observațiile formulate de ... sunt nefondate și menține prevederile cerinței de calificare enunțată mai sus.

În ceea ce privește opinia ... potrivit căreia modelul de contract nu are în structura sa mai multe tipuri de condiții contractuale, respectiv că prin art. 2.1 autoritatea contractantă indică faptul că modelul de contract reprezintă de fapt niște condiții generale, care nu sunt particularizate pentru prezenta procedură (*„Titlurile secțiunilor și articolelor din aceste Condiții Generale nu vor fi considerate ca parte a Contractului și nu vor fi luate în considerare în interpretarea Contractului”*), autoritatea contractantă menționează că acest articol reprezintă o clauză standard definită în art. 1202 alin. (2) din Codul Civil (*„Sunt clauze standard stipulațiile stabilite în prealabil de una dintre părți pentru a fi*

utilizate în mod general și repetat și care sunt incluse în contract fără să fi fost negociate cu cealaltă parte”).

Ori, autoritatea contractantă precizează că a elaborat documentația de atribuire conform prevederilor art. 33 alin. (2) lit. c) din OUG nr. 34/2006, care cuprinde printre altele și „informații referitoare la clauzele contractuale obligatorii”.

Prin urmare, autoritatea contractantă consideră nefondate criticile contestatoarei și menține prevederile art. 2.1 din Contractul de servicii.

Față de mențiunile operatorului economic ... potrivit căroră data de intrare în vigoare a contractului nu coincide cu data de începere a contractului, autoritatea contractantă precizează că prezentarea garanției de bună execuție de către prestator în termen de 15 zile de la semnarea contractului este o obligație legală imperativă prevăzută de art. 87 alin. (1) lit. b) coroborat cu art. 89 din HG nr. 925/2006, motiv pentru care arată că menține prevederile art. 5.2 din Contractul de servicii.

Față de criticile contestatoarelor ... și ... potrivit căroră art. 5.3 din Contractul de servicii sus menționat este lovit de nulitate pentru că realizarea și respectarea acestei clauze depinde doar de o singură parte și nu se specifică data până la care se realizează obligațiile contractuale, autoritatea contractantă consideră că este necesară introducerea unui termen mai clar în care se va emite ordinul de începere al contractului astfel încât părțile să aibă stabilită data de la care se consideră ca Prestatorul va începe îndeplinirea obligațiilor.

Astfel, autoritatea contractantă propune ca data de începere a contractului să fie nu mai târziu de 5 zile lucrătoare de la data de intrare în vigoare a contractului.

De asemenea, autoritatea contractantă a luat în considerare și situația în care contractele de servicii sunt încheiate în perioada de iarnă 15 noiembrie - 15 martie, Prestatorul fiind pus în imposibilitatea de a realiza anumite investigații/analize specifice realizării Studiului de Fezabilitate.

De aceea, autoritatea contractantă consideră necesară completarea acestui articol cu precizarea că data de începere notificată de către Beneficiar nu poate depăși 4 luni de la data emiterii notificării iar Beneficiarul este exonerat de orice cost pentru această perioadă.

Prin urmare, autoritatea contractantă propune următoarea măsură de remediere în sensul reformulării și completării art. 5.3 din Contractul de servicii după cum urmează:

Art. 5.3 „Data de începere a Contractului de servicii va fi notificată de către Beneficiar după data intrării în vigoare a Contractului, dar nu mai târziu de 5 zile lucrătoare de la data intrării în vigoare a contractului, sub condiția îndeplinirii integrale și în mod cumulativ

a cerințelor prevăzute la art. 5.2 din Contractul de servicii. Până la data specificată în Notificarea Beneficiarului, Prestatorul va fi mobilizat atât din punct de vedere al personalului cât și din punct de vedere al echipamentelor/utilajelor necesare desfășurării activității. Data de începere din notificare nu poate depăși 4 luni de la data emiterii notificării. Beneficiarul este exonerat de orice costuri suplimentare pentru această perioadă”.

În legătură cu criticile operatorului economic ... potrivit cărora prevederile art. 5.5 din Contractul de servicii sunt disproportionale și abuzive, această clauză putând duce la prelungirea cvasi la infinit a perioadei de valabilitate, autoritatea contractantă susține că durata de implementare a contractului și durata de valabilitate a acestuia sunt noțiuni diferite. Astfel, în timp ce durata de implementare este o perioadă de timp determinată de părți înăuntrul căreia se realizează obiectul contractului, durata de valabilitate începe la data intrării în vigoare a contractului și se încheie la epuizarea convențională sau legală a oricărui efect pe care îl produce.

Efectele contractului se produc, sub anumite aspecte și după încheierea perioadei de implementare, fără o prevedere explicită. În acest sens, nulitatea contractului prin existența unor vicii de consimțământ la încheierea lui sau neîndeplinirea culpabilă a unor obligații reieșite din contract, dar constatate ulterior, determină posibilitatea anulării sau răspunderea contractuală și după încheierea perioadei contractuale. Codul Civil prevede la art. 970: „Convențiile trebuie executate cu bună-credință. Ele obligă nu numai la ceea ce este expres într-însele, dar la toate urmările ce echitatea, obiceiul sau legea dă obligației după natura sa”. Mai mult, art. 1073 din Codul Civil prevede următoarele: „Creditorul are dreptul de a dobândi îndeplinirea exactă a obligației și în caz contrar are dreptul la dezdăunare”.

Referirea la aceste articole a avut drept scop explicarea unui fapt bine cunoscut, anume că de foarte multe ori, cei ce se obligă contractual nu înțeleg că natura acestei obligații este complexă și că obligația trebuie executată în această complexitate și integralitatea ei.

Mai mult, deoarece sursa de finanțare a contractelor de servicii este din fonduri europene nerambursabile, autoritatea contractantă arată că autoritățile de stat sau Comisia Europeană au dreptul să verifice contractele de achiziție publică și după finalizarea acestora pe o perioadă cuprinsă între 5 și 7 ani.

Având în vedere cele menționate mai sus, precum și prevederile art. 43 alin. (6) lit. a) din Legea nr. 500/2002 potrivit cărora „Ordonatorilor principali de credite li se interzice efectuarea de cheltuieli pentru achiziționarea și/sau elaborarea studiilor de fezabilitate și a altor studii aferente obiectivelor de investiții, în

oricare dintre următoarele situații: a) dacă în ultimii 5 ani bugetari au fost întocmite și înregistrate în contabilitate studii având același obiect; în această situație se procedează la actualizarea studiilor existente”, autoritatea contractantă consideră că observațiile contestatoarei sunt nefondate și menține prevederile art. 5.5 din Contractul de servicii.

De asemenea, conform caietului de sarcini, Prestatorul are anumite obligații ulterioare finalizării Studiului de Fezabilitate/Contractului și, totodată, acesta are calitatea de Proiectant General, în conformitate cu prevederile art. 22 din Legea nr. 10/1995 și poartă răspunderea până la elaborarea Proiectului Tehnic aferent obiectivului de investiție.

În ceea ce privește afirmațiile ... și ... potrivit cărora termenul de 30 de zile de aprobare a unui subcontractor este disproportionat și restrictiv, autoritatea contractantă consideră că este necesară adoptarea unei măsuri de remediere în sensul reducerii termenului de aprobare a subcontractorilor de către Beneficiar de la „30 de zile” la „10 zile”.

Totodată, autoritatea contractantă menționează că nu au putut fi luate în considerare termenele propuse de contestatoare (5 zile sau 3 zile) datorită faptului că există posibilitatea transmiterii simultane spre aprobare a unui număr ridicat de subcontractori pe diverse activități specifice contractului (ex. Studiul geotehnic, arheologic, topografic, de mediu, etc.).

Drept urmare, autoritatea contractantă propune modificarea art. 8.2 după cum urmează: *„Prestatorul trebuie să solicite aprobarea prealabilă în scris a Beneficiarului înainte de încheierea unui contract de subcontractare. Această aprobare va fi acordată avându-se în vedere serviciile care urmează a fi subcontractate și identitatea subcontractantului propus. Introducerea/înlocuirea unui subcontractor nu trebuie să conducă la modificarea propunerii tehnice sau financiare inițiale. Beneficiarul, cu respectarea prevederilor Articolului 6 din prezentul Contract de Servicii, va notifica decizia sa Prestatorului în termen de 10 zile de la data primirii notificării, motivând decizia sa în cazul respingerii aprobării”*.

Referitor la art. 8.8 din contractul de servicii, ... apreciază că Prestatorul va fi obligat să interzică subcontractorului posibilitatea de a colabora cu terțe părți, aspect care aduce atingere principiilor achizițiilor publice prevăzute la art. 2 alin. (2) din OUG nr. 34/2006, Beneficiarul fiind îndreptățit la obținerea de despăgubiri din partea Prestatorului în cuantum de 20% din suma alocată pentru serviciile subcontractate.

Art. 8.8 *„Serviciile încredințate unui subcontractant de către Prestator nu pot fi încredințate unor terțe părți de către subcontractant”*.

Față de aprecierile contestatoarei, autoritatea contractantă arată că acest contract de servicii va avea ca sursă de finanțare fonduri nerambursabile și este necesară respectarea art. 2 alin. (2), art. 45 și art. 204 din OUG nr. 34/2006, respectarea prevederilor art. 8 din OUG nr. 66/2011 privind prevenirea, constatarea și sancționarea neregulilor apărute în obținerea și utilizarea fondurilor europene și/sau a fondurilor publice naționale aferente acestora, respectarea prevederilor art. 4, art. 7, art. 27 din Normele metodologice de aplicare a prevederilor Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 66/2011, precum și evitarea situațiilor prevăzute în Anexa nr. 1. Sisteme și indicatori de fraudă 1), Capitolul 3: Fraude în cadrul contractelor și achizițiilor publice Sisteme de fraudare comune și recurente și indicatorii de fraudă relevanți (semnale de avertizare) Subcapitolul 314: Facturi false, duble sau cu prețuri excesive – în care sunt considerate drept indicatoare de fraudă „subcontractele în cascadă”.

De altfel, autoritatea contractantă susține că nu interzice colaborarea cu terțe părți așa cum a interpretat contestatoarea, ci în cadrul acestui contract nu este permisă încredințarea serviciilor către terțe părți de către subcontractanți, fapt care poate duce la „subcontracte în cascadă”.

Prin urmare, autoritatea contractantă consideră că observațiile contestatoarei sunt nefondate și menține prevederile art. 8.8 din Contractul de servicii.

În continuare, văzând criticile aparținând ... referitoare la prevederile art. 8.9 din Contractul de servicii, autoritatea contractantă menționează că acestea au fost introduse ca o măsură de siguranță și respectă în totalitate prevederile art. 96 alin. (2) din HG nr. 925/2006.

În opinia autorității contractante, contestatoarea interpretează în mod distorsionat prevederea menționată la art. 8.9 din Contractul de servicii, aceasta nefiind disproporționată și abuzivă întrucât se referă la subcontractanții nominalizați în oferta inițială.

De asemenea, în cazul în care Prestatorul ar înlocui subcontractanții nominalizați în oferta inițială fără acceptul Beneficiarului, autoritatea contractantă ar putea pierde controlul asupra prevederilor cuprinse în propunerea tehnică.

Prin urmare, înlocuirea subcontractanților nu se poate realiza decât cu acceptul Beneficiarului, după realizarea unei analize în ceea ce privește respectarea prevederilor art. 96 alin. (2) din HG nr. 925/2006.

În referire la aprecierea operatorilor economici ... și ... potrivit căreia art. 8.10 din Contractul de servicii conține clauze disproporționate și abuzive, fiind nejustificată penalizarea și interzicerea înlocuirii unui subcontractor pe parcursul derulării contractului (în caz ca apar situații neprevăzute), autoritatea

contractantă menționează că aceste prevederi au rolul de a evita o distorsionare a concurenței prin posibila modificare a ofertei tehnice sau financiare inițiale ca urmare a înlocuirii subcontractantului.

Autoritatea contractantă precizează că este de preferat ca operatorii economici să-și declare toți subcontractanții la momentul elaborării ofertei, în cadrul formularului inclus în documentația de atribuire, sub sancțiunea faptei de fals în declarații prevăzută în art. 292 din Vechiul Cod Penal (art. 326 din Noul Cod Penal).

De asemenea, este de preferat ca subcontractanții să aibă experiență în domeniul proiectării și personalul de specialitate aferent, astfel încât să-și îndeplinească obligațiile cu profesionalism, iar înlocuirea acestora să fie o situație excepțională și nu o regulă.

Ori, potrivit dispozițiilor art. 69 și art. 69¹ din OUG nr. 34/2006, comisia de evaluare face verificări ale posibilului conflict de interese care ar putea apărea în timpul evaluării. O altă autoritate de control care efectuează verificări cu privire la acest aspect este UCVAP, în virtutea prerogativei pe care o are.

Autoritatea contractantă menționează că procentul de 20% este din suma alocată pentru serviciile de subcontractare și nu din Prețul contractului. Schimbarea subcontractantului fără aprobarea prealabilă în scris a Beneficiarului constituie o abatere de la lege. Această penalitate a fost introdusă ca o eventuală măsură asiguratorie pentru autoritatea contractantă în cazul apariției unui prejudiciu datorat schimbării subcontractantului fără aprobarea prealabilă în scris a Beneficiarului sau în cazul încredințării serviciilor de către subcontractant către terțe părți.

Prin urmare, autoritatea contractantă consideră că observațiile contestatoarelor sunt nefondate și menține prevederile art. 8.10 din Contractul de servicii.

În referire la prevederile art. 8.11 ale prezentului Contract de servicii, autoritatea contractantă consideră că poate fi luată o măsură de remediere în sensul eliminării în integralitate a art. 8.11 din Contractul de servicii sus menționat întrucât prevederile legale de la art. 45 din OUG nr. 34/2006 coroborate cu cele de la art. 96 din HG nr. 925/2006 nu interzic în mod clar și concis posibilitatea subcontractării ulterior semnării contractului.

De asemenea, autoritatea contractantă consideră că poate fi luată o măsură de remediere în sensul eliminării în integralitate și a art. 8.12 din Contractul de servicii întrucât dispozițiile art. 45 din OUG nr. 34/2006 coroborate cu cele de la art. 96 din HG nr. 925/2006 nu interzic în mod clar și concis depășirea limitei procentuale declarate în cadrul ofertei.

În referire la prevederile art. 8.13 din Contractul de servicii, considerate abuzive și restrictive, obligând Prestatorul de a nu subcontracta unui anumit subcontractant doar pentru că acesta a fost nominalizat ca și subcontractant de către un alt ofertant declarat necâștigător, mai ales că Prestatorul nu deține informații despre subcontractorii sau terți susținători ai celorlalți ofertanți necâștigători, în vederea corelării cu prevederile Anexei nr. 1 din OUG nr. 66/2011, autoritatea contractantă consideră că poate fi luată o măsură de remediere în sensul eliminării sintagmei „terți susținători/subcontractanții acestora”.

Astfel, art. 8.13 se modifică după cum urmează: *„În situația în care este necesară înlocuirea unui subcontractant, Prestatorul are obligația de a nu încheia un nou contract de subcontractare cu niciunul/oricare dintre ofertanții declarați necâștigători în cadrul procedurii de atribuire a prezentului contract de servicii, întrucât nerespectarea acestei obligații este considerată indicator de fraudă potrivit prevederilor OUG nr. 66/2011 cu modificări și completări ulterioare”.*

Față de afirmația contestatoarei ... potrivit căreia prevederile art. 8.14 din Contractul de servicii sunt nejustificate, autoritatea contractantă arată că este de preferat ca operatorii economici să-și declare toți subcontractanții la momentul elaborării ofertei, în cadrul formularului inclus în documentația de atribuire, sub sancțiunea faptei de fals în declarații prevăzută la art. 292 din Vechiul Cod Penal (art. 326 din Noul Cod Penal).

Mai mult, art. 25 din Directiva 2004/18/EC conține prevederi privind subcontractarea contractului de achiziție publică, respectiv: *„în caietul de sarcini, autoritatea contractantă poate solicita sau poate fi obligată de un stat membru să solicite ofertantului să indice, în oferta sa, partea din contract pe care intenționează să o subcontracteze unor terți, precum și subcontractanții propuși. Această precizare nu aduce atingere aspectului responsabilității operatorului economic principal”.*

Prevederea din legislația europeană este transpusă în legislația națională prin prevederile art. 45 din OUG nr. 34/2006, care menționează la alin. (1) dreptul ofertantului de a subcontracta o parte din contractul respectiv, cu precizarea că subcontractarea nu poate să ducă la diminuarea răspunderii contractantului în ceea ce privește modul de îndeplinire a contractului în cauză. În același timp, potrivit alin. (2) al aceluiași articol, autoritatea contractantă are dreptul de a solicita operatorilor economici care depun ofertă să precizeze ce parte din contract urmează să subcontracteze și datele de recunoaștere ale subcontractanților propuși.

În acest context, la art. 188 alin. (2) lit. c), lit. h), alin. (3) lit. b) și lit. g) se precizează dreptul autorității contractante de a solicita informații referitoare la personalul/organismul tehnic de

specialitate de care dispune sau al cărui angajament de participare a fost obținut de către candidat/ofertant, în special pentru asigurarea controlului calității, precum și informații privind partea din contract pe care operatorul economic are, eventual, intenția să o subcontracteze.

Totuși, ținând cont de prevederile legale invocate mai sus, atât legislația europeană, prin Directiva 2004/18/EC, cât și legislația națională, respectiv OUG nr. 34/2006, precum și actele normative date în aplicarea acestora nu exclud posibilitatea pentru autoritatea contractantă să limiteze subcontractarea pentru executarea anumitor părți esențiale ale contractului de achiziție publică.

Așa cum se precizează și în Hotărârea Curții Europene de Justiție în cazul C-314/01 Siemens și ARGE Telekom, această limitare este posibilă în cazurile în care autoritatea contractantă nu are posibilitatea în mod obiectiv de a verifica capacitățile tehnice și economice ale viitorilor subcontractanți, cu atât mai mult cu cât prevederile art. 11 alin. (7) din HG nr. 925/2006 interzic impunerea de către autoritatea contractantă a îndeplinirii unor criterii de calificare de către eventualii subcontractanți. *Per a contrario*, atâta timp cât nu se pot impune criterii de calificare pentru subcontractanți, limitarea subcontractării de către autoritatea contractantă este posibilă.

În consecință, introducerea unei cerințe prin care autoritatea contractantă limitează subcontractarea la un anumit procent din valoarea contractului publică nu excede prevederilor legale în domeniu, numai în măsura în care această limitare a fost prevăzută ca urmare a faptului că autoritatea contractantă se află în imposibilitatea de a verifica criteriile de calificare pentru subcontractanți. Conform dispozițiilor art. 204 alin. (1) din OUG nr. 34/2006, cu completările și modificările ulterioare, autoritatea contractantă are obligația de a încheia contractul de achiziție publică cu ofertantul a cărui ofertă a fost stabilită ca fiind câștigătoare, pe baza propunerilor tehnice și financiare cuprinse în respectiva ofertă.

În cazul în care autoritatea contractantă consideră că este avantajos pentru aceasta să accepte un subcontract, în timpul derulării contractului de achiziție publică, în locul rezilierii acestuia, acest lucru este posibil în următoarele condiții:

- pe parcursul derulării contractului, contractantul nu are dreptul de a introduce un subcontractant fără acceptul autorității contractante;
- executantul va încheia un contract cu subcontractantul în aceleași condiții în care el a semnat contractul cu achizitorul;
- introducerea unui subcontractant nu trebuie să conducă la modificarea propunerii tehnice sau financiare inițiale.

Pentru a se evita constatarea neregulilor și stabilirea de corecții financiare de către AM POST sau de către Comisia Europeană care pot conduce la pierderea fondurilor europene pentru acest proiect, constatarea unor fapte penale de către DLAF cu privire la subcontractare după semnarea contractului, autoritatea contractantă menține prevederile art. 8.14 din Contractul de servicii.

În ceea ce privește criticile formulate de ... potrivit cărora prevederile art. 10 coroborate cu cele ale art. 11, art. 18, art. 19, 20 prevăd obligații exclusiv în sarcina Prestatorului care sunt de natură să creeze un dezechilibru contractual între drepturile și obligațiile părților, că se impun obligații contractuale exclusive în sarcina unei singure părți, prin exonerarea celeilalte părți de orice obligații atât ca termen cât și ca modalitate de executare, printr-o reglementare specifică, autoritatea contractantă consideră că astfel cum a fost structurat, contractul prevede drepturi și obligații pentru ambele părți. De asemenea, termenele și modalitățile de plată din sarcina Beneficiarului, dar și sancțiunile în caz de neexecutare a acestei obligații sunt bine structurate în articolul referitor la plăți. Mai mult, în situația în care Beneficiarul nu își respectă obligațiile contractuale, art. 32 din contract vine să întărească posibilitățile de remedierile în caz de încălcare a contractului.

În opinia autorității contractante, o reformulare sau re poziționare a articolelor în cadrul contractului, astfel cum au fost propuse de către contestatoare, nu ar conferi o putere juridică mai mare decât este în prezent dată în varianta de contract existentă, motiv pentru care menține prevederile articolelor sus menționate.

În referire la prevederile art. 10.4 din Contractul de servicii, autoritatea contractantă menționează că Managerul de Proiect, astfel cum este definit în art. 2 din Contract, este persoana fizică sau juridică responsabilă cu monitorizarea implementării Contractului de Servicii în numele Beneficiarului.

Având în vedere faptul că Managerul de Proiect este desemnat prin Contract ca fiind responsabilul cu monitorizarea implementării Contractului, acesta este în măsură de a primi și notificările care sunt formulate de către Prestator privind ordinele administrative. Ordinele Administrative ale Managerului de Proiect, astfel cum sunt definite în art. 2 al Contractului, sunt acele instrucțiuni sau dispoziții emise cu privire la prestarea serviciilor.

Din interpretarea art. 10, punctul 10.4 nu reiese că Managerul de Proiect va fi persoana care va soluționa notificările având ca obiect Ordinele Administrative.

În opinia autorității contractante, nu există clauză de incompatibilitate, astfel cum afirmă contestatoarea.

De asemenea, în situația în care notificarea Prestatorului ar suspenda executarea Ordinului Administrativ, astfel cum este propus a fi revizuită clauza contractuală de către contestatoarele, iar această notificare în urma soluționării s-ar constata că este nefondată, neexecutarea Ordinului Administrativ din partea Prestatorului ar produce întârzieri în prestarea serviciilor, ceea ce ar conduce și la posibilitatea Beneficiarului de a solicita penalizări. Ori, asemenea întârzieri ar putea conduce la pierderi pentru ambele părți.

Un alt aspect potrivit căruia autoritatea contractantă consideră că propunerea de revizuire a clauzei nu poate fi luată în calcul, este dată de faptul că această posibilitate ar putea duce la notificări repetate ale prestatorului, așadar la suspendări repetate.

Acest lucru ar conduce la întârzieri în prestarea serviciilor, (ceea ce ar veni în detrimentul Beneficiarului) și întârzieri la plata serviciilor neprestate (ceea ce ar veni în detrimentul Prestatorului).

Dacă situația persistă, Prestatorul se poate adresa instanțelor de judecată în conformitate cu prevederile art. 39 din Contractul de servicii.

Prin urmare, autoritatea contractantă consideră că observațiile contestatoarei sunt nefondate și menține prevederile art. 10.4 din contractul de servicii sus menționat.

În continuare, autoritatea contractantă arată că ... apreciază că posibilitatea Beneficiarului de a înceta contractul fără să existe o hotărâre judecătorească definitivă contravine principiului legalității și expune Prestatorul la o conduită abuzivă din partea Beneficiarului.

În replică, autoritatea contractantă precizează că instituțiile de control care au atribuții de a verifica contractele de achiziție publică ce au ca sursă de finanțare fondurile nerambursabile sunt acelea care pot constata nevinovăția/vinovăția Prestatorului.

Conform prevederilor OUG nr. 66/2011, AM POST va verifica contractul de servicii în virtutea atribuțiilor pe care le are și în situația în care va constata că există indicii de fraudă va informa DLAF care va cerceta dosarul achiziției în baza Legii nr. 61/2011 asupra suspiciunilor de fraudă.

Conform art. 16 din Legea nr. 61/2011, în cazul constatării unor elemente de natură infracțională, Departamentul va sesiza parchetul competent să efectueze urmărirea penală și transmite actul de control în vederea recuperării prejudiciului și tragerii la răspundere penală a persoanelor vinovate potrivit prevederilor Legii nr. 78/2000 pentru prevenirea, descoperirea și sancționarea faptelor de corupție.

În acest sens, autoritatea contractantă arată că unii dintre indicatorii de fraudă menționați în anexa nr. 1. Sisteme și

indicatori de fraudă 1), Capitolul 3: Fraude în cadrul contractelor și achizițiilor publice Sisteme de fraudare comune și recurente și indicatorii de fraudă relevanți (semnale de avertizare) din Normele metodologice de aplicare a prevederilor Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 66/2011 pot fi încadrați și sancționați de art. 246 Deturnarea licitațiilor publice din Noul Cod Penal, pedeapsa pentru această infracțiune fiind închisoarea de la unu la 5 ani.

Prin urmare, autoritatea contractantă consideră că observațiile contestatoarei sunt nefondate și menține prevederile art. 12.2 din Contractul de servicii sus menționat.

În ceea ce privește criticile contestatoarelor ... și ... referitoare la prevederile art. 13.2. din Contractul de servicii, în virtutea prevederilor OUG nr. 66/2011, autoritatea contractantă arată că legiuitorul instituie obligația ca pe parcursul aplicării procedurii de achiziție, beneficiarii persoane fizice/juridice de drept privat trebuie să ia toate măsurile necesare pentru a evita situațiile de natură să determine apariția unui conflict de interese, și anume a situației în care există legături între structurile acționariatului beneficiarului și ofertanții acestuia, între membrii comisiei de evaluare și ofertanți sau în care ofertantul câștigător deține pachetul majoritar de acțiuni în două firme participante pentru același tip de achiziție. (art. 14)

Având în vedere faptul că această obligație este una imperativă, sub sancțiunea deduceri/excluderi din cheltuielile solicitate la plată/rambursare, în funcție de prejudiciul posibil de provocat ori deja provocat fondurilor europene și/sau fondurilor publice naționale aferente acestora și ținându-se cont și de anvergura obiectivului pentru care este necesar studiul de fezabilitate, respectiv Autostrada Buzău - Focșani, obiectiv de interes național, autoritatea contractantă consideră nefondate criticile contestatoarelor.

Luând în considerare că un posibil conflict de interese ar putea genera o pierdere a fondurilor din care se vor plăti serviciile prestate, și implicit o suspendare a acestora, autoritatea contractantă apreciază că această posibilă situație ar fi în detrimentul ambelor părți.

În ceea ce privește afirmația potrivit căreia penalitatea de 0,1% nu trebuie raportată la întreg prețul contractului, având în vedere că penalitățile se aplică doar pentru partea care a rămas de executat și doar pentru obligațiile executate cu întârziere sau care nu au fost executate, autoritatea contractantă consideră că această măsură a fost considerată de către Beneficiar în virtutea faptului că, tocmai datorită existenței unei situații de conflict de interese se poate ajunge și la pierderea finanțării, ceea ce ar putea conduce la reluarea procedurii de atribuire și la întârzieri majore în realizarea obiectivului, tocmai în scopul de a

preîntâmpina un astfel de caz și de a sublinia importanța respectării acestei obligații din partea Prestatorului.

În ceea ce privește celelalte susțineri, autoritatea contractantă subliniază faptul că obligația de evitare a conflictelor de interese trebuie să subziste pe întreaga durată a contractului, că Prestatorul nu se poate considera în culpă pentru situațiile apărute ulterior verificărilor cerințelor din caietul de sarcini, având în vedere faptul că se poate ajunge la excluderea din cheltuielile solicitate la plată/rambursare, în funcție de prejudiciul posibil de provocat ori deja provocat fondurilor europene și/sau fondurilor publice naționale aferente acestora.

Întrucât Prestatorul are printre altele, obligațiile de a pregăti documentația necesară în vederea transmiterii aplicației de finanțare din Fonduri Structurale, acordarea asistenței Beneficiarului până la obținerea aprobării AM POST și a Comisiei Europene; pregătirea documentației de atribuire pentru contractele de lucrări, precum și asigurarea asistenței Beneficiarului pe durata procedurii de achiziție publică este necesară menținerea unei penalități ca asigurare că întreg personalul Prestatorului va asigura secretul profesional în vederea evitării oricărui conflict de interese potrivit art. 69, art. 69¹ și art. 70 din OUG nr. 34/2006 și art. 10-15 din OUG nr. 66/2011. Această penalitate a fost introdusă având în vedere prevederile art. 1530 din Codul Civil și dispozițiile OUG nr. 66/2011 care prevăd corecții financiare de până la 25% din valoarea contractului pentru încălcări ale regulilor de achiziții publice.

Având în vedere cele sus menționate, potrivit art. 11 din contractul de servicii este necesar a se adăuga o sancțiune în cazul nerespectării obligației de a evita un posibil conflict de interese deoarece, în cazul apariției acestuia conform art. 69 și/sau art. 69¹ din OUG nr. 34/2006, oricare Ofertant/Candidat/Ofertant asociat/Subcontractant/Terț susținător, va fi exclus din procedură. De asemenea, oricare posibil conflict de interese va fi verificat de reprezentanții UCVAP în cadrul procedurii de atribuire din care fac parte (ex. contractul de lucrări), iar mai apoi de oricare autorități cu atribuții de control al contractelor de achiziție publică (AM POST, Curtea de Conturi etc.).

Mai mult, fiecare parte are obligația de a evita un posibil conflict de interese oricând în perioada de derulare a contractului de servicii pentru a respecta printre altele, prevederile art. 70 din OUG nr. 34/2006. Această penalitate a fost introdusă având în vedere prevederile art. 1530 din Codul Civil și dispozițiile OUG nr. 66/2011 care prevăd corecții financiare de până la 25% din valoarea contractului pentru încălcări ale regulilor de achiziții publice.

Prin urmare, observațiile contestatoarelor sunt nefondate, autoritatea contractantă menținându-și prevederile art. 13.2 din Contractul de servicii sus menționat.

În referire la criticile formulate de ... și ... privind prevederile art. 16.1 din Contractul de servicii, autoritatea contractantă arată că studiul de fezabilitate și celelalte documente nu sunt elaborate în scopul valorificării acestora de către Achizitor, ci în scopul asigurării unei necesități a autorității contractante, mai exact realizării unui obiectiv de interes public (construcție autostrăzi), motiv pentru care transmiterea proprietății la momentul elaborării documentelor nu creează un prejudiciu pentru prestator, autoritatea asumându-și prin contract obligația de plată a acestora.

În speță este vorba de dreptul de folosință. Documentația care face obiectul procedurii de achiziție este creată în scopul realizării unui obiectiv investițional cu caracteristici particulare, nu poate fi folosită în alte scopuri. Studiul pe care îl elaborează ofertantul nu are nevoie de o protecție împotriva beneficiarului, deoarece el are un caracter absolut, este destinat în exclusivitate scopului propus, nu poate fi transmisibil; poate avea însă o valoare didactică, dar și această valoare este restrânsă ca interes. Această documentație este compusă din informații asupra cărora se pot exercita drepturi de proprietate intelectuală, dar de către autoritatea contractantă nu de către ofertant.

Având în vedere art. 27.1 din Contractul de servicii, autoritatea contractantă constată că operatorul economic declarat câștigător va primi o plată în avans de maxim 15% pe care va trebui mai apoi să o justifice conform prevederilor HG nr. 264/2003 privind stabilirea acțiunilor și categoriilor de cheltuieli, criteriilor, procedurilor și limitelor pentru efectuarea de plăți în avans din fonduri publice, republicată, cu modificările și completările ulterioare și conform prevederilor Legii nr. 500/2002 cu modificările și completările ulterioare. Astfel, nu se poate considera că Prestatorul nu va fi remunerat pentru documentele predate Beneficiarului.

Prin urmare, observațiile contestatoarelor sunt nefondate, autoritatea contractantă menținându-și prevederile art. 16.1 din Contractul de servicii sus menționat.

În ceea ce privește afirmația contestatoarei ... potrivit căreia prevederile art. 18 pct. 3, 4 și 5, precum și art. 11, art. 19 și art. 20 prevăd obligații exclusiv în sarcina Prestatorului, reprezentând un dezechilibru contractual, acestea având un caracter abuziv, autoritatea contractantă consideră că nu este vorba despre sancțiuni cumulate pentru neîndeplinirea aceleiași obligații.

Prestatorul are o obligație generală de a avea personal necesar la momentul începerii contractului dar și pe perioada desfășurării

acestui. (art. 18.5). Astfel în art. 18.4 alin. (2) sunt prevăzute penalități în situația în care Prestatorul întârzie în mobilizarea personalului după termenul stabilit în Notificarea Beneficiarului cu privire la Data de Începere a Contractului. Sunt stabilite astfel penalități datorate lipsei de reacție a Prestatorului în îndeplinirea obligației de mai sus.

Prestatorul trebuie să demonstreze buna sa voință în executarea obligațiilor contractuale. Importanța personalului specializat al prestatorului în derularea contractului reiese însăși din esența contractului. De aceea, în situația în care expertul propus spre aprobare nu îndeplinește cerințele stabilite în Anexa I - Caietul de Sarcini, sunt aplicabile penalitățile din art. 18.4 alin. (3). Este încălcată obligația de înlocuire a expertului în conformitate cu cerințele caietului de sarcini, penalitatea percepându-se și în cazul înlocuirii a unui membru al personalului cheie. (art.19.5)

Având în vedere faptul că Prestatorul are obligația de a avea personalul necesar, coroborat cu faptul că pe tot parcursul contractului Prestatorul are și obligația de a lua toate măsurile necesare pentru a asigura în mod continuu personalul salariat ori contractat (art. 18.5) pentru a nu se ajunge la imposibilitatea de executare a îndatoririlor contractuale, și costurile suplimentare generate de înlocuirea personalului nu poate incumba decât Prestatorului.

Ori, în conformitate cu prevederile art. 1536 din Codul Civil, „În cazul altor obligații decât cele având ca obiect plata unei sume de bani, executarea cu întârziere dă întotdeauna dreptul la daune-interese egale cu dobânda legală, calculată de la data la care debitorul este în întârziere asupra echivalentului în bani al obligației, cu excepția cazului în care s-a stipulat o clauză penală ori creditorul poate dovedi un prejudiciu mai mare cauzat de întârzierea în executarea obligației”.

Din interpretarea dispoziției Codului civil mai sus menționată rezultă posibilitatea că daunele-interese să depășească dobânda legală, în situația în care creditorul poate dovedi un prejudiciu mai mare cauzat de întârzierea în executarea obligației, drept urmare prejudiciile posibile prin neexecutarea obligațiilor prestatorului pot depăși nivelul dobânzii legale.

Penalitățile sunt stabilite în contract în situația în care Prestatorul nu își respectă obligațiile. Având în vedere faptul că obligațiile Prestatorului, pentru care sunt stabilite penalități în caz de încălcare, sunt obligații de a face, iar obiectul Legii nr. 72/2013, invocat de către contestatoarele, conform art. 1 alin. (1) se aplică creanțelor certe, lichide și exigibile, constând în obligații de plată a unor sume de bani care rezultă dintr-un contract încheiat între profesioniști sau între aceștia și o autoritate contractantă, contractul având ca obiect furnizarea de bunuri sau prestarea de

servicii, inclusiv proiectarea și execuția lucrărilor publice, a clădirilor și a lucrărilor de construcții civile, autoritatea contractantă consideră că nu pot fi luate în considerare susținerile contestatoarei întemeiate pe dispozițiile legale invocate.

În consecință, autoritatea contractanta consideră că este necesară păstrarea condițiilor inițiale de participare la licitație și totodată respectarea calității serviciilor asumate de Prestator în oferta sa.

În referire la criticile contestatoarelor ... și ... privind prevederile art. 18.1 din Contractul de servicii, autoritatea contractantă menționează că situațiile în care are dreptul să respingă personalul ales de Prestator sunt prevăzute chiar în cuprinsul acestui articol (...). În Anexa I și/sau Anexa II ale Contractului de Servicii se va specifica nivelul minim de pregătire, calificare și experiență al personalului precum și responsabilitățile acestuia, iar acolo unde este cazul și specializarea cerută. Beneficiarul are dreptul să respingă personalul ales de către Prestator, respectiv atunci când nu sunt îndeplinite nivelul minim de pregătire, calificare și experiență al personalului precum și responsabilitățile acestuia.

Autoritatea Contractanta apreciază ca nefondate susținerile contestatoarelor și consideră că este necesară păstrarea condițiilor inițiale de participare la licitație și totodată respectarea calității serviciilor asumate de Prestator în oferta sa.

În mod similar, față de aprecierile contestatoarelor ... și ... privind art. 18.4. (5) din Contractul de servicii, autoritatea contractantă menționează că Beneficiarul nu poate fi obligat să plătească un expert temporar care nu îndeplinește criteriile solicitate, pentru că în situația în care le-ar îndeplini nu ar mai fi numit expert temporar. Prin urmare, această clauză nu poate fi considerată abuzivă și nelegală.

Totodată, în conformitate cu prevederile art. 18.5 din Contractul de servicii, Prestatorul are obligația de a „adopta toate măsurile necesare pentru a asigura în mod continuu personalul salariat ori contractat, echipamentul și suportul necesare pentru îndeplinirea în mod eficient a sarcinilor acestuia”.

Din experiența în implementarea contractelor de infrastructură rutieră, este un fapt bine cunoscut că există o fluctuație foarte mare a personalului.

În scopul diminuării acestei situații și în vederea obligării Prestatorului de a face toate demersurile necesare în vederea asigurării unui înlocuitor, care să îndeplinească cerințele minime de calificare din documentația de atribuire, în timp cât mai scurt, Beneficiarul nu va efectua nicio plată pentru perioada absenței expertului sau a absenței înlocuitorului acestuia.

Expertul temporar nu este un înlocuitor al expertului înlocuit, drept urmare el nu este evaluat în vederea îndeplinirii cerințele minime din documentația de atribuire, ci este prevăzut ca o

măsura temporară pentru a nu se bloca îndeplinirea activităților de către Prestator, având în vedere durata contractului. Ca expert temporar poate fi desemnat, prin preluarea de atribuții, un alt expert inclus în personalul Prestatorului. O eventuală dublă remunerare a unui expert încalcă prevederile Codului Muncii.

Prin urmare, autoritatea contractantă consideră că susținerile contestatoarelor sunt nefondate și menține prevederile art. 18.4 (5) din Contractul de servicii sus menționat.

În continuare, autoritatea contractantă precizează că ... susține că prevederile art. 19 coroborat cu cele ale art. 11, art. 18 și art. 20 prevăd obligații exclusiv în sarcina Prestatorului, reprezentând un dezechilibru contractual, acestea având un caracter abuziv.

Referitor la prevederile art. 19.3 din Contractul de servicii, autoritatea contractantă menționează că acestea prevăd răspunderea Prestatorului, în sensul aplicării unor penalități în cuantum de 0,05% din Prețul contractului, dacă din culpa Prestatorului care nu a verificat corespunzător modul în care personalul ales de către acesta își desfășoară activitatea, apare necesitatea de înlocuire a unui expert. Același articol prevede și o exceptare, respectiv cazul în care înlocuirea este un rezultat al circumstanțelor ce nu sunt sub controlul Prestatorului conform articolului 19.2.

Nu poate fi vorba de penalitate indiferent de existența unui prejudiciu în patrimoniul beneficiarului, astfel cum afirmă contestatoarea. Prejudiciul generat Beneficiarului este dat tocmai de neexecutarea obligațiilor contractuale a prestatorului, la neîndeplinirea obiectului contractului. Contestatoarea susține că acest cuantum al penalităților încalcă prevederile art. 1536 din Codul Civil, potrivit cărora executarea cu întârziere a altor obligații decât cele având ca obiect plata unei sume de bani, dă dreptul la daune - interese egale cu dobânda legală, calculată de la data la care debitorul este pus în întârziere asupra echivalentului în bani al obligației.

Potrivit prevederilor art. 1536 din Codului Civil: „În cazul altor obligații decât cele având ca obiect plata unei sume de bani, executarea cu întârziere dă întotdeauna dreptul la daune-interese egale cu dobânda legală, calculată de la data la care debitorul este în întârziere asupra echivalentului în bani al obligației, cu excepția cazului în care s-a stipulat o clauză penală ori creditorul poate dovedi un prejudiciu mai mare cauzat de întârzierea în executarea obligației”.

Din interpretarea dispoziției Codului civil mai sus menționată rezultă posibilitatea ca daunele-interese să depășească dobânda legală, în situația în care creditorul poate dovedi un prejudiciu mai mare cauzat de întârzierea în executarea obligației, drept urmare

prejudiciile posibile prin neexecutarea obligațiilor prestatorului pot depăși nivelul dobânzii legale.

Prin urmare, autoritatea contractantă consideră că susținerile contestatoarei sunt nefondate și menține prevederile art. 19.3 din Contractul de servicii sus menționat.

Referitor la prevederile art. 19.5 din Contractul de servicii, ... și ... apreciază că penalitățile sunt disproporționate cu evenimentul sancționat, mai ales că înlocuirea poate surveni în urma decesului, îmbolnăvire, invaliditate, motive neimputabile Prestatorului, acestea fiind în contradicție cu penalitățile de la 18.4 (3) care sunt pentru aceeași cauză.

Față de considerentele contestatoarelor dar și având în vedere cuantumul penalităților prevăzute pentru Prestator în cadrul Contractului de Servicii, autoritatea contractantă apreciază necesară următoarea măsură de remediere: art. 19.5 *„În situația în care un membru al personalului cheie trebuie înlocuit, persoana înlocuitoare trebuie să îndeplinească aceleași criterii de calificare solicitate în Documentația de Atribuire. Prestatorul va transmite Beneficiarului, pentru verificare și aprobare o copie a CV-ului acestuia și a documentelor justificative prin care demonstrează îndeplinirea criteriilor de calificare. În cazul respingerii acestora, Beneficiarul va notifica în scris motivele respingerii. În caz de respingere, Beneficiarul va fi îndreptățit să solicite Prestatorului, iar acesta va fi obligat la plata unor penalități de întârziere în cuantum de 0,01% pe zi de întârziere din Prețul Contractului care vor curge de la data comunicării respingerii personalului propus și până la data aprobării de către Beneficiar a unor experți propuși de Prestator care să îndeplinească criteriile de calificare prevăzute în Documentația de Atribuire”*.

Față de considerentele contestatoarelor și ... privind prevederile art. 19.6 din contractul de servicii, autoritatea contractantă consideră că există o interpretare eronată a acestei clauze. Prestatorul trebuie să demonstreze buna sa voință în executarea obligațiilor contractuale. Importanța personalului specializat al prestatorului în derularea contractului reiese însăși din esența contractului, tocmai pentru acest motiv trebuie ca în caz de înlocuire a vreunui membru din cadrul personalului ales, acest lucru să se facă cu rapiditate și profesionalism, astfel încât să nu existe întârzieri în prestarea serviciilor.

În opinia autorității contractante, această clauză nu este nelegală și nici abuzivă, Beneficiarul neputând plăti pentru o muncă efectiv neprestată. Astfel, perioada în care Prestatorul nu asigură existența unui expert (calificat conform cerințelor din caietul de sarcini) sau în situația în care absentează înlocuitorul acestuia, nu poate fi plătită (în caz contrar ar putea fi considerată plată nedatorată).

De asemenea, autoritatea contractantă dorește ca fluctuația personalului să fie cât mai redusă și prin urmare Prestatorul să fie descurajat, prin clauze contractuale, de a schimba personalul cu care a participat la procedura de achiziție publică și cu care a declarat că va realiza serviciile.

Totodată, în conformitate cu prevederile art. 18.5 din Contractul de servicii, Prestatorul are obligația de a „adopta toate măsurile necesare pentru a asigura în mod continuu personalul salariat ori contractat, echipamentul și suportul necesare pentru îndeplinirea în mod eficient a sarcinilor acestuia”.

Prin urmare, autoritatea contractanta arată că dorește ca oferta Prestatorului să nu fie modificată prin schimbarea experților, motiv pentru care menține prevederile art. 19.6 din Contractul de servicii.

În ceea ce privește prevederile art. 19.8 din Contractul de servicii, urmare a celor contestate și după analiza Beneficiarului asupra acestora, autoritatea contractantă propune ca măsură de remediere, introducerea unui termen pentru aprobarea/înlocuirea experților de „10 zile”, textul articolului urmând să aibă următorul conținut: art. 19.8 *„Aprobarea și/sau înlocuirea experților se va putea face, în termen de 10 zile, cu respectarea prevederilor relevante din Contract și din Anexa I - Caietul de Sarcini și va face obiectul unui Ordin Administrativ al Managerului de Proiect din partea Beneficiarului către Prestator. După aprobarea fiecărui expert de către Beneficiar, Prestatorul va notifica Beneficiarul asupra datei de mobilizare a expertului”*.

Privitor la criticile operatorului economic ... referitoare la prevederile art. 19.9 din Contractul de servicii, autoritatea contractanta arată că menține prevederile art. 19.9 din contractul de servicii deoarece este necesar ca experții să fie disponibili în cadrul contractului în conformitate cu graficul de realizare al activităților. Această clauză se referă la experții care sunt implicați pe mai multe contracte și trebuie să presteze activități în aceeași perioadă pe contracte diferite.

Totodată, implicarea simultană a anumitor experți în cadrul mai multor contracte încalcă prevederile art. 112 alin. (1), art. 114 alin. (1) și art. 121 alin. (2) din Codul Muncii.

Văzând criticile contestatoarelor referitoare la dispozițiile art. 21.2 din Contractul de servicii, autoritatea contractantă propune ca măsură de remediere eliminarea ultimei propoziții din cadrul acestuia, respectiv se va elimina: „Beneficiarul va avea dreptul să se opună deciziei Prestatorului cu privire la contul bancar”. Prin urmare, art. 21.2 din Contractul de servicii va avea următorul conținut: *„Beneficiarul va notifica în scris Prestatorul cu privire la numele și adresa Managerului de Proiect. Prestatorul va notifica în scris Beneficiarul cu privire la numele și adresa persoanei sale de*

contact și a contului bancar. Prestatorul trebuie să utilizeze formularul specific indicat în Anexa IV pentru notificarea sau modificarea contului său bancar sau un formular similar”.

Referitor la art. 26.2 din Contractul de servicii, și ... afirmă că lipsa obligației Beneficiarului de a emite aprobarea Rapoartelor/documentelor într-un termen ferm în condițiile în care nu a avut obiecțiuni față de Rapoartele/documentele analizate, echivalează cu lipsa obligației de plată, fiind la latitudinea discreționară a Beneficiarului când și dacă aprobă anumite Rapoarte/documente deși nu a avut obiecțiuni față de aceasta, ceea ce ar echivala, în accepțiunea acestuia cu o condiție pur potestativă din partea celui care se obligă.

Deoarece din cuprinsul clauzei se poate considera incert termenul de aprobare al Rapoartelor/documentelor menționate în Anexa I - Caietul de Sarcini, autoritatea contractantă apreciază ca fiind necesară aplicarea unei măsuri de remediere, după cum urmează: art. 26.2 *„Beneficiarul, în termen de 20 zile de la primirea Rapoartelor sau documentelor menționate în Anexa I - Caietul de Sarcini, va notifica Prestatorului decizia sa cu privire la acestea, cu indicarea motivelor în cazul respingerii Rapoartelor și a documentelor justificative sau al solicitării unor modificări și/sau completări”.*

De asemenea, autoritatea contractantă propune modificarea prevederilor art. 26.5 (2) din contractul de servicii, acesta urmând să aibă următorul conținut: *„Studiul de Fezabilitate Final va fi considerat acceptat de către Beneficiar numai după obținerea Acordului de mediu, a avizelor de la art. 26.5 (1) și numai după aprobarea Raportului financiar menționat în Anexa I – Caietul de sarcini de către Beneficiar în baza documentelor justificative (inclusiv a tuturor documentelor care fac parte din Studiul de Fezabilitate Final). Raportul Financiar menționat la Anexa I - Caietul de Sarcini va fi prezentat spre aprobare după obținerea Acordului de Mediu și avizelor de la art. 26.5 (1)”.*

Pe de altă parte, autoritatea contractantă consideră nefondate susținerile operatorului economic ... potrivit cărora prin coroborarea prevederilor art. 27.7 cu cele ale art. 26.2 și art. 26.5 (2) din Contractul de servicii rămâne la latitudinea discreționară a autorității contractante când și dacă emite aprobarea rapoartelor/documentelor, deși nu a avut obiecțiuni față de acestea.

Față de considerentele exprimate de ... potrivit cărora prevederile coroborate ale art. 27.8 (1) și art. 27.9 din Contractul de servicii stabilesc faptul că nu se pot aplica de către Prestator dobânzi penalizatoare în caz de neplată sau plata cu întârziere, autoritatea contractantă propune ca măsură de remediere eliminarea art. 27.8

(1) pentru a evita interpretarea datei la care expiră termenul limită de plată.

În acest context, autoritatea contractantă menține prevederile art. 27.9. din contractul de servicii, considerând nefondate criticile contestatoarelor ... și ... referitoare la acest articol.

Văzând criticile contestatoarei ... potrivit cărora nu este respectat principiul egalității în ce privește distribuția penalităților între părțile contractante în cadrul art. 27.13 din Contractul de servicii, autoritatea contractantă propune ca măsură de remediere eliminarea sintagmei „egalitate” din textul articolului, acesta urmând să aibă următorul conținut: „Părțile cunosc și garantează în virtutea prevederilor Legii nr. 72/2013 cu modificări și completări ulterioare și OG nr. 13/2011 cu modificări și completări ulterioare, ca relațiile contractuale dintre părți se desfășoară pe principii de bună credință și cu respectarea acestor dispoziții legale, înțelegând ca nicio clauză a contractului nu este abuzivă prin prisma dispozițiilor legale enunțate”.

Potrivit prevederilor art. 3 lit. f) din OUG nr. 34/2006 cu modificările și completările ulterioare „contract de achiziție publică - contractul, asimilat, potrivit legii, actului administrativ, care include și categoria contractului sectorial, astfel cum este definit la art. 229 alin. (2), cu titlu oneros, încheiat în scris între una sau mai multe autorități contractante, pe de o parte, și unul ori mai mulți operatori economici, pe de altă parte, având ca obiect execuția de lucrări, furnizarea de produse sau prestarea de servicii”, coroborate cu cele ale art. 2 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 554/2004 cu modificările și completările ulterioare „act administrativ - actul unilateral cu caracter individual sau normativ emis de o autoritate publică, în regim de putere publică, în vederea organizării executării legii sau a executării în concret a legii, care dă naștere, modifică sau stinge raporturi juridice; sunt asimilate actelor administrative, în sensul prezentei legi, și contractele încheiate de autoritățile publice care au ca obiect punerea în valoare a bunurilor proprietate publică, executarea lucrărilor de interes public, prestarea serviciilor publice, achizițiile publice; prin legi speciale pot fi prevăzute și alte categorii de contracte administrative supuse competenței instanțelor de contencios administrativ”, relațiile dintre părțile contractante nu se bazează pe principii de egalitate.

Autoritatea contractantă consideră nefondată afirmația contestatoarei ... referitoare la prevederile art. 27.14. din contractul de servicii, potrivit căreia suspendarea plăților atât pentru serviciile deja prestate, precum și pentru cele viitoare, ca urmare a unei aprecieri discreționare, ce ține exclusiv de opinia Beneficiarului, nu conferă siguranță contractuală Prestatorului.

Autoritatea contractantă arată că suspendarea contractului nu produce efecte doar asupra plăților, care trebuie efectuate către Prestator, ci și asupra serviciilor care trebuie prestate pentru Beneficiar. Interesul Beneficiarului este acela de a obține de la Prestator serviciile. O suspendare aleatorie, nejustificată a contractului, ar fi și în detrimentul Beneficiarului.

În continuare, autoritatea contractantă arată că a introdus clauzele de la art.1 și art.4 pentru a evita situațiile în care, din diferite motive, anumite sume au fost achitate în plus față de valorile reale care ar fi confirmat stadiul fizic real al îndeplinirii serviciilor.

Întrucât în virtutea art. 27.13 din contractul de servicii se prezumă buna credință a părților, având în vedere că plata se face după emiterea facturilor, autoritatea contractantă consideră că orice plată excesivă se poate face doar prin emiterea unor facturi reprezentând servicii prestate care nu corespund cu stadiul fizic real de îndeplinire al acestora. Astfel, vina pentru plata sumelor necuvenite poate aparține Prestatorului care a emis factura pentru sume care nu erau cuvenite. Această clauză a fost introdusă având în vedere experiența autorității contractante în implementarea proiectelor de infrastructură rutieră.

Față de solicitarea formulată de ... de eliminare a unor prevederi din cadrul art. 29.5 din contractul de servicii, autoritatea contractantă susține că dispozițiile art. 10 și art. 11 din Legea nr. 136/1995 privind asigurările și reasigurările în România, pe care le invocă contestatoarea ca justificare, au fost abrogate prin Legea nr. 71/2011.

Totodată, autoritatea contractantă menționează faptul că polița de asigurare nu reprezintă un instrument de garantare, ci este un instrument de asigurare a unui eventual risc. Instrumentele de garantare sunt reprezentate de scrisoarea de garanție, cecul de călătorie, cambia sau biletul la ordin.

Noțiunea de instrument de garantare se referă la garantarea plății și, în conformitate cu definirea instrumentelor de garantare din paragraful anterior, se poate observa că polița de asigurare, certificatul de asigurare sau orice alte documente emise de societățile de asigurări reprezintă instrumente de asigurare și nu instrumente de garantare a plății.

În practică, societățile de asigurări emit și scrisori de garanție, pe care le menționează ca făcând parte din polița de asigurare, împreună cu Condițiile Speciale și Condițiile Generale.

Autoritatea contractantă mai precizează faptul că solicitarea societăților de asigurări este ca polița (mai puțin Scrisoarea de Garanție) și Condițiile Speciale și Condițiile Generale, precum și să fie semnate și în consecință aprobate de către Beneficiar.

Problema apare în momentul în care, în cadrul Condițiilor Speciale sau Condițiilor Generale ale poliției există prevederi care fac aproape imposibilă plata sumei asigurate în eventualitatea întocmirii unei cereri de plată transmisă societății de asigurări de către Beneficiar.

Astfel, apar contradicții majore între prevederile Condițiilor Speciale și Condițiilor Generale ale poliției (care trebuie acceptate de Beneficiar prin semnarea Condițiilor) și prevederile Scrisorii de Garanție care, conform celor de mai sus, reprezintă un instrument de garantare și nu un instrument de asigurare.

Fata de afirmațiile contestatoarelor ... și ... referitoare la prevederile coroborate ale art. 31.1 și art. 31.2, autoritatea contractantă precizează că acestea nu se referă doar la fraude, ci statuează și situația unor erori substanțiale sau neregularități. Aupra acestor aspecte Beneficiarul este cel mai în măsură să se pronunțe și să le constate. În opinia autorității contractante, în aceste cazuri este necesară reformularea articolelor astfel cum a apreciat Prestatorul.

În ceea ce privește fraudă, Beneficiarul poate să observe existența unei fraude, situație în care se adresează organelor abilitate de a constata și cerceta aceste aspecte.

Totodată, deoarece sursa de finanțare a contractului de servicii sus menționat o reprezintă fondurile europene nerambursabile, autoritatea contractantă are obligația de a respecta dispozițiile art. 2 alin. (2) din OUG nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, cât și pe cele ale art. 8 alin. (2) lit. b), art. 9, art. 20, art. 27 și art. 30 din OUG nr. 66/2011 privind prevenirea, constatarea și sancționarea neregulilor apărute în obținerea și utilizarea fondurilor europene și/sau a fondurilor publice naționale aferente acestora.

Cu toate acestea, în situația în care există cazurile prevăzute de articolul de mai sus, autoritatea contractantă consideră că Beneficiarul este îndreptățit să suspende contractul atâta timp cât executarea acestuia prezintă încălcări grave de natura celor menționate de art. 31.1 și art. 31.2.

Autoritatea contractantă reiterează faptul că interesul Beneficiarului este acela de a obține de la Prestator serviciile, iar suspendarea nejustificată a contractului, ar fi și în detrimentul Beneficiarului.

Pe de altă parte, autoritatea contractantă arată că adoptă, ca măsură de remediere, modificarea art. 31.3 din Contractul de servicii, acesta urmând să aibă următorul conținut: *„În cazul în care, din diferite motive este necesară suspendarea contractului de servicii, pe toată perioada suspendării Contractului de Servicii, Beneficiarul nu are obligația de a efectua nicio plată către*

Prestator, cu excepția plăților aferente serviciilor prestate anterior suspendării”.

În continuare, autoritatea contractantă arată că și ... consideră nelegală și abuzivă obligarea Prestatorului la renunțarea la dreptul de a solicita costuri suplimentare înregistrate ca urmare a suspendării contractului de către autoritatea contractantă, în condițiile în care Prestatorul este obligat să mențină personalul, iar durata suspendării poate să depășească și 12 luni (art. 31.5).

În opinia autorității contractante, aceste susțineri sunt nefondate având în vedere faptul că suspendarea contractului nu produce efecte doar asupra plăților care trebuie efectuate către Prestator, dar și asupra serviciilor care trebuie prestate pentru Beneficiar. Interesul Beneficiarului este acela de a obține de la Prestator serviciile. O suspendare aleatorie, nejustificată a contractului, ar fi și în detrimentul Beneficiarului.

O plată pentru un serviciu suspendat, așadar un serviciu neprestat, ar reprezenta o plată nedatorată. Măsura suspendării va produce efecte inclusiv asupra acelor obligații ale Prestatorului de a menține personalul.

Totodată, văzând susținerile contestatoarei ... referitoare la prevederile art. 31.5, autoritatea contractantă propune aplicarea unei măsuri de remediere prin modificarea acestui articol după cum urmează: *„Părțile au dreptul de a modifica perioada de suspendare a contractului în funcție de circumstanțe. În cazul în care perioada de suspendare a Contractului de servicii excede 12 de luni, Părțile au dreptul de a rezilia Contractul”.*

Având în vedere dispozițiile art. 36 din Legea nr. 356/2013 a Bugetului de stat pe anul 2014, autoritatea contractantă consideră nefondate criticile operatorilor economici ... și ... referitoare la prevederile art. 31.6 din Contractul de servicii, motiv pentru care le menține.

Mai mult, autoritatea contractantă consideră că ... a înțeles în mod eronat clauza contractuală stipulată la art. 33.1 din Contractul de servicii. După cum rezultă în mod neîndoielnic din cuprinsul acesteia, instituțiile de control care au atribuții de a verifica contractele de achiziție publică ce au ca sursă de finanțare fondurile nerambursabile sunt acelea care pot constata nevinovăția/vinovăția Prestatorului.

Conform prevederilor OUG nr. 66/2011, AM POST va verifica contractul de servicii în virtutea atribuțiilor pe care le are și în situația în care va constata că există indicii de fraudă va informa DLAF care va cerceta dosarul achiziției în baza Legii nr. 61/2011 asupra suspiciunilor de fraudă.

Conform art. 16 din Legea nr. 61/2011, în cazul constatării unor elemente de natură infracțională, Departamentul va sesiza parchetul competent să efectueze urmărirea penală și transmită

actul de control în vederea recuperării prejudiciului și tragerii la răspundere penală a persoanelor vinovate potrivit prevederilor Legii nr. 78/2000 pentru prevenirea, descoperirea și sancționarea faptelor de corupție. Totodată, autoritatea contractantă invocă prevederile art. 181 lit. c¹) din OUG nr. 34/2006 cu modificările și completările ulterioare.

Pe de altă parte, având în vedere corelarea cu celelalte clauze contractuale care cuprind penalități pentru neîndeplinirea obligațiilor contractuale de către Prestator, autoritatea contractantă propune ca măsură de remediere eliminarea prevederilor art. 33.2 din contractul de servicii.

De asemenea, autoritatea contractantă propune ca măsură de remediere eliminarea prevederilor art. 35.4 și art. 36.8 din Contractul de servicii întrucât Prestatorul, în cazul în care se consideră îndreptățit la costuri suplimentare, le poate solicita în instanță conform prevederilor Codului Civil.

În același timp, autoritatea contractantă menține prevederile art. 35.6 din Contractul de servicii considerate abuzive de

Totodată, autoritatea contractantă propune ca măsură de remediere modificarea prevederilor art. 37.1 din Contractul de servicii având în vedere că pentru neîndeplinirea obligațiilor de plată, în contract este prevăzută dobânda legală penalizatoare, acesta urmând să aibă următorul conținut: „În urma unui preaviz de 14 zile acordat Beneficiarului, Prestatorul poate rezilia Contractul de Servicii dacă Beneficiarul suspendă derularea Serviciilor sau a oricărei părți a acestora pentru mai mult de 12 luni pentru motive nespecificate în Contractul de Servicii sau independente de culpa Prestatorului”.

În referire la criticile formulate de ... referitoare la prevederile art. 37.3 din Contractul de servicii, autoritatea contractantă precizează că această clauză contractuală oferă posibilitatea Prestatorului de a solicita despăgubiri Beneficiarului în situația în care sunt îndeplinite condițiile menționate la art. 37.1 din Contractul de servicii. Existența art. 37.3 din Contractul de servicii dovedește că au fost respectate în totalitate dispozițiile Codului Civil de către Beneficiar. Art. 37.3 din Contractul de servicii a fost introdus în această formă în vederea corelării cu prevederile art. 97 alin. (1) din HG nr. 925/2006. În situația în care Prestatorul consideră că este îndreptățit la costuri suplimentare le poate solicita în instanța conform prevederilor Codului Civil.

Prin urmare, autoritatea contractantă consideră nefondată afirmația contestatoarei și menține prevederile art. 37.3 din Contractul de servicii.

În referire la prevederile art. 38.6 din Contractul de servicii, autoritatea contractantă propune ca măsură de remediere eliminarea lor întrucât Prestatorul, în cazul în care se consideră

îndreptătit la costuri suplimentare, le poate solicita conform prevederilor Codului Civil.

De asemenea, autoritatea contractantă propune eliminarea prevederilor art. 39.5 din Contractul de servicii (criticate de ...), deoarece până la soluționarea litigiilor și stabilirea vinovăției/nevinovăției părților, Prestatorul nu poate fi obligat la prestarea serviciilor.

În ceea ce privește aspectele atacate de contestatoare cu privire la prevederile Caietului de Sarcini, autoritatea contractantă propune ca măsură de remediere completarea paragrafului al șaselea de la punctul 3.2 cu următorul subparagraf, după cum urmează:

„Prestatorul își va asuma riscurile generale identificate de Beneficiar prin participarea sa la procedura de achiziție publică, precum și prin semnarea contractului și nu va avea nicio pretenție în cazul apariției acestora sau a altora neidentificate mai jos dar posibil să apară, cu excepția cazurilor în care culpa se datorează unor terțe părți. Lipsa culpei va trebui să fie dovedită de către Prestator”.

De asemenea, autoritatea contractantă propune următoarea măsură de remediere:

„Prestatorul are obligația obținerii în numele Beneficiarului a avizelor, acordurilor, permiselor, aprobărilor și/sau autorizațiilor în condițiile prevederilor Legii nr. 50/1991 cu modificările și completările ulterioare, coroborate cu art. 26, cap.6 din Legea nr. 255/2010 (care prevede următoarele: „Certificatele de urbanism, avizele, acordurile, permisele sau autorizațiile sunt valabile până la finalizarea executării lucrărilor pentru care au fost eliberate, respectiv până la eliberarea procesului-verbal de recepție finală a lucrărilor”)”.

Pe de altă parte, autoritatea contractantă menționează că durata de prestare a serviciilor de 12 luni se va menține din următoarele motive:

1) În ceea ce privește Acordul de mediu, Ordinul nr. 135/2010 privind aprobarea Metodologiei de aplicare a evaluării impactului asupra mediului pentru proiecte publice și private, prevede etapele necesare parcurgerii procedurii derulate de autoritatea competentă de mediu, etape care sunt prevăzute a se realiza într-un termen maxim de 152 de zile.

Ordinul nr. 135/2010 nu prevede termene imperative pentru realizarea și depunerea la autoritatea competentă de mediu a raportului privind impactul asupra mediului. Termenele obligatoriu a fi respectate prevăzute și de la care nu se poate face nicio derogare sunt cele de participare a publicului interesat la luarea deciziei.

Aceste termene au fost stabilite de legiuitor astfel încât să existe timpul necesar publicului interesat de a se pregăti și a participa

efectiv în procedura de evaluare a impactului asupra mediului și constau în:

- observațiile publicului la proiectul deciziei etapa de încadrare - 13 zile de la publicare anunț în presă;
- dezbateri publice a raportului privind impactul asupra mediului -20 de zile de la publicarea raportului privind impactul asupra mediului;
- observațiile publicului la decizia de emitere a acordului de mediu - 8 zile de la publicarea în presă a deciziei.

Termenele imperative impuse prin Ordinul nr. 135/2010 însumează un total de 41 de zile, dar care se află în intervalul de 152 de zile prevăzute pentru derularea etapelor procedurii.

Mai mult, în procedura de obținere a acordului de mediu avizele necesare se obțin în paralel până la emiterea acordului de mediu de către autoritatea competentă.

Ordinul nr. 135/2010 nu prevede termene privind întocmirea și depunerea la autoritatea competentă de mediu a studiului de evaluare adecvată.

Ordinul nr. 19/2010 – Ghid metodologic privind evaluarea adecvată a efectelor potențiale ale planurilor sau proiectelor asupra ariilor naturale protejate de interes comunitar nu prevede termene imperative pentru întocmirea studiului de evaluare adecvată. Conform acestui ordin, în cadrul studiului de evaluare este evaluat în mod corespunzător impactul asupra fiecărei specii și habitate de interes comunitar din fiecare arie protejată de interes comunitar posibil a fi afectată de implementarea proiectului astfel încât să se asigure obiectivele de conservare și integritatea rețelei Natura 2000.

De menționat este faptul că pentru unele din aceste proiecte există posibilitatea afectării unei singure arii protejate de către traseul autostrăzii în cazul în care nu se găsește alternativă de evitare, iar în acest caz studiul de evaluare adecvată nu va fi unul complex.

Mai mult decât atât, Caietul de sarcini aferent studiului de fezabilitate este însoțit de planșe care indică ariile protejate Natura 2000.

În ultimul paragraf al articolului 4.1.3.6. din Caietul de sarcini se stipulează că „Prestatorul va lua în considerare ca alternative de traseu recomandate să nu afecteze arii protejate de tip Natura 2000, rezervații naturale, etc.”.

În condițiile în care proiectul intersectează arii protejate Natura 2000 și trebuie realizată evaluarea adecvată, Acordul de mediu se poate obține în 12 luni.

2) Având în vedere că numărul experților și a persoanelor implicate în realizarea proiectului este suficient pentru elaborarea studiilor și etapelor de proiectare în 4 luni de zile, iar numărul de

prospecțiuni geotehnice este bine precizat și bine cuantificat ca valoare, autoritatea contractantă consideră că dacă Prestatorul da dovada de seriozitate și se va mobiliza cu personal și utilaje suficiente, Studiul de Fezabilitate va fi finalizat în termenul contractual. În cazul în care aceste studii vor fi finalizate în 4 luni de către Prestator, autoritatea contractantă și Prestatorul, de comun acord vor analiza situația existentă și vor identifica și remedia cauzele care au condus la întârzieri.

Pe cale de consecință, autoritatea contractantă își menține punctul de vedere cu privire la tardivitatea contestațiilor depuse de ... și ... considerând neîntemeiate și nefondate contestațiile depuse de ... și

Ca răspuns la solicitarea Consiliului, prin adresele nr. ... și nr. 69/05.06.2014, înregistrate la CNSC sub nr. 18339/05.06.2014, respectiv sub nr. 18259/ 05.06.2014, transmise ulterior adoptării de către autoritatea contractantă a măsurilor de remediere asupra documentației de atribuire, ... și ... reiterează aspectele precizate în contestațiile depuse la Consiliu.

Prin adresa nr. MOC/14/VI/05 din 05.06.2014, înregistrată la CNSC sub nr. 18422/05.06.2014, analizând măsurile de remediere adoptate de autoritatea contractantă în prezenta procedură, ... precizează că a constatat faptul că aspectele criticate referitoare la clauzele 8.11, 8.12, 8.2, 21.1, 26.2 și 31.3 au fost remediate.

În continuare, ... menționează că își menține criticile formulate în contestație referitoare la clauzele contractuale 8.8, 8.13, 16.1, 18.1, 31.4, 18.4 (5), 19.6, ..., 29.5, precum și la cele privind aplicarea penalităților și termenul de prestare a serviciilor, așa cum acestea au fost formulate.

Prin adresa nr. ... înregistrată la CNSC sub nr. 18456/06.06.2014, ... a transmis Consiliului punctul său de vedere la măsurile de remediere adoptate de autoritatea contractantă cu privire la documentația de atribuire aferentă procedurii de atribuire în discuție.

Astfel, contestatoarea arată că este de acord cu măsurile de remediere nr. 2, nr. 3, nr. 4, nr. 5, nr. 8, nr. 10, nr. 12, nr. 13, nr. 14, nr. 15, nr. 16, nr. 17, nr. 19 și nr. 20.

În continuare, contestatoarea își exprimă dezacordul față măsurile de remediere nr. 1, nr. 6 și nr. 7, nr. 9, nr. 11, nr. 18, nr. 21 și nr. 22 propuse de autoritatea contractantă, solicitând Consiliului să oblige autoritatea contractantă la modificarea documentației de atribuire în concordanță cu observațiile sale dar și cu celelalte propuneri de revizuire formulate prin contestație, de care autoritatea contractantă nu a ținut cont.

Făcând aplicarea prevederilor art. 273 alin. (1) din OUG nr. 34/2006, după conexarea celor cinci contestații, din analiza

susținerilor părților și a documentelor existente la dosarul cauzei, Consiliul reține cele ce urmează:

Pentru atribuirea contractului de achiziție publică având ca obiect „Elaborare studiu de fezabilitate pentru autostrada Buzău - Focșani”, coduri CPV 71241000-9 – *Studii de fezabilitate, servicii de consultanță, analize (Rev.2)*, 71322500-6 – *Servicii de proiectare tehnică pentru infrastructură de transport (Rev.2)*, ... (în calitate de autoritate contractantă) a inițiat procedura, licitație deschisă, prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr. ... din 01.05.2014, odată cu care a postat și documentația de atribuire.

Considerând restrictive și abuzive unele prevederi ale documentației de atribuire, și ... au înaintat Consiliului prezentele contestații, solicitând modificarea lor.

Văzând cererile de suspendare a procedurii aparținând și ... și constatând lipsa iminenței vreunei pagube pentru contestatoare, Consiliul le-a respins, ca nefondate (Decizia nr. ... din ...

Întrucât cauzele conexe au o complexitate deosebită, Consiliul având nevoie de timp suplimentar de analiză a lor (inclusiv a măsurilor de remediere din 03.06.2014), în concordanță cu dispozițiile art. 276 alin. (1) din OUG nr. 34/2006, a prelungit termenul de soluționare.

Potrivit prevederilor art. 278 alin. (1) din OUG nr. 34/2006, modificată și completată, Consiliul trebuie să se pronunțe, mai întâi, asupra excepțiilor de procedură și de fond, motiv pentru care va proceda la soluționarea excepției de tardivitate, invocată din oficiu, privind contestația formulată de către

Referitor la acest aspect, din verificarea dosarului cauzei, Consiliul constată că demersul acestei contestatoare (depunerea contestației la autoritatea contractantă) este tardiv, respectiv a depășit termenul aplicabil, prevăzut la art. 256² alin. (1) lit. a) din OUG nr. 34/2006.

Prealabil acestei aprecieri, Consiliul a pus în discuția părților, prin adresele nr. 9625 și 9626/... .. 26.05.2014, excepția referită, față de care autoritatea contractantă a răspuns cu adresa nr. 29139/27.05.2014, înregistrată la Consiliu cu nr. ... prin care a susținut excepția tardivității formulării acestei contestații, iar contestatoarea ... a răspuns cu adresa nr. ... înregistrată la Consiliu cu nr. ... prin care a solicitat respingerea excepției invocată de Consiliu.

Având în vedere cele sesizate, Consiliul constată că în speță, sunt incidente dispozițiile art. 256² alin. (1) lit. a) din OUG nr. 34/2006: „*Persoana vătămată poate sesiza Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor în vederea anulării actului și/sau recunoașterii dreptului pretins ori a interesului legitim, în termen de: 10 zile începând cu ziua următoare luării la cunoștință, în condițiile*

prezentei ordonanțe de urgență, despre un act al autorității contractante considerat nelegal, în cazul în care valoarea contractului care urmează să fie atribuit, estimată conform prevederilor art. 23 și ale cap. II secțiunea a 2-a, este egală sau mai mare decât pragurile valorice prevăzute la art. 55 alin. (2)", precum și cele de la art. 271 alin. (1): „Sub sancțiunea respingerii contestației ca tardivă, aceasta se înaintează atât Consiliului, cât și autorității contractante, nu mai târziu de expirarea termenelor prevăzute la art. 256². Contestatorul va atașa la contestație și copia actului atacat, în cazul în care acesta a fost emis, precum și copii ale înscrisurilor prevăzute la art. 270 alin. (1), dacă acestea sunt disponibile”.

Astfel, față de momentul luării la cunoștință a actului atacat, respectiv data de 01.05.2014, când documentația de atribuire a fost publicată în SEAP, pentru respectarea termenului de 10 zile, prevăzut la articolul menționat anterior (valoarea minimă estimată a contractului de servicii, ce urmează a fi încheiat, conform anunțului de participare, de 17.562.703 lei fără TVA, este mai mare decât pragul valoric indicat la art. 55 alin. (2) lit. b) din ordonanța de urgență), contestația trebuia înaintată, atât către Consiliu cât și către autoritatea contractantă, cel mai târziu, la data de ... Ori, contestatoarea a făcut dovada transmiterii către autoritatea contractantă a unei notificări, având nr. 988 din ... din conținutul căreia rezultă „intenția noastră de a sesiza Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu o contestație în acest sens, ...”, iar la solicitarea CNSC a transmis dovada comunicării unui exemplar al contestației către autoritatea contractantă la data de 14.05.2014, ora 13:45, deci în afara termenului legal de contestare mai sus precizat.

Pentru toate aceste motive, în temeiul alin. (1), (5) ale art. 278 din OUG nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, fără cercetarea altor excepții sau a fondului cauzei, Consiliul respinge contestația formulată de ... ca tardivă.

De asemenea, potrivit aceluiași prevederi ale art. 278 alin. (1) din OUG nr. 34/2006, modificată și completată, Consiliul va proceda și la soluționarea excepției de tardivitate, invocată din oficiu, și față de contestația formulată de către ... constatând tardivitatea ei.

Astfel, din verificarea dosarului cauzei, Consiliul constată că demersul acestei contestatoare (depunerea contestației) este tardiv, respectiv a depășit termenul aplicabil, prevăzut la art. 256² alin. (1) lit. a) din OUG nr. 34/2006.

Prealabil acestei aprecieri, Consiliul a reținut că autoritatea contractantă a transmis contestatoarei, la data de 20.05.2014, punctul său de vedere nr. 92/27962 din 20.05.2014, formulat „împotriva capătului de cerere privind tardivitatea contestației”

pus în discuția părților, față de care acestea nu a emis niciun fel de opinie.

Astfel, față de momentul luării la cunoștință a actului atacat, respectiv data de 01.05.2014, (cea a publicării în SEAP a documentației de atribuire), pentru respectarea termenului de 10 zile, prevăzut la articolul menționat mai sus, contestația trebuia înaintată, atât către Consiliu, cât și către autoritatea contractantă, cel mai târziu, la data de ... și nu la ... cum a procedat contestatoarea.

Pentru toate aceste motive, în temeiul alin. (1), (5) ale art. 278 din OUG nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, fără cercetarea altor excepții sau a fondului cauzei, Consiliul respinge contestația formulată de ... ca tardivă.

De asemenea, Consiliul reține că majoritatea criticilor aduse documentației de atribuire sunt comune celor trei contestatoare, respectiv ... și ... astfel încât acestea vor fi analizate conex de către Consiliu.

Preliminar analizei criticilor, Consiliul consideră nefondată solicitarea ... de studiere a dosarului cauzei, în condițiile în care informațiile de interes pentru aceasta puteau fi vizualizate în SEAP.

Referitor la criticile ... privind clauzele contractuale menționate în cadrul documentației de atribuire, Consiliul reține următoarele:

- critica privind „Art. 2.1. *„Titlurile secțiunilor și articolelor din aceste Condiții Generale nu vor fi luate în considerare ca parte a Contractului și nu vor fi luate în considerare în interpretarea Contractului”*, apare ca fiind neîntemeiată, în condițiile în care contestatoarea nu argumentează în ce măsură conținutul acestui articol încalcă prevederile legale în domeniu sau restricționează participarea operatorilor economici la procedura de atribuire în cauză. Faptul că autoritatea contractantă nu a optat de la bun început la „enunțarea clauzelor contractuale, fără a mai menționa titlurile secțiunilor și articolelor”, așa cum susține contestatoarea, nu determină caracterul restrictiv sau abuziv al prevederilor acestui articol din modelul de contract. Dimpotrivă, titlurile au menirea de a asigura doar rolul informativ sistematizat al contractului, al căror clauze se interpretează unele prin altele, în înțelesul dat de ansamblul contractului conform art. 1267 Cod Civil.

- analizând criticile ... și ... privind prevederile articolului 5. – *„Durata contractului de servicii, respectiv susținerile acestora referitoare la:*

▪ art. 5.2 *„Data intrării în vigoare a contractului este de 12 luni de la Data de începere a contractului”;*

▪ art. 5.3 modificat prin măsura de remediere nr. 1, astfel: *„Data de începere a contractului de servicii va fi notificată de către*

Beneficiar după data intrării în vigoare a contractului, dar nu mai târziu de 5 zile lucrătoare de la data intrării în vigoare a contractului, sub condiția îndeplinirii integrale și în mod cumulativ a cerințelor prevăzute la art. 5.2 din Contractul de servicii. Până la data specificată în Notificarea Beneficiarului, Prestatorul va fi mobilizat atât din punct de vedere al personalului cât și din punct de vedere al echipamentelor/ utilajelor necesare desfășurării activității. Data de începere din notificare nu poate depăși 4 luni de la emiterea notificării. Beneficiarul este exonerat de orice costuri suplimentare pentru această perioadă”;

▪ art. 5.5 „Perioada de valabilitate a contractului se va încheia la epuizarea convențională sau legală a oricărui efect pe care îl produce”, acestea apar ca fiind întemeiate. Având în vedere și că autoritatea contractantă a publicat în SEAP la data de 03.06.2014 măsuri de remediere privind conținutul art. 5.3 din modelul de contract, în sensul precizării unor termene (maxim 5 zile/4 luni) de emitere a notificării și de mobilizare, dar și că ... consideră că și acestea nu pot fi considerate remedieri, Consiliul face analiza lor.

Astfel, deși termenul de predare a Studiului de fezabilitate final, impus de autoritatea contractantă este de 4 luni, ceea ce presupune că este interesată de o livrare în termen scurt, în schimb își rezervă, în mod nejustificat, alegerea de a acorda un termen de mobilizare de valoare concurentă.

Consiliul consideră că aceste condiții de derulare a viitorului contract, impuse prin documentația de atribuire sunt excesive, prin disproporția lor, motiv pentru care se impune ca autoritatea contractantă să indice un interval mai scurt în care să se încadreze cele două termene.

Astfel, păstrând termenul de maxim 5 zile pentru notificare, Consiliul obligă autoritatea contractantă la înlocuirea termenului de 4 luni (din măsura de remediere nr. 1) cu unul de maxim 1 lună, necesar mobilizării, dar nu mai scurt de 5 zile de la notificare.

- în ceea ce privește critica ... referitoare la conținutul art. 5.5, având în vedere caracterul ambiguu al respectivei prevederi contractuale, care nu asigură niciun fel de repere privind perioada de valabilitate a contractului ce urmează a fi atribuit, aceasta va fi eliminată, în forma în care a fost redactată.

- referitor la critica ... privind conținutul art. 8.2 respectiv, faptul că termenul de 30 zile (1 lună) ce și l-a acordat autoritatea contractantă pentru aprobarea/respingerea unui subcontractant este disproporționat, în condițiile în care termenul de elaborare și transmitere a Studiului de Fezabilitate Final este de 4 luni, Consiliul ia act că aceasta a publicat în SEAP la data de 03.06.2014, măsuri de remediere în sensul reducerii la 10 zile

acestui și cu motivarea deciziei de respingere, așa cum a fost solicitat de către contestatoare. Consiliul constată că această critică a rămas fără obiect, inclusiv din punctul de vedere nr. MOC/14/VI/05 din 05.06.2014 al contestatoarei, motiv pentru care o va respinge.

- criticile contestatoarelor ... și ... privind articolul 8 - *Subcontractarea*, cu următoarele sub-clauze: 8.8., 8.10., respectiv susținerile acestora referitoare la:

▪ art. 8.8. *„Serviciile încredințate unui subcontractant de către Prestator nu pot fi încredințate unor terțe părți de către subcontractant”*;

▪ art. 8.10. *„Orice schimbare a subcontractantului fără aprobarea prealabilă în scris a Beneficiarului sau orice încredințare a serviciilor de către subcontractant către terțe părți ca fi considerată o încălcare a contractului de servicii, situație care îndreptățește Beneficiarul la obținerea de despăgubiri din partea Prestatorului în cuantum de 20 % din suma alocată pentru serviciile subcontractate”*, apar ca fiind neîntemeiate, având în vedere că, potrivit art. 171 din OUG nr. 34/2006: *„Oferta are caracter obligatoriu, din punctul de vedere al conținutului, pe toată perioada de valabilitate stabilită de către autoritatea contractantă”*. În aceste condiții, este evident că, odată încheiat contractul cu ofertantul declarat câștigător, acesta are obligația de a respecta conținutul ofertei pe care a prezentat-o, în speță identitatea subcontractanților nominalizați în cadrul ofertei nu va putea fi modificată decât cu acceptul beneficiarului, conform art. 96 din HG nr. 925/2006. În niciun caz subcontractantul nominalizat în oferta declarată câștigătoare, nu va putea ceda serviciile unor terți care, în momentul depunerii ofertei, nu erau cunoscuți, aceasta conducând la o modificare a conținutului ofertei în baza căreia a fost atribuit contractul de servicii în cauză, obligațiile rămânând în sarcina părților neputând fi cesionate, conform art. 204¹ din OUG nr. 34/2006. Prin urmare, Consiliul respinge criticile.

În mod implicit Consiliul consideră neîntemeiate și criticile ... împotriva conținutului art. 8.14 din contract, acesta respectând dispozițiile amintitului HG nr. 925/2006.

- în ceea ce privește criticile contestatoarelor referitoare la conținutul art. 8.11, art. 8.12, 27.8 (1), 33.2, 39.3, având în vedere că, prin măsurile de remediere publicate în SEAP la data de 03.06.2014, autoritatea contractantă a achiesat la solicitările de eliminare a respectivelor prevederi contractuale, acestea vor fi respinse ca rămase fără obiect.

▪ referitor la critica ... privind prevederile art. 8.13 din modelul de contract, așa cum a fost modificat prin măsurile de remediere publicate în SEAP la data de 03.06.2014, respectiv: *„În situația în*

care este necesară înlocuirea unui subcontractant, Prestatorul are obligația de a nu încheia un nou contract de subcontractare cu niciunul/oricare dintre ofertanții declarați necâștigători în cadrul procedurii de atribuire a prezentului contract de servicii, întrucât nerespectarea acestei obligații este considerată indicator de fraudă potrivit prevederilor OUG nr. 66/2011 cu modificările și completările ulterioare”, Consiliul o consideră neîntemeiată.

Astfel, prevederea contractuală criticată este în concordanță cu prevederile art. 46 alin. (1) din OUG nr. 34/2006, potrivit căreia, interdicția participării cu ofertă în cadrul procedurii de atribuire se referă, doar la : „b) ... și să fie nominalizat ca subcontractant în cadrul unei alte oferte, sub sancțiunea excluderii ofertei individuale sau, după caz, a celei în care este ofertant asociat” și „c) și să fie nominalizat ca terț susținător în cadrul unei alte oferte, sub sancțiunea excluderii ofertei individuale sau, după caz, a celei în care este ofertant asociat”. În sensul celor de mai sus, se menține art. 8.13 din modelul de contract, așa cum a fost ea publicată în SEAP la data de 03.06.2014, de către autoritatea contractantă.

- în referire la criticile contestatoarelor împotriva prevederilor contractuale privind aplicarea penalităților, respectiv susținerea că acestea sunt disproporționate, între cele două părți contractante, (prestator și beneficiar), în speță cele de la art. 27.13, art. 12.5, art. 13.2, art. 14.2, art. 16.4, art. 18.4, art. 19.3, art. 19.5, art. 30.9, art. 34.3, art. 27.9, Consiliul le consideră ca fiind întemeiate. Astfel, pe de o parte, Consiliul constată că autoritatea contractantă nu poate diminua drepturile salariale (prin penalitate) alocate unor experți (în caz de înlocuire a lor, sau al mobilizării cu întârziere), ci are posibilitatea de a plăti decât perioada efectiv lucrată de către aceștia (pe baza pontajelor aferente).

În consecință, clauzele de penalitate de la alineatele (2) și (3) ale art. 18.4 și cele de la art. 19.3 și 19.5, ale contractului de servicii ce urmează a fi atribuit se impun a fi eliminate.

În mod implicit, tezele finale de la alin. (5) al art. 18.4 și art. 19.6 din modelul de contract vor fi eliminate, fiind evidentă lipsa obligației de plată pentru perioada absenței unui expert.

Mai mult, stabilirea „prețului contractului”, ca bază de calcul a majorității penalităților aplicate, așa cum rezultă din prevederile contractuale anterior citate, reprezintă o încălcare a dispozițiilor Legii nr. 72/2013, potrivit căroră, penalitățile pot fi aplicate doar obligațiilor rămase neexecutate din contract.

Referitor la critica aparținând ... privind penalitatea prevăzută la art. 13.2, aplicată ca urmare a unui posibil conflict de interese al personalului utilizat în cadrul contractului, Consiliul apreciază că aceasta este întemeiată, raportat la condițiile imprevizibile asociate apariției conflictului de interese ca urmare a schimbării

personalului autorității contractante, sau al prestatorului, aspect neprevăzut în conținutul articolului analizat.

Ori, clauza de penalitate ar putea interveni doar în cazul refuzului/întârzierii nejustificate de luare a măsurii de înlăturare a conflictului de interese, prin înlocuirea persoanei în cauză.

Prin urmare, autoritatea contractantă va avea la dispoziție posibilitatea de a renunța la clauza de penalitate, așa cum este formulată în prezent sau de a păstra penalitatea, dar raportată la momentul semnalării conflictului de interese, nu la schimbarea personalului, ca măsură de înlăturare a acestuia.

- critica ... împotriva prevederilor art. 16.1. referitoare la: „... *Studiul de Fezabilitate și orice rapoarte și date precum: hărți, diagrame, schite, instrucțiuni, planuri, statistici, calcule, baze de date, software și înregistrări justificative ori materiale achiziționate, compilate ori elaborate de către Prestator, [...] vor deveni proprietatea exclusivă a Beneficiarului, pe măsură ce sunt produse*”, apare ca fiind întemeiată. Astfel, prevederea contractuală privind transferul dreptului de proprietate asupra *Studiului de Fezabilitate final și a oricăror rapoarte și date, „... pe măsură ce sunt produse*”, fără ca acestea să fie anterior plătite, este abuzivă, nefiind susținută de niciun argument legal din partea autorității contractante, aceasta urmând a fi înlocuită cu prevederea: „... *după plata serviciilor prestate pentru elaborarea respectivelor documente*”. În caz contrar, s-ar presupune că o astfel de obligație nu ar avea caracterul unei clauze dintr-un contract sinalagmatic și oneros, ci unul unilateral, conform art. 1171 și 1172 din Codul civil. Ori, conform prevederilor art. 3 lit. f) din OUG nr. 34/2006, contractul de achiziție publică are caracterul unei înțelegeri (cu titlu oneros).

- în ceea ce privește critica ... referitoare la faptul că la art. 18.1. este prevăzut: „... Beneficiarul are dreptul să respingă personalul ales de către Prestator”, fără ca acesta din urmă să își justifice decizia, precum și fără a fi prevăzut un termen în cadrul căruia autoritatea contractantă ar avea dreptul să transmită această decizie, Consiliul consideră că este întemeiată.

Tocmai pentru a se susține nevoia, reclamată de autoritatea contractantă, a derulării viitoarelor servicii într-o perioadă scurtă, precum și pentru a preîntâmpina sincope în derularea lor, datorate lipsei de diligență a beneficiarului, se impune stabilirea unor condiții explicite de emitere a unui astfel de refuz.

Pentru înlăturarea oricărei decizii arbitrare, Consiliul consideră necesar ca autoritatea contractantă să motiveze decizia sa de respingere a personalului propus de prestator și să nu întârzie adoptarea deciziei în cauză, care să nască premisele unei încălcări a obligațiilor contractuale asumate, în mod artificial.

Astfel, se impune ca autoritatea contractantă, în calitate sa de beneficiar al serviciilor ce urmează a fi prestate în cadrul contractului, să stabilească clar termenul în care va trebui să notifice Prestatorul despre respingerea personalului ales pentru implementarea contractului de servicii, respectiv „... în 3 zile lucrătoare de la data luării la cunoștință despre acesta, cu motivarea acestei decizii”.

- criticile ... împotriva conținutului pretins disproporționat al clauzelor de la art. 19.5, 19.8 și 19.10 din modelul de contract, inclusiv după măsurile de remediere publicate în SEAP la data de 03.06.2014 de către autoritatea contractantă sunt considerate de Consiliu întemeiate, în parte.

Pe lângă eliminarea clauzelor de penalitate aferente, analizate implicit, odată cu criticile aduse conținutului art. 18.4, Consiliul consideră că, în mod corelativ obligației de justificare a respingerii personalului, este necesară prezentarea acestei justificări în 3 zile (nu în 10 zile, cum s-a indicat în măsura de remediere nr. 7), termen suficient autorității contractante pentru adoptarea unei astfel de decizii. La stabilirea acestui termen, Consiliul a avut în vedere proporția măsurii similare față de un subcontractant, stabilită la art. 8.2 din modelul de contract.

Consiliul consideră, în același timp, că autoritatea contractantă nu a inclus, prin clauza de la art. 19.10 o măsură sancționatorie dublă. În fapt, referirile la prevederile art. 292 din Codul penal nu au decât valoare informativă, părțile neputând deroga prin înțelegere comună, de la legea penală. Astfel că, aceasta din urmă Clauză contractuală nu poate fi considerată excesivă sau disproporționată.

- văzând criticile ... și ... privind conținutul art. 21.2 dar și măsura de remediere respectivă publicată în SEAP la data de 03.06.2014, prin care autoritatea contractantă a achiesat la solicitările de eliminare a prevederii: „Beneficiarul va avea dreptul să se opună deciziei Prestatorului cu privire la contul bancar”, Consiliul constată că obiectul acestei dispute a rămas fără obiect.

- văzând criticile aduse de ... și ... clauzei contractuale de la art. 26.2, modificată de autoritatea contractantă prin măsura de remediere nr. 9 publicată în SEAP la data de 03.06.2014, Consiliul constată că odată cu acceptarea de către prima contestatoare a măsurii de remediere, rămâne în dispută solicitarea celei de a doua contestatoare de obligare a autorității contractante la o acceptare tacită a documentelor transmise, după trecerea termenului de notificare (20 zile), dar și emiterea unui răspuns, sub sancțiunea unei penalități.

Întrucât autoritatea contractantă a stabilit un termen de emiteră a notificării sale (indiferent dacă acesta conține un accept sau un refuz) este implicit că neemiterea ei echivalează cu o acceptare. În

consecință, Consiliul consideră că se impune completarea clauzei, așa cum a fost conținută de măsura de remediere nr. 9, că, în cazul lipsei notificării în termen se consideră că rapoartele sau documentele sunt aprobate de beneficiar (concordant cu solicitarea ...). În același timp, Consiliul consideră neîntemeiate solicitările aceleiași contestatoare de obligare a autorității contractante la emiterea unui răspuns în 3 zile de la solicitarea prestatorului și la plata unei penalități corelative depășirii termenului acesta.

Prin acceptarea tacită a documentelor ori rapoartelor, datorată trecerii termenului de 20 zile de la emiterea acestora, este certă starea de consens dintre părți, respectiv, făcând de prisos o nouă corespondență între acestea (așa cum propune contestatoarea).

- referitor la critica ... privind conținutul pretins ambiguu al art. 27.1 din modelul de contract, respectiv pct. 4 din tabel în referire la faptul că „Plata finală” se face pe baza „îndeplinirii tuturor activităților menționate în Anexa I – Caietul de sarcini și a Raportului Financiar final”, Consiliul consideră că este neîntemeiată.

- Astfel, este de reținut că referirea la „îndeplinirea tuturor activităților menționate în Anexa I – Caietul de sarcini și a Raportului Financiar final” este, aparent, generală, însă nu trebuie neglijat faptul că obiectul achiziției conține, pe lângă elaborarea Studiului de fezabilitate și prestarea de servicii pentru asistență în susținerea aplicației de finanțare, dar și pregătirea documentației de atribuire a contractului de proiectare și execuție a lucrărilor de construire autostradă. Ori, aceste servicii sunt detaliat prezentate în Anexa nr. 1 a modelului de contract (caietul de sarcini, pag. 12 și următoarele), așa cum este definită structura lui, la art. 3.

În consecință, nu se impune completarea informațiilor pretinse de contestatoarea ... privitor la conținutul art. 27.1 din modelul de contract.

- în ceea ce privește criticile ... și ... împotriva conținutului art. 27.9, acestea apar ca fiind întemeiate. Astfel, Consiliul constată că, în susținerea acestor critici, contestatoarele fac referire la încălcarea prevederilor art. 12 din Legea nr. 72/2013 ce sancționează clauzele contractuale inechitabile, privitor la daune interese și penalități (... Prestatorul poate să pretindă o dobândă penalizatoare la nivelul ratei dobânzii de referință aplicate de BNR, plus 8 puncte procentuale), conform alin. (2¹) din același articol din OG nr. 13/2011.

Deși, aparent, autoritatea contractantă a indicat o posibilitate de dezdăunare a prestatorului în cazul neplății la timp din partea beneficiarului (...), la nivelul minim impus prin art. 3 alin. (2¹) din OG nr. 13/2011, acest nivel nu este echilibrat față de nivelul

contractual al penalităților ce ar putea fi imputate prestatorului (0,1 %/zi întârziere).

Prin urmare, clauzele ce conțin aceste niveluri diferite de răspundere pentru daunele procurate părții, prin întârzierea prestațiilor celeilalte părți, sunt inechitabile.

În consecință, Consiliul consideră necesară modificarea nivelului dobânzii penalizatoare de la art. 27.9 la nivelul penalităților de întârziere ce ar putea fi imputate prestatorului. O alternativă acceptabilă ar fi, de asemenea, stabilirea nivelului penalităților la nivelul actual indicat al dobânzii penalizatoare de la art. 27.9 din modelul de contract.

Oricare dintre cele două posibile măsuri ar fi adoptată, Consiliul o consideră concordantă chiar și cu conținutul clauzei de la art. 27.13 a modelului de contract, ce amintește nevoia respectării Legii nr. 72/2013 și a OG nr. 13/2011.

- referitor la critica ... privind conținutul art. 27.14 lit. b) din modelul de contract, Consiliul apreciază că aceasta este întemeiată. Astfel, este de reținut că, așa cum este formulată prevederea contractuală în discuție, și anume: „Beneficiarul poate suspenda, total sau parțial, plățile datorate Prestatorului în baza Contractului de servicii, prin intermediul unei notificări scrise adresate Prestatorului: ... b) orice altă împrejurare pentru care Prestatorul răspunde în baza Contractului de servicii și care în opinia Beneficiarului, interferează sau amenință să interfereze cu finalizarea cu succes a Proiectului sau Contractului de servicii”, aceasta este abuzivă prin însăși conținutul ei. Expresia „orice altă împrejurare”, dă loc la interpretări în ceea ce privește motivele de suspendare impuse de către beneficiar, conform „opinie” sale. Având în vedere aspectele mai sus reținute, Consiliul apreciază că se impune eliminarea prevederilor de la lit. b) din cadrul art. 27.14 din modelul de contract.

- referitor la critica privind caracterul incomplet al textului art.4: *„Comisioanele bancare rezultate din restituirea sumelor datorate Beneficiarului vor fi suportate în întregime de Prestator”*, formulată de ... aceasta apare ca fiind neîntemeiată. Astfel, este de reținut că, așa cum este actualmente exprimată această clauză contractuală, fără a se face distincție între cauzele care ar determina *„restituirea sumelor datorate Beneficiarului”*, nu ar putea fi interpretată decât în legătură cu o culpă aparținând prestatorului.

Întrucât clauzele contractuale se interpretează unele prin celelalte, este evident că în situația dată doar sumele față de care beneficiarul nu are nicio culpă în decontare pot fi restituite prin imputarea chiar și a comisiunilor. În cazul culpei beneficiarului în plata sumelor, aceste comisioane de restituire a lor de către prestator nu i-ar putea fi imputate celui din urmă.

În consecință, clauza contractuală în discuție, de la art. ... ar trebui completată cu mențiunea: „dacă vina pentru plata sumelor necuvenite aparține acestuia”, pentru înlăturarea caracterului echivoc al ei.

- în ceea ce privește critica ... referitoare la prevederile art. 29.5 respectiv, *„Scrisoarea de garanție de bună execuție trebuie să nu fie condiționată de emiterea unei polițe de asigurare care să fie opozabilă Beneficiarului prin alte documente, respectiv Condiții generale de asigurare, Condiții speciale de asigurare, Clauza de garantare etc.*

În situația în care scrisoarea de garanție de bună execuție este emisă de către o societate de asigurări, aceasta va trebui prezentată Beneficiarului însoțită de o adresă din partea Societății de Asigurări prin care aceasta confirmă faptul că, scrisoarea de garanție este valabilă și în vigoare indiferent de prevederile unei polițe de asigurare și că angajamentul societății de asigurare față de Beneficiar va fi exclusiv în baza scrisorii de garanție de bună execuție emisă”, aceasta apare ca fiind întemeiată în parte.

Din forma actuală a clauzei contractuale, rezultă că, în concordanță cu dispozițiile art. 90 alin. (1) din HG nr. 925/2006, autoritatea contractantă acceptă ca și instrument de constituire a garanției de bună execuție, o poliță de asigurare.

Cu toate acestea, autoritatea contractantă condiționează acceptarea acestei forme de garantare de emiterea de către asigurător a unei adrese care confirmă că, indiferent de prevederile poliței, angajamentul de plată față de ea se menține conform scrisorii de garanție de bună execuție. Ori, întrucât chiar prin textul de bază al clauzei contractuale s-a indicat necesitatea obiectivă ca polița de asigurare (acceptată ca instrument de garantare) să nu fie dublată de existența unor clauze suspensive ori exoneratorii, incluse în condițiile generale sau speciale de asigurare, Consiliul consideră că paragraful ultim al clauzei, mai puțin dreptul de a nu accepta scrisoarea de garanție, nu are o justificare legală.

În consecință, Consiliul consideră necesar a se elimina textul respectiv, începând de la sintagma „În situația în care ...”, până la finalul frazei.

- În ceea ce privește susținerile contestatoarelor ... și ... că termenul de prestare a serviciilor este disproporționat, raportat la complexitatea proiectului, acestea sunt considerate de Consiliu ca fiind întemeiate, având în vedere că, potrivit caietului de sarcini - Anexa I la contractul de servicii, cap. 8.1. Cerințe de Raportare, pct. 3 și 4, „Studiul de Fezabilitate Preliminar” va fi înaintat autorității contractante în termen de 3 luni de la începere, iar „Studiul de Fezabilitate Final” - în termen de 4 luni de la începere, precum și durata totală a contractului, de 12 luni.

Analizând conținutul documentației de atribuire, respectiv obiectul principal al serviciilor ce pot fi prestate, este cât se poate de evident că aceste termene sunt insuficiente pentru elaborarea Studiului de fezabilitate de complexitatea și funcționalitatea impusă prin caietul de sarcini la cap. 8.1. pct. 4, respectiv: *„Studiul de Fezabilitate final care va include toate observațiile Beneficiarului, agenției Jaspers, AMPOST altor autorități implicate în procesul de aprobare și avizare, Raportului de Audit de Siguranță Rutieră, Rezultatul consultațiilor publice, a părților terțe și a autorităților de mediu, inclusiv detalii complete pentru toate schimbările aduse la Proiect, Avizele, Acordurile, Permisele și alte aprobări obținute se vor preda pe măsură ce se emit, cu predarea unui volum complet împreună cu Acordul de Mediu și cu documentațiile procedurii de mediu care au stat la baza emiterii Acordului de mediu, în termenul contractual”*. Mai mult, faptul că în termen de 4 luni trebuie efectuate toate investigațiile de teren (geotehnice, topografice, arheologice, etc.), să fie identificați toți proprietarii, să fie efectuate consultații publice, să fie elaborate proiecte pentru două variante de traseu, să fie obținute și incluse în proiect observațiile JASPERS, AM POST și ale autorităților de mediu, iar procedura de obținere a Acordului de mediu conform Ordinului nr. 135/2010 pentru aprobarea Metodologiei de aplicare a evaluării impactului asupra mediului pentru proiecte publice și private, poate dura între 1 lună și 4 luni, impunerea acestui termen de 4 luni pentru depunerea „Studiului de Fezabilitate Final”, apare ca fiind abuzivă.

Mai mult, trebuie avut în vedere că durata contractului de servicii ce urmează a fi atribuit este de 12 luni de la data de începere a contractului, iar obiectul contractului mai cuprinde pe lângă „1. Elaborarea studiului de fezabilitate ...” și: „2. Pregătirea documentației necesare în vederea transmiterii aplicației de finanțare din Fonduri Structurale pentru «Autostrada Buzău - Focșani»; 3. Pregătirea documentației de atribuire pentru contracte de lucrări pentru «Autostrada Buzău - Focșani», precum asigurarea asistenței Beneficiarului pe durata procedurii de achiziție publică (clarificările solicitate de potențiali ofertanți, participarea în comisii de evaluare în calitate de experți cooptați în conformitate cu prevederile art. 73 din HG 925/2006 cu modificările și completările ulterioare)”.

Ori, stabilirea unui termen de 8 luni pentru realizarea celorlalte două tipuri de servicii (de la pct. 2 și 3 din obiectul contractului) apare ca fiind excesivă, în condițiile în care acestea se vor realiza pe baza datelor și informațiilor cuprinse în Studiul de fezabilitate final, pentru care, în mod eronat, a fost stabilit un termen de realizare de doar 4 luni.

Apare ca fiind disproporționat împărțirea timpului de desfășurare a celor 3 componente majore ale obiectului achiziției, la 4 luni fiecare, deși o parte dintre acestea (din cele două componente după studiul de fezabilitate), au la bază informații ce depind de conținutul studiului de fezabilitate, iar derularea lor ar putea fi realizată (cel puțin parțial) în mod concomitent.

Mai mult, văzând termenul de acceptare a documentelor emise de prestator, pe care și l-a rezervat chiar autoritatea contractantă (conform clauzei contractuale de la art. 26.2), necesar analizei conținutului acestora, este evident că, implicit, durata de întocmire a lor trebuie să țină seama de complexitatea prestațiilor și a informațiilor rezultând din acestea.

De altfel, având în vedere că autoritatea contractantă dorește ca prestatorul să obțină pentru ea orice autorizații necesare derulării viitoarelor lucrări, Consiliul consideră că, în fapt, nici durata totală a contractului (12 luni) nu este corelată cu perioada prestațiilor succesive ce revin părților.

Astfel, se impune ca atât termenul de predare a „Studiului de Fezabilitate Preliminar”, cât și cel de predare a „Studiului de Fezabilitate Final” să fie prelungit cu o perioadă de timp rezonabilă, de cel puțin 2 luni, proporțional cu activitățile pe care le implică elaborarea acestor documente. Totodată, pentru corelarea obiectului contractului cu durata acestuia, autoritatea contractantă ar trebui să prevadă și un nou termen de realizare a acestuia.

- în ceea ce privește criticile ... referitoare la prevederi ale caietului de sarcini, de la pct. 4.1.3.8 „Autorizații, avize și acorduri” – pag. 50, respectiv *„Prestatorul este responsabil de a menține în termenele de valabilitate, orice aviz, acord, permis, și orice aprobare și/sau autorizație până la semnarea contractului de execuție lucrări”*, Consiliul le consideră ca întemeiate.

Având în vedere măsurile de remediere publicate în SEAP la data de 03.06.2014, prin care autoritatea contractantă a modificat paragraful în discuție, astfel: „Prestatorul are obligația obținerii în numele beneficiarului a avizelor, acordurilor, permiselor, aprobărilor și/sau autorizațiilor în condițiile prevederilor Legii 50/1991 cu modificările și completările ulterioare, coroborate cu art. 26 cap. 6 din Legea 255/2010 (care prevede următoarele: «Certificatele de urbanism, avizele, acordurile, permisele sau autorizațiile sunt valabile până la finalizarea executării lucrărilor pentru care au fost eliberate, respectiv până la eliberarea procesului-verbal de recepție finală a lucrărilor»)”, Consiliul constată prin această nouă exprimare a condiției, că autoritatea contractantă a impus explicit doar obligația obținerii în numele beneficiarului a acestora. Cu toate acestea, referirile la valabilitatea acestora „până la finalizarea executării lucrărilor

pentru care au fost eliberate, ..." rezultând din prevederile art. 26 din Legea nr. 255/2010, par a determina o nouă obligație, neexplicită, în sarcina prestatorului, de a obține autorizații cu o valabilitate egală cu cea indicată în măsura de remediere nr. 22.

Ori, această precizare din finalul măsurii de remediere, neavând caracter explicit, așa cum impun dispozițiile art. 33 alin. (1) din OUG nr. 34/2006, ar trebui eliminată de autoritatea contractantă.

Prevederile art. 26 din Legea nr. 255/2010 sunt opozabile autorităților competente să emită certificatele de urbanism, avizele și acordurile ori permisele sau autorizațiile legate de activitățile de expropriere pentru cauze de utilitate publică, necesare realizării unor obiective de interes național, nu ofertanților.

Prin urmare, acestea nu trebuie să facă parte din conținutul documentației de atribuire, textul caietului de sarcini de la punctul 4.1.3.8 urmând a fi modificat, prin excluderea textului din paranteză din conținutul măsurii de remediere nr. 22.

- Referitor la critica ... privind condiția stabilită în anunțul de participare și fișa de date a achiziției potrivit căreia ofertantul trebuie să demonstreze că, la momentul semnării Contractului „*va avea acces la, sau are disponibile resurse reale, negrevate de datorii, linii de credit confirmate de societăți bancare/societăți finanțatoare/instituții finanțatoare în valoare de minim 2.660.000 lei, sau echivalent, sumă suficientă pentru a realiza cash-flowul de realizare a Contractului pentru o perioadă de 2 luni*”, aceasta apare ca fiind întemeiată. Astfel, Consiliul reține că, în condițiile în care termenul de prestare a serviciilor din cuprinsul contractului ce urmează a fi atribuit, este de 12 luni, conform art. 27 alin. (1) din modelul de contract, se va face o plată în avans reprezentând 15 % din prețul contractului, iar pe baza acceptării de către beneficiar a studiilor geotehnic, de evaluare a impactului asupra mediului și de arheologie, însoțite de rapoartele financiare aprobate aferente fiecărui studiu, se vor face plăți intermediare în procent de 45 % din prețul contractului. Având în vedere aceste aspecte solicitarea asigurării de către prestator a sumei de minim 2.660.000 lei, pentru cash-flowul de realizare a Contractului pentru o perioadă de 2 luni, apare ca fiind excesivă. Mai mult, nicăieri în cuprinsul legislației în vigoare în materia achizițiilor publice, nu se face referire la obligativitatea asigurării cash – flow-ului de către prestator în cazul unui contract de prestări de servicii, spre deosebire de contractele de lucrări, care, în unele situații (durata mare) admit un astfel de instrument de lucru.

- referitor la critica ... privind conținutul pretins cauzator de abuzuri din partea autorității contractante, al art. 12.2: „*Când Prestatorul sau personalul, experții, agenții sau subordonații săi se oferă să dea, ori sunt de acord să ofere ori să dea, sau dau oricărei persoane, mită, bunuri în dar, facilități ori comisioane ...*

Beneficiarul poate decide încetarea Contractului de Servicii conform Articolul 36, fără a aduce atingere niciunui drept anterior dobândit de Prestator în baza Contractului de Servicii”, Consiliul o consideră neîntemeiată. Astfel, Consiliul are în vedere că, în situațiile menționate în cuprinsul articolului criticat nu este necesară existența unei hotărâri judecătorești definitiv, întrucât nu se face referire la o infracțiune legată de aceste conduite.

Totodată, este clar menționat faptul că încetarea contractului de servicii se poate realiza *„fără a aduce atingere niciunui drept anterior dobândit de Prestator în baza Contractului de Servicii”,* respectiv că acesta din urmă nu va fi prejudiciat, nefiindu-i uzurpate obligațiile și drepturile anterioare.

În fapt, beneficiarul și-a rezervat doar dreptul de a lua măsurile necesare împiedicării unor conduite ce ar putea afecta nu doar condițiile de competitivitate, ci chiar relațiile sociale apărute de legea penală.

Astfel, clauza contractuală de la art. 12.2 nu poate fi interpretată în sensul excesiv invocat de către contestatoare, întrucât interesul beneficiarului (autoritatea contractantă) este acela de derulare a contractului și nu de suspendare abuzivă a lui.

Pentru același raționament, criticile contestatoarelor ... și ... împotriva conținutului art. 31.1: *„În cazul în care procedura de acordare sau executare a Contractului de Servicii este viciată de erori substanțiale, nereguli sau de fraudă, Beneficiarul va suspenda executarea Contractului de Servicii,* sunt considerate neîntemeiate.

- în ceea ce privește critica ... împotriva conținutului art. 19.9: *„În situația în care se constată, ulterior semnării contractului, că personalul propus de către Prestator în vederea îndeplinirii obligațiilor contractuale potrivit prezentului contract, este implicat în cadrul altor proiecte ale Beneficiarului atunci acesta are obligația de a lua măsurile necesare în vederea înlocuirii acestuia ...”,* Consiliul constată că aceasta este întemeiată. Astfel, în speță trebuie avut în vedere și răspunsul 14 din Clarificarea nr. 2 la documentația de atribuire, publicată în SEAP, la data de 03.06.2014, în care se precizează că *„... se acceptă ca aceiași experți să fie propuși în mai multe proceduri de atribuire”,* chiar dacă această clarificare a fost adusă pentru cerințe de calificare, în speță fiind vorba despre personalul/experti propuși. Mai mult, susținerea autorității contractante privind încălcarea unor prevederi ale Codului muncii prin implicarea simultană a anumitor experți în cadrul mai multor contracte, nu este relevantă în speță, deoarece acestea se aplică *„Pentru salariații angajați cu normă întreagă ...”.* Ori, în cazul prezentului contract, nu este precizată această obligație, context în care se impune eliminarea prevederilor contractuale corespunzătoare art. 19.9, cu atât mai

mult cu cât formularea acestora este ambiguă, contrar dispozițiilor art. 33 alin. (1) din OUG nr. 34/2006, sub aspectul aparent că autoritatea contractantă ar putea avea dreptul de a schimba (chiar ea) personalul Prestatorului.

- referitor la criticile contestatoarelor ... și ... privind conținutul art. 31.2: *În cazul în care asemenea erori substanțiale, neregularități sau fraude sunt imputabile Prestatorului, Beneficiarul poate suplimentar suspendării să refuze efectuarea plăților sau poate proceda la recuperarea sumelor deja plătite proporțional cu gravitatea viciilor, neregularității sau fraudei (...)*", Consiliul consideră că acestea apar ca neîntemeiate. Astfel, având în vedere că sursa de finanțare a contractului de servicii ce urmează a fi atribuit o reprezintă fonduri externe nerambursabile, în speță sunt aplicabile prevederile art. 8 alin. (2) lit. b), art. 9, art. 20, art. 27 și art. 30 din OUG nr. 66/2011 privind prevenirea, constatarea și sancționarea neregulilor apărute în obținerea și utilizarea fondurilor europene și/sau a fondurilor publice naționale aferente acestora, care printre altele menționează că: *„În cazul în care, ca urmare a sesizării menționate la alin. (1), organul de urmărire penală transmite cazul spre soluționare instanțelor de judecată, autoritatea cu competențe în gestionarea fondurilor europene are obligația luării următoarelor măsuri până la pronunțarea deciziei definitive a instanței privind caracterul penal sau nepenal al faptei încriminate: ... b) pentru beneficiarii publici suspendă plata/rambursarea tuturor sumelor solicitate de beneficiar aferente contractului economic pentru care a fost formulată sesizarea”*.

În fond, clauza în sine conservă, formal, un drept al autorității contractante de a solicita și de a obține restituirea unor sume avansate cu titlu de plăți, dar care ar sta la baza unei îmbogățiri fără justă cauză a prestatorului.

- în ceea ce privește criticile celor trei contestatoare referitoare la conținutul art. 31.3, Consiliul reține că, prin măsurile de remediere publicate în SEAP la data de 03.06.2014, autoritatea contractantă a completat prevederea contractuală, cu mențiunea „cu excepția plăților aferente serviciilor prestate anterior suspendării”, astfel încât acestea au rămas parțial, fără obiect, respectiv cele împotriva unui pretins refuz de plată a serviciilor prestate anterior suspendării.

Cât privește imposibilitatea prestatorului de a solicita eventuale costuri legate de menținerea personalului și a echipamentelor mobilizate pe durata suspendării contractului („orice costuri suplimentare”), Consiliul consideră că interpretarea dată textului clauzei de la art. 31.4 de către contestatoare este eronată.

Suspendarea contractului duce la suspendarea oricăror prestații reciproce, prin lipsa unor precizări contrare.

Astfel, suspendarea obligațiilor beneficiarului va conduce și la suspendarea celor ce incumbă prestatorului, acesta neputând fi obligat la menținerea mobilizării pentru personalul implicat și echipamentele necesare, pe perioada în cauză.

- în ceea ce privește critica ... referitoare la conținutul art. 31.5, Consiliul reține că prin măsurile de remediere publicate în SEAP la data de 03.06.2014, autoritatea contractantă a înlocuit sintagma „Beneficiarul”, cu cea privind „Părțile”, astfel încât critica în discuție apare ca rămasă fără obiect.

- referitor la critica ... privind conținutul art. 31.6 din modelul de contract, Consiliul consideră că apare ca neîntemeiată. Astfel, trebuie avut în vedere că, în speță, autoritatea contractantă, în calitate de beneficiar al serviciilor, este și ordonator de credite obligat să respecte dispozițiile Legii nr. 356/2013 a bugetului de stat pe anul 2014, respectiv ale art. 36 din actul normativ citat, care îi interzice „recepționarea de servicii... peste valoarea maximă calculată și notificată conform alin. (1)”, în condițiile în care, potrivit alin. (1) „... ordonatorii de credite au obligația de a notifica prestatorilor, ... valoarea maximă în limita căreia se pot, ... presta servicii, ...”.

- în ceea ce privește criticile ... legate de conținutul art. 35.6 din modelul de contract, Consiliul le consideră întemeiate. Astfel, este de reținut că, așa cum a fost formulată prevederea contractuală, nu rezultă legătura dintre aceasta și obiectul contractului de prestări servicii. Mai mult exprimarea referitoare la „orice prejudiciu care este descoperit după finalizarea contractului de servicii, ...” este ambiguă, nefiind stabilită nici perioada limită până la care poate exista o astfel de obligație. În acest sens, se impune eliminarea integrală a prevederilor articolului în discuție, pentru respectarea dispozițiilor art. 33 alin. (1) din OUG nr. 34/2006.

- referitor la critica ... privind conținutul art. 39.3 din modelul de contract, având în vedere că, prin măsurile de remediere publicate în SEAP la data de 03.06.2014, autoritatea contractantă a achiesat la solicitările de eliminare integrală a acestei prevederi contractuale, aceasta va fi respinsă ca rămasă fără obiect.

În privința solicitării, suplimentare contestației, de eliminare în mod implicit a clauzei de la art. 27.8 (2), formulate de ... prin adresa nr. ... în legătură cu măsurile de remediere adoptate de autoritatea contractantă, Consiliul constată că aceasta este lipsită de temei.

Conținutul clauzei în discuție are alt sens decât cel implicit, reclamat de contestatoare, nefiind determinat de înțelesul clauzei eliminate de autoritatea contractantă (art. 27.8.1). În consecință, acesta va fi menținut în forma actuală.

Văzând cele de mai sus, în temeiul dispozițiilor de la art. 278 alin. (2), (4) și (6) din OUG nr. 34/2006, cu modificările la zi, Consiliul admite în parte, contestațiile și ... respectiv cererile privind:

- obligarea autorității contractante la adoptarea măsurilor de remediere privind conținutul fișei de date a achiziției, al caietului de sarcini și al clauzelor contractuale, așa cum a fost menționat în motivarea precedentă;

- prelungirea termenului de depunere a ofertelor.

Totodată, Consiliul obligă autoritatea contractantă la continuarea procedurii de atribuire, în maxim 10 zile de la primirea deciziei, prin emiterea unui anunț de tip erată, conform dispozițiilor de la art. 50¹ din ordonanța de urgență, care să conțină toate măsurile de remediere dispuse în motivarea de mai sus, respectiv:

- anunțul de participare și fișa de date – se elimină cash-flow;

- caietul de sarcini – cap. 8.1. pct. 3.4, 4.1.3.8.;

- clauzele contractuale nr. 5 (5.2, 5.3, 5.5), 12.5, 13.2, 14.2, 16.4, 18.4, 19.3, 27.13, 30.9, 34.3, 19.6, 16.1, 18.1, 19.5, 19.8, 19.10, 26.2, 27.9, 27.14, ... 29.5, 19.9, 35.6.

În temeiul art. 278 alin. (5), Consiliul respinge, ca nefondate, cererile de anulare a anunțului de participare și a procedurii, nefiind îndeplinite cerințele impuse de art. 209 alin. (1) lit. c) din OUG nr. 34/2006.

Admite, implicit, cererea de asociere a ... la contestațiile amintite anterior.

Totodată, Consiliul dispune decalarea termenului de depunere a ofertelor cu cel puțin 15 zile față de cel actual.

La punerea în aplicare a dispozițiilor din prezenta decizie, părțile vor avea în vedere că este obligatorie, dar și că pot formula plângere împotriva ei, în conformitate cu dispozițiile art. ...0 alin. (3) și art. ...1 din OUG nr. 34/2006.

PREȘEDINTE COMPLET

...

MEMBRU COMPLET

...

...

MEMBRU COMPLET

....