



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C. N. S. C.

Str. Stavropoleos nr.6, Sectorul 3, București, România, CP 030084, CIF 20329980
Tel. +4 021 3104641 Fax. +4 021 3104642 Fax. +4 021 8900745 www.cnsr.ro

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

DECIZIE

Nr.

Data: ...

Pe rolul Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor au fost înregistrate cu nr. ... din ... nr. ... din ... nr. ... din ... nr. ... din ... și nr. ... din ... contestațiile formulate de și de ... referitoare la procedura de licitație deschisă, desfășurată offline, fără etapă finală de licitație electronică, în vederea atribuirii contractului de servicii, având ca obiect „... .. coduri CPV 71241000-9 – Studii de fezabilitate, servicii de consultanță, analize (Rev.2), 71322500-6 – Servicii de proiectare tehnică pentru infrastructura de transport (Rev.2), organizată de autoritatea contractantă ... cu sediul în cod poștal 010873.

Prin contestația nr. ... din ... înregistrată la Consiliu cu nr. ... din ... depusă de ... cu sediul social în înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului cu nr. ... având CIF ... atribut fiscal RO, reprezentată de ... – Președinte, împotriva documentației de atribuire, elaborată de către autoritatea contractantă, s-a solicitat:

- constatarea ca fiind abuzive și nelegale anumite clauze contractuale și cerințe ale autorității contractante din cadrul documentației de atribuire;

- obligarea autorității contractante la remedierea documentației de atribuire, în sensul celor evocate în motivare și la stabilirea unei noi date 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, obligarea autorității contractante la anularea procedurii de atribuire.

Prin contestația nr. ... din ... înregistrată la Consiliu cu nr. ... din ... depusă de ... cu sediul social în înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului cu nr. J40/24158/20.12.2007, având CIF ... atribut fiscal RO, reprezentată de ... împotriva documentației de atribuire, elaborată de către autoritatea contractantă, s-a solicitat în principal:

- obligarea autorității contractante la adoptarea măsurilor de remediere privind prevederile abuzive și nerealiste din cadrul contractului și a caietului de sarcini;

și în subsidiar:

- în cazul în care este imposibilă adoptarea măsurilor de remediere de către autoritatea contractantă, anularea procedurii de atribuire.

Prin contestația fără număr de înregistrare la emitent, înregistrată la Consiliu cu nr. ... din ... depusă de ... cu sediul social în înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului cu nr. ... având CIF ... reprezentată de ... – ... împotriva anunțului de participare nr. ... din 01.05.2014 publicat în SEAP, precum și împotriva documentației de atribuire, elaborată de către autoritatea contractantă, s-a solicitat:

- anularea anunțului;

- constatarea caracterului restrictiv și disproporționat al unor cerințe/prevederi din cadrul documentației de atribuire și anume a fișei de date, a caietului de sarcini și a contractului;

- 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 documentației de atribuire refăcută”.

Prin contestația nr. ... din ... înregistrată la Consiliu cu nr. ... din ... depusă de ..., cu sediul social în înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului cu nr. J40/1...77/12.12.2002, având CIF ... atribut fiscal RO, reprezentată de ... – ... împotriva invitației (*n.n. anunțului*) de participare nr. ... din

01.05.2014 publicat în SEAP, precum și împotriva documentației de atribuire, elaborată de către autoritatea contractantă, s-a solicitat:

- 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.

Prin contestația nr. 31 din ... înregistrată la Consiliu cu nr. ... din ... depusă de ... cu sediul social în înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului cu nr. ... având CIF ... atribut fiscal RO, reprezentată de ...- ... împotriva documentației de atribuire, elaborată de către autoritatea contractantă, s-a solicitat:

- constatarea caracterului abuziv, nelegal și restrictiv al anumitor cerințe și clauze din cadrul fișei de date a achiziției și a documentației de atribuire;

- constatarea caracterului 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;

- obligarea autorității contractante la luarea măsurilor de remediere necesare prin refacerea fișei de date a achiziției și a documentației de atribuire, prin eliminarea/modificarea cerințelor și clauzelor abuzive și disproporționate;

- obligarea autorității contractante la anularea procedurii de achiziție publică și la reluarea procedurii de achiziție publică pentru atribuirea contractului pe baza fișei de date a achiziției/documentației de atribuire modificată conform celor solicitate.

Prin adresa nr. 42 din ... înregistrată la Consiliu cu nr. 15495 din a solicitat conexarea tuturor contestațiilor formulate de către operatorii economici față de documentația de atribuire pentru procedura de licitație în cauză, în speță cele formulate de:, precum și orice alte contestații față de respectiva documentație, dacă nu i-au fost încă notificate de către autoritatea contractantă. Prin aceeași adresă, în temeiul art. 273 alin. (2) din OUG nr. 34/2006, ... înțelege să se asocieze la toate contestațiile formulate față de documentația de atribuire, conform cererii proprii (contestația înregistrată în data de ...

Pentru soluționarea contestațiilor, având în vedere că acestea au fost formulate în cadrul aceleiași proceduri de atribuire, Consiliul a procedat la conexasia lor, în conformitate cu dispozițiile art. 273 alin. (1) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare.

Procedura de soluționare în fața Consiliului s-a desfășurat în scris.

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

DECIDE:

Respinge ca tardive contestațiile formulate de către ... și ... în contradictoriu cu ...

Admite cererea de asociere la contestațiile formulate de către ... și ..., depusă în cauză de către ... în temeiul dispozițiilor art. 273 alin. (2) din OUG nr. 34/2006.

Pentru considerentele evocate în motivare, admite contestațiile depuse de ... și ... în contradictoriu cu ... vizând modificarea cerințelor criticate din documentația de atribuire.

Obligă autoritatea contractantă ca, în termen de 15 zile de la primirea deciziei Consiliului, să modifice documentația de atribuire, cu respectarea dispozițiilor legale și a celor evocate în motivare, și anume:

I. Cu privire la conținutul anunțului de participare și a fișei de date se elimină: *„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: 1.900.000 Lei sau echivalent, sumă suficientă pentru a realiza cash-flowul de realizare a contractului pentru o perioadă 2 luni.”.*

II. Cu privire la conținutul modelului de contract:

1. se elimină art. 5.5,

2. se elimină din cuprinsul art. 13.2 a ultimelor două propoziții, după cum urmează: *„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.”,

3. se modifică art. 16.1 după cum urmează: „16.1 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 Prestator pentru elaborarea respectivelor documente. 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.”,

4. se completează art. 18.1 după cum urmează: „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 termen de 3 zile de la data primirii notificării, cu motivarea deciziei de respingere.”.

5. se elimină art. 18.4 (2) și art. 18.4 (3),

6. se elimină din cuprinsul articolului 18.4 (5) a ultimei propoziții, după cum urmează: „În acest caz, Beneficiarul nu va efectua nici o plată pentru perioada absenței expertului sau a absenței înlocuitorului acestuia.”.

7. se elimină art. 19.3, precum și ultima propoziție din cuprinsul art. 19.5, astfel cum a fost modificat de autoritatea contractantă, după cum urmează: „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”,

8. se elimină din cuprinsul art. 19.6 a ultimei propoziții, după cum urmează: *„Indiferent de situație, Beneficiarul nu va efectua nicio plată pentru perioada absenței expertului sau a absenței înlocuitorului acestuia.”*,

9. se elimină art. 19.9,

10. se elimină lit. b) de la art. 27.14,

11. se elimină art. 35.6.

II. Cu privire la conținutul Caietului de sarcini:

1. se modifică punctele 3 și 4 din cuprinsul secțiunii 8. – „Rapoarte”, capitolul 8.1. – „Cerințe de raportare”, după cum urmează:

„3. Studiul de Fezabilitate preliminar – 3 luni de la începere.”

se va înlocui cu:

„3. Studiul de Fezabilitate preliminar – 5 luni de la începere.”

respectiv

„4. Studiul de Fezabilitate final – 4 luni de la începere”

se va înlocui cu:

„4. Studiul de Fezabilitate final – 6 luni de la începere”

2. se anulează măsura de remediere nr. 22 și se modifică cerința de la subpunctul 4.1.3.8. – „Autorizații avize și acorduri” din cuprinsul secțiunii 4. – „Scopul și descrierea serviciilor”, capitolul 4.1. – „Scopul și descrierea cerințelor privind serviciile necesare pentru elaborarea Studiului de Fezabilitate”, punctul 4.1.3. – „Descrierea serviciilor”, după cum urmează: *„Prestatorul este responsabil de a menține în termenele de valabilitate, orice aviz, acord, permis și orice aprobare și/sau autorizație pe toată perioada de valabilitate a contractului.”*.

Obligă autoritatea contractantă ca să comunice modificările astfel efectuate tuturor operatorilor economici interesați de participarea la procedura de achiziție publică și să stabilească o nouă dată de depunere a ofertelor.

Dispune continuarea procedurii de achiziție publică.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți.

Împotriva prezentei decizii se poate formula plângere în termen de 10 zile de la comunicare.

MOTIVARE:

În luarea deciziei s-au avut în vedere următoarele:

Prin contestația depusă, ... în calitate de operator economic interesat de participarea la procedura de licitație deschisă, desfășurată offline, fără etapă finală de licitație electronică, organizată de către autoritatea contractantă ... în vederea atribuirii contractului de servicii, având ca obiect „... .. inițiată prin publicarea în sistemul electronic de achiziții publice (SEAP) a anunțului de participare nr. ... din 01.05.2014, a solicitat:

- constatarea ca fiind abuzive și nelegale anumite clauze contractuale și cerințe ale autorității contractante din cadrul documentației de atribuire;

- obligarea autorității contractante la remedierea documentației de atribuire, în sensul celor evocate în motivare și la stabilirea unei noi date 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, obligarea autorității contractante la anularea procedurii de atribuire.

Prin aceeași contestație, ... a solicitat suspendarea procedurii de achiziție publică, până la soluționarea pe fond a contestației sale. Cererea de suspendare a procedurii de achiziție publică în cauză a fost respinsă, ca neîntemeiată, prin decizia Consiliului nr. din ...

În fapt, contestatorul menționează că la data de 01.05.2014, autoritatea contractantă a inițiat procedura de achiziție publică în cauză, prin publicarea, în SEAP a anunțului de participare nr.

De asemenea, arată că, în urma studierii fișei de date a achiziției, formularelor, caietului de sarcini, contractului de servicii, incluse toate în cadrul documentației de atribuire, a sesizat un număr foarte mare de cerințe nelegale și clauze contractuale abuzive, care afectează, în mod grav atât procedura de atribuire, cât și viitoarea executare a contractului de achiziție publică.

Totodată, afirmă că aceste cerințe nelegale și clauze abuzive nu numai că sunt de natură a vătăma și păgubi grav viitorul contractant, dar conduc, în mod indirect, la încălcarea unuia dintre scopurile esențiale ale achiziției publice și anume utilizarea eficientă a fondurilor publice.

Prin contestația depusă, ... în calitate de operator economic interesat de participarea la procedura de licitație deschisă, desfășurată offline, fără etapă finală de licitație electronică, organizată de către autoritatea contractantă ... în vederea atribuirii contractului de servicii, având ca obiect „... .. inițiată prin publicarea în sistemul electronic de achiziții publice (SEAP) a anunțului de participare nr. ... din 01.05.2014, a solicitat în principal:

- obligarea autorității contractante la adoptarea măsurilor de remediere privind prevederile abuzive și nerealiste din cadrul contractului și a caietului de sarcini;

și în subsidiar:

- în cazul în care este imposibilă adoptarea măsurilor de remediere de către autoritatea contractantă, anularea procedurii de atribuire.

În fapt, contestatorul face următoarele precizări:

- autoritatea contractantă a inițiat, prin publicarea, în SEAP, a anunțului de participare nr. ... din 01.05.2014, precum și a documentației de atribuire, procedura de achiziție publică privind atribuirea contractului având ca obiect „... .. - GIURGIU”;

- astfel, prin publicarea anunțului de participare și a documentației de atribuire, în data de 01.05.2014, au fost aduse la cunoștința operatorilor economici interesați să participe la prezenta procedură, condițiile de participare;

- în cadrul Modelului de contract inclus în documentația de atribuire, a 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 impuse de către autoritatea contractantă;

- Formularul nr. 20 permite și formularea de amendamente la clauzele contractuale, însă, în conformitate cu prevederile HG nr. 925/2006, art. 36 alin. (2), oferta este considerată neconformă în situația în care „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”;

- ori, în situația în care, în cadrul Formularului nr. 20, ofertantul propune eliminarea clauzelor contractuale, situație care ar putea părea dezavantajoasă pentru autoritatea contractantă, aceasta, în timpul procedurii de evaluare a ofertelor, poate solicita operatorului economic renunțarea la respectivele amendamente la clauzele contractuale, în caz contrar oferta acestuia fiind considerată neconformă.

Având în vedere cele de mai sus, în cuprinsul contestației, contestatorul prezintă și contestă următoarele clauze contractuale, și în același timp propune și posibile măsuri de remediere care ar putea fi adoptate de către autoritatea contractantă, astfel:

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”.

Punct de vedere al ... 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 contractă 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 de la bun început la enunțarea clauzelor contractuale, fără a mai menționa titlurile secțiunilor și articolelor.

... propune posibila măsură de remediere: eliminarea art. 2.1 din cadrul modelului de contract.

II. Art. 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, nici un contract de subcontractare nu va fi aprobat ulterior semnării prezentului contract de servicii”.

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

Punct de vedere al ...

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 OUG nr. 34/2006, art. 45 alin (2). Totodată, conform prevederilor HG nr. 925/2006, art. 96 alin (2) „Pe parcursul derulării contractului, contractantul nu are dreptul de a înlocui subcontractanții nominalizați în oferta 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, contestatorul 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 că 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).

... propune posibile măsuri de remediere:

- amendarea art. 8.11. astfel: „Prestatorul nu are dreptul de a înlocui pe nici unul 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”.

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

Punct de vedere al ...

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).

... propune posibila măsură de remediere:

- eliminarea art. 8.8. din cadrul modelului de contract;
- amendarea 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”.

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.

Punct de vedere al ...

În conformitate cu prevederile OUG nr. 34/2006, art. 46 alin (1): „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, contestatorul 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.

... propune posibila măsură de remediere: 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.

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, ca relațiile contractuale dintre părți se desfășoară pe principii de egalitate, bună credința și cu respectarea acestor dispoziții legale, înțelegând ca nici o 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 ... arată distribuția penalităților pentru cele 2 părți contractante, astfel:

Pentru Prestator sunt prevăzute penalități contractuale la:

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, nici o informație confidențială divulgată lor sau despre care au luat cunoștință și nu vor face publică nici o informație referitoare la recomandările primite în cursul său 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 său 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 oricărui prejudiciu 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 da 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 ... 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.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 nici o 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).

Punct de vedere al ...

Prevederile contractuale privind penalitățile sunt total disproportionale 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 nici o 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 persoana înlocuită.

... propune posibila măsură de remediere: 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.

Punct de vedere al ...

Aceste termene sunt insuficiente pentru a putea elabora un proiect corect, complet și funcțional pentru o autostradă de 65 km. Mai mult decât atât, conform prevederilor Caietului de Sarcini, cap. 8.1., pct. 4: „Studiul de Fezabilitate final care va include toate observațiile Beneficiarului, agenției ..., AM POST altor autorități implicate în procesul de aprobare și avizare. Raportului de Audit de Siguranță Rutiera. 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 măsura 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 că 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 doua variante de traseu, să fie obținute și incluse în proiect observațiile ..., 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 nr. 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 luna (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).

posibila măsură de remediere: 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 ... de zile de la data primirii notificării, motivând decizia sa în cazul respingerii aprobării”.

Punct de vedere al ...

Termenul de ... 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.

... propune posibila măsură de remediere: amendarea art. 16.1 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, 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, 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”.

Punct de vedere al ...

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

... propune posibila măsură de remediere: amendarea 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”.

Punct de vedere al ...

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

... propune posibila măsură de remediere: amendarea 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 sau bancar sau un formular similar. Beneficiarul va avea dreptul să se opună deciziei Prestatorului cu privire la contul bancar.”

Punct de vedere al ...

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 nici un temei legal în baza căruia autoritatea contractantă să aibă dreptul de a se opune cu privire la contul bancar al Prestatorului.

... propune posibila măsură de remediere: eliminarea următoarei prevederi din cadrul art. 21.1 astfel: „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 nici un comentariu cu privire la Rapoartele sau documentele primite, Prestatorul poate solicita aprobarea, în scris, a acestora”.

Punct de vedere al ... 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... Plata intermediară pe baza acceptării de către Beneficiar a Studiului de Fezabilitate Final, a aprobării Raportului Financiar și a acceptării Auditului de Siguranța ...”). 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 aproba anumite Rapoarte/documente, deși nu a avut obiecțiuni față de acestea.

... propune posibila măsură de remediere: 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, nici un 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 nici o 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 aceasta suspendare. În cazul în care Beneficiarul suspendă executarea Contractului de servicii, durata acestuia se va prelungi cu perioada în care a fost suspendat.”

Punct de vedere al ...

Este nelegală și abuzivă suspendarea plăților datorate Prestatorului pentru serviciile prestate ca urmare a suspendării contractului de către autoritatea contractantă, fără nici o 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 măsura 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).

... propune posibile măsuri de remediere:

În cazul suspendării Contractului de către Beneficiar, în termen de maxim ... 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 ... 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 nici o 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 nici o plată pentru perioada absenței expertului sau a absenței înlocuitorului acestuia”.

Punct de vedere al ...

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. 28 Recuperarea creanțelor de la Prestator

28.1. „Prestatorul va restitui orice sume convenite Beneficiarului și care i-au fost plătite în plus față de valoarea certificată, în ... de zile de la primirea unei cereri în acest sens.” & 28.4. „Comisioanele bancare rezultate din restituirea sumelor datorate Beneficiarului vor fi suportate în întregime de către Prestator”.

Punct de vedere al ...

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

... propune posibila măsură de remediere: amendarea art. 28.4 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 adresa 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”.

Punct de vedere al ...

În conformitate cu prevederile HG nr. 925/2006, art. 90 alin. (1) „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 Legii nr. 136/1995 privind asigurările și reasigurările în România: Art. 10, „Contractul de asigurare se încheie în forma 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,

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 asigurator ori prin nota de acoperire emisă și semnată de brokerul de asigurare”.

... afirmă că este evident că un instrument de garantare emis de asigurator se poate emite numai în baza unui contract de asigurare (ce conține polița de asigurare, condiții de asigurare generale și speciale/particulare).

... propune posibila măsură de remediere: 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, Clauză 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”.

3

Prin contestația depusă, ... în calitate de operator economic interesat de participarea la procedura de licitație deschisă, desfășurată offline, fără etapă finală de licitație electronică, organizată de către autoritatea contractantă ... în vederea atribuirii contractului de servicii, având ca obiect „... .. inițiată prin publicarea în sistemul electronic de achiziții publice (SEAP) a anunțului de participare nr. ... din 01.05.2014, a solicitat:

- anularea anunțului;
- constatarea caracterului restrictiv și disproporționat al unor cerințe/prevederi din cadrul documentației de atribuire și anume a fișei de date, a caietului de sarcini și a contractului;
- 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 documentației de atribuire refăcută”.

În fapt, contestatorul evidențiază că la data de 01.05.2014, autoritatea contractantă a publicat, în SEAP, anunțul de participare nr. ... privitor la procedura de atribuire prin licitație deschisă a contractului.

În cadrul fișei de date și a documentației de atribuire, există numeroase prevederi care încalcă dispozițiile legale în materie, având un caracter restrictiv și disproporționat.

Contestatorul apreciază că desfășurarea procedurii de achiziție publică în cauză, precum și actele contestate, respectiv anunțul și fișa de date, inclusiv documentația de atribuire atașată acestuia, publicate în cadrul sistemului SEAP, în data de 01.05.2014, încalcă prevederile legale aplicabile în materie, și prin urmare vatămă drepturile și interesele legitime ale persoanei vătămate pentru următoarele motive:

I. Cu privire la fișa de date a achiziției:

- conform prevederilor acesteia, una dintre condiții este aceea ca ofertantul 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-flow-ul de realizare a contractului pentru o perioadă de 2 luni;

- cerința are un caracter restrictiv, contravenind prevederilor Ordinului nr. 509 din 14.09.2011 privind formularea criteriilor de calificare și selecție, care menționează, în cadrul art. 1. alin (1), faptul că orice criterii de calificare și selecție stabilite de autoritatea contractantă „trebuie să aibă legătură concretă cu obiectul contractului ce urmează a fi atribuit, iar nivelul cerințelor minime solicitate prin documentația de atribuire, precum și documentele care probează îndeplinirea lor se vor limita numai la cele strict necesare pentru îndeplinirea corespunzătoare a contractului”;

- 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.

II. Cu privire la modelul de contract de servicii ce face parte din documentația de atribuire, contestatorul precizează că prevederile contractului contravin, în numeroase cazuri, cerințelor legale, în special ale celor ale art. 2 alin. (1) lit. a) din ordonanță, privind promovarea concurenței între operatorii economici și ale art. 2 alin. (2) lit. e) din ordonanță, privind proporționalitatea.

În acest sens, arată că sunt și prevederile art. 2 alin. (1) din HG nr. 925/2006, conform cărora, „în procesul de aplicare a procedurilor de atribuire a contractelor de achiziție publică, orice situație pentru care nu există o reglementare explicită se interpretează prin prisma principiilor prevăzute la art. 2 alin. (2) din ordonanță”.

Referitor la prevederile contractului ce contravin cerințelor legale ... menționează următoarele:

- 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. 8.9 - 8.11. sunt disproporționate și abuzive. Este nejustificată penalizarea automată a ofertantului (Prestator) în cazul unor modificări în privința subcontractorilor, precum și interzicerea înlocuirii unui subcontractor pe parcursul derulării contractului fără acceptul Beneficiarului, în condițiile în care pe parcursul derulării contractului pot interveni numeroase situații neprevăzute, excedând orice culpă sau control al ofertantului (Prestator) și care să determine necesitatea unor modificări privind subcontractorii (faliment, dizolvare/lichidare voluntară, imposibilitate obiectivă de a îndeplini obligațiile, etc.) și 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. 8.13 - 8.14 sunt nejustificate, simpla enumerare, de o maniera generală, și nu în cadrul OUG nr. 66/2011, ci în cadrul normelor sale de aplicare, a unei situații drept indicator de fraudă nejustificând o interdicție absolută de a se încheia contracte cu ofertanți declarați necâștigători/terții susținători/subcontractanți ai acestora în cadrul procedurii de atribuire a contractului. Unul dintre contraargumentele care ar putea fi aduse în acest caz ar fi acela că respectivii ofertanți declarați necâștigători/terții susținători/ subcontractanți ai acestora în cadrul procedurii de atribuire a contractului ar fi deja la curent cu cerințele aplicabile procedurii, ceea ce ar conduce la economii de timp și financiare.

- În ceea ce privește prevederile art. 12.2, contestatorul consideră că 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) 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. 19.6 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 sunt disproporționate și abuzive, deoarece 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. 21.2 sunt disproporționate. Nu există vreo bază legală pentru cenzurarea de către Beneficiar a deciziei ofertantului (Prestatorului) referitoare la contul bancar.

- În ceea ce privește prevederile art. 31.1 - 31.2, contestatorul apreciază 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.

- Referitor la prevederile art. 31.3 - 31.6, contestatorul consideră că posibilitatea acordată Beneficiarului de a suspenda plățile, de a modifica perioada de suspendare a contractului și mai ales de a suspenda unilateral contractul în cazul lipsei de resurse financiare este vădit abuzivă, disproporționată și de natură să expună ofertantul (Prestatorul) la o conduită abuzivă din partea Beneficiarului.

III. Cu privire la caietul de sarcini ce face parte din documentația de atribuire ... afirmă că acesta conține numeroase prevederi care contravin cerințelor legale, în special ale celor ale art. 2 alin. (1) lit. a) din ordonanță, privind promovarea concurenței între operatorii economici, și ale art. 2 alin. (2) lit. e) din ordonanță, privind proporționalitatea.

În sprijinul concluziei de mai sus, contestatorul susține că vin și prevederile art. 2 alin. (1) din HG nr. 925/2006, conform căroră, „în procesul de aplicare a procedurilor de atribuire a contractelor de achiziție publică, orice situație pentru care nu există o reglementare explicită se interpretează prin prisma principiilor prevăzute la art. 2 alin. (2) din ordonanță”.

Printre dispozițiile caietului de sarcini ce contravin cerințelor legale, ... evidențiază prevederile legate de termenele

de predare ale Studiului de Fezabilitate Preliminar și ale Studiului de Fezabilitate Final.

Contestatorul afirmă că este de domeniul evidenței faptul 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.

Totodată, arată că respectivele prevederi echivalează cu asumarea de către ofertant (Prestator) a unei obligații imposibile de executat.

De asemenea, subliniază că și prevederile legate de obligația ofertantului (Prestator) de a menține în termenele de valabilitate orice aviz/acord/autorizație până la semnarea contractului de execuție lucrări 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).

De asemenea, în cuprinsul contestației, ... a solicitat Consiliului, accesul la dosarul cauzei. În acest sens, prin adresa Consiliului nr. 8756/... din ... contestatorul a fost invitat la sediul Consiliului.

4

Prin contestația depusă, ..., în calitate de operator economic interesat de participarea la procedura de licitație deschisă, desfășurată offline, fără etapă finală de licitație electronică, organizată de către autoritatea contractantă ... în vederea atribuirii contractului de servicii, având ca obiect „... .. inițiată prin publicarea în sistemul electronic de achiziții publice (SEAP) a anunțului de participare nr. ... din 01.05.2014, a solicitat:

- 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.

Prin aceeași contestație, ... a solicitat suspendarea procedurii de achiziție publică, până la soluționarea pe fond a contestației sale. Cererea de suspendare a procedurii de achiziție publică în cauză a fost respinsă, ca neîntemeiată, prin decizia Consiliului nr. din ...

În fapt, contestatorul menționează că autoritatea contractantă, prin anunțul de participare ... din data de 01.05.2014, publicat pe SEAP, a anunțat achiziția unor servicii de arhitectură, de inginerie și integrate de inginerie, de amenajare urbană, servicii conexe de consultanță științifică și tehnică, servicii de testare și analiză tehnică, obiectul contractului de achiziție fiind elaborarea studiului de fezabilitate, pregătirea documentației necesare în vederea transmiterii aplicației de finanțare din Fonduri Structurale pentru proiectul autostrada ... și pregătirea documentației de atribuire pentru contractele de lucrări aferente autostrăzii, necesare pentru asigurarea asistenței beneficiarului pe durata procedurii de achiziție publică.

Totodată, arată că potrivit datelor furnizate de autoritatea contractantă în fișa de date, documentația de atribuire a fost atașată în integralitate, printre care și modelul de Contract de achiziție de servicii ce urmează a fi încheiat cu ofertantul declarat câștigător.

I. Referitor la clauzele din Modelul de contract care se impun a fi revizuite, ... evidențiază următoarele:

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

În acest sens, arată că autoritatea contractantă a prevăzut că data intrării în vigoare a contractului va fi în termen de 15 zile calendaristice de la data semnării contractului, dar care 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 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.

Contestatorul afirmă că 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 nici un efect.

- Art. 10, punctul 10.4, potrivit căruia, prestatorul este obligat a se conforma ordinelor administrative ale managerul 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.

Contestatorul subliniază că, 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.

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

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

- Referitor la art. 10, art. 11, art. 18, art. 19, art. 20, ... susține că acestea 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, apreciază că 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.

- În ceea ce privește articolul 13 alin. (2) ce reglementează modalitatea de înlăturare a conflictelor de interese, contestatorul precizează că, în acest sens, în cuprinsul contractului se prevede că beneficiarul își rezervă dreptul de a verifica dacă măsurile luate de prestator sunt corespunzătoare executării obiective și imparțiale a contractului, sens în care impune în sarcina prestatorului o serie de sancțiuni excesiv de oneroase și care pot duce la un blocaj în executarea obligațiilor contractuale.

Exceptând caracterul discreționar a dreptului prezervat de beneficiar în cuprinsul clauzei menționate, în sarcina prestatorului sunt prevăzute o serie de obligații și sancțiuni, astfel:

- prestatorul va înlocui imediat și fără vreo compensație personalul care se regăsește într-un conflict de interese;
- obligarea prestatorului la plata unor penalități în cuantum de 0,1 % din prețul contractului pentru fiecare persoană înlocuită;
- suplimentar, dreptul beneficiarului de a solicita și obține repararea oricăror prejudicii decurgând dintr-un astfel de conflict de interese.

Din cele de mai sus, ... menționează că rezultă că penalitatea este prevăzută într-un procent de 0,1% din prețul contractului, penalitate care se aplică întregului contract și nu doar părții neexecutate, în condițiile în care penalitățile de întârziere pot fi prevăzute doar pentru partea care a rămas de executat și doar pentru obligații care au fost executate cu întârziere sau care nu au fost executate.

În cuprinsul contractului, respectiv în art. 18 se prevede că prestatorul are obligația să informeze beneficiarul cu privire la întreg personalul, acesta având posibilitatea să excludă toate acele persoane care nu corespund din punct de vedere profesional cerințelor contractului, excludere ce poate privi inclusiv verificarea existenței sau nu a conflictului de interes în care se află.

Rezultă că la data desemnării personalului utilizat, atât prestatorul, cât și beneficiarul verifică îndeplinirea cerințelor prevăzute în caietul de sarcini pentru personalul utilizat, ceea ce presupune că prestatorul nu se poate afla în culpă cu privire la identificarea ulterioară a unui conflict de interese în care să se poată afla unul dintre membrii personalului său.

De asemenea, posibilitatea cumulării penalității de 0,1% din prețul contractului și repararea altor prejudicii decurgând din existența unor viitoare conflicte de interese, impune prestatorului acceptarea unei sancțiuni extrem de oneroase, și totodată asupra căreia nu are o cuantificare contractuală a întinderii unui astfel de prejudiciu.

În acest sens, apreciază că prevederea contractuală potrivit cu care prestatorul este obligat să ia toate măsurile necesare pentru a preveni or stopa orice situație care ar putea compromite executarea obiectivă și imparțială a contractului este suficientă a răspunde intereselor autorității contractante.

• 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:

- (18.3,2) în situația în care prestatorul întârzie mobilizarea personalului, beneficiarul este îndreptățit să diminueze cu 0,1% pe zi din onorariul expertului care nu a fost mobilizat, penalizare ce va fi calculată începând cu momentul expirării datei de începere a contractului;

- (18.3) în situația în care expertul nu îndeplinește cerințele stabilite în caietul de sarcini, anexa I, beneficiarul este îndreptățit să diminueze cu 0,1% pe zi din onorariul propus inițial la ofertă, penalitate ce va fi calculată începând cu data la care propunerea a fost respinsă;

- (18.4) costurile suplimentare generate de înlocuirea personalului incumbă prestatorului;

- (18.4 alin. 5) beneficiarul poate solicita prestatorului să desemneze un expert temporar până la sosirea noului expert;

- (18.5) prestatorul va adopta toate măsurile pentru a asigura în mod continuu personalul salariat ori contractat;

- (19.3) prestatorul suportă penalități în quantum de 0,05% din prețul contractului în situația în care nu s-a asigurat că personalul nu și-a îndeplinit pe întreaga perioadă de execuție a contractului obligațiile stabilite în sarcina acestuia;

- (19.5) în cazul respingerii documentelor justificative prin care prestatorul demonstrează îndeplinirea criteriilor de calificare ale persoanelor înlocuitoare a personalului cheie, beneficiarul este îndreptățit la plata unor penalități de întârziere de 0,05% pe zi de întârziere din prețul contractului;

- (19.10) nerespectarea obligațiilor cu privire la personalul propus, precum și a personalului propus spre înlocuire este considerată de către beneficiar indicator de fraudă și poate fi sancționată potrivit art. 292 din Codul Penal.

Din cele de mai sus, ... afirmă că rezultă că 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, arată că quantumul penalităților încalcă prevederile art. 1536 Cod civil, potrivit cu care 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 cu care 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, ... apreciază că se impune modificarea clauzelor ce permit autorității contractante să aplice penalități de întârziere raportat la întregul preț al contractului.

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

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, ... 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 cu privire la inexistența unor limite în aprecierea caracterului păgubos al neîndeplinirii obligațiilor prestatorului.

În acest sens, contestatorul subliniază că, 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.

- Art. 19.6 „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 nici o plată pentru perioada absenței expertului sau a absenței înlocuitorului acestuia”.

... afirmă 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 conform solicitării Beneficiarului.

- Art. 21.2 „Beneficiarul va avea dreptul să se opună deciziei Prestatorului cu privire la contul bancar”.

... apreciază că este abuzivă și nelegală o astfel de dispoziție, neexistând nici un temei legal în baza căruia autoritatea contractantă să aibă dreptul să se opună cu privire la contul bancar al Prestatorului.

- 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, nici un comentariu cu privire la Rapoartele sau documentele primite, Prestatorul poate solicita aprobarea în scris a acestora”.

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... Plata intermediară pe baza acceptării de către Beneficiar a Studiului de Fezabilitate Final, a aprobării Raportului Financiar și a acceptării Auditului de Siguranța...”).

Ca 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.

Astfel, contestatorul consideră că aceste dispoziții echivalează cu o condiție pur potestativă din partea celui care se obligă („mă oblig dacă vreau”), respectiv cu lipsa intenției autorității contractante de a se obliga să efectueze plata serviciilor executate.

... propune o posibilă măsură de remediere:

Dacă Beneficiarul nu transmite în interiorul termenului de notificare nici un 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.

- Art. 27 - Plăți

Plățile se vor efectua potrivit tabelului inserat în cuprinsul articolului menționat, în care se prevede, la punctul 3 că plata intermediară de ...% este condiționată de acceptarea de către beneficiar a Studiului de fezabilitate final, a raportului financiar și a acceptării auditului de siguranță, iar la punctul 4 că plata finală de 25% din prețul contractului se va efectua pe baza

îndeplinirii tuturor activităților menționate în Anexa I a caietului de sarcini, precum și a raportului financiar final.

Din vreme ce potrivit anexei menționate data îndeplinirii tuturor obligațiilor asumate de către prestator este data la care este acceptat de către beneficiar Studiul de fezabilitate final, contestatorul susține că autoritatea contractantă trebuie să menționeze în cuprinsul punctului 4 care sunt condițiile exacte pe care trebuie să le îndeplinească prestatorul pentru încasarea ultimei tranșe din prețul contractului.

- 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 BNR, 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”.

... susține că aceste dispoziții contravin art. 12 din Legea nr. 72/2013 potrivit căruia: „practica sau clauza contractuală prin care se stabilește, în mod vădit, inechitabil, în raport cu creditorul, termenul de plată, nivelul dobânzii pentru plata întârziată sau al daunelor interese suplimentare este abuzivă”.

În cuprinsul contractului se prevăd în sarcina prestatorului o multitudine de sancțiuni, cu titlu de „despăgubire generală”, „dobândă penalizatoare”, „penalitate contractuală”, toate situându-se peste procentul de 0,1% pe zi de întârziere pentru obligațiile neexecutate corespunzător de către prestator, iar în situația neîndeplinirii obligației de plată a prețului, prestatorul este îndreptățit doar la o penalitate contractuală egală cu nivelul dobânzii de referință aplicată de BNR plus 8 puncte procentuale.

- Art. 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”.

... subliniază că 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.

- Articolele 31.1 și 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.

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...”.

Întrucât autoritatea contractantă nu este competentă să efectueze cercetări în ceea ce privește fraudele și nici să constate persoana în sarcina căreia îi sunt imputabile aceste fraude, este nelegal și abuziv dreptul autorității contractante de a suspenda executarea contractului sau de a proceda la recuperarea sumelor de la Prestator, în lipsa unei hotărâri judecătorești definitive.

... propune o posibilă măsură de remediere:

Beneficiarul poate lua măsurile prevăzute în art. 31.1 și 31.2 numai în baza unei hotărâri judecătorești definitive.

- Articolele 31.3 și 31.4 din Contract:

„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 nici o 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 aceasta suspendare. În cazul în care Beneficiarul suspendă executarea Contractului de servicii, durata acestuia se va prelungi cu perioada în care a fost suspendat”.

Contestatorul precizează că este nelegală și abuzivă suspendarea plăților datorate Prestatorului pentru serviciile prestate ca urmare a suspendării contractului - indiferent de motive - de către autoritatea contractantă.

Astfel, în situația în care autoritatea contractantă nu dorește să efectueze plata serviciilor executate, este suficient să dispună suspendarea Contractului pe o perioadă aleasă discreționar.

Conform dispozițiilor art. 16.1 din Contract, 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 măsura 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.

Aceste dispoziții echivalează cu o condiție pur potestativă din partea celui care se obligă („mă oblig dacă vreau”), respectiv cu lipsa intenției autorității contractante de a se obliga să efectueze plata serviciilor executate.

... menționează că este nelegală și abuzivă obligarea Prestatorului la renunțarea la dreptul de a solicita costurile suplimentare înregistrate ca urmare a suspendării contractului de către autoritatea contractanta, în condițiile în care:

- Prestatorul este obligat să mențină personalul/echipamentele mobilizate;
- Durata suspendării poate să depășească și 12 luni (art. 31.5).

... propune o posibilă măsură de remediere:

În cazul suspendării Contractului de către Beneficiar, în termen de maxim ... 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 ... de zile de la data prezentării de către Prestator a documentelor justificative în acest sens.

- Art. 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”.

... afirmă că 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.

- Art. 39.3.

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.

... apreciază această dispoziție ca fiind 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.

II: Referitor la clauzele din caietul de sarcini care se impun a fi revizuite, ... evidențiază următoarele:

Termenul de prestare a serviciilor:

Conform dispozițiilor art. 8.1. „Cerințe de Raportare”, punctele 3 și 4 din Caietul de Sarcini, Studiul de Fezabilitate Preliminar se va preda în termen de 3 luni de la începere și Studiul de Fezabilitate Final se va preda în termen de 4 luni de la începere (pag. 66 din Caietul de Sarcini).

Aceste termene sunt insuficiente pentru a putea elabora un proiect corect și funcțional pentru o autostradă, 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 ..., AMPOST și alte autorități implicate, Auditul de Siguranță Rutieră, rezultatul consultațiilor publice, ale terților și ale autorităților de mediu, etc.

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 ..., 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, ... susține că 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 plata acestora;

- termenul de 4 luni impus pentru executarea tuturor obligațiilor contractuale coroborat cu termenul minim de emiteră 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.

... propune ca posibilă măsură 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” (pg. 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.

... propune ca posibilă 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 depusă, ... în calitate de operator economic interesat de participarea la procedura de licitație deschisă, desfășurată offline, fără etapă finală de licitație electronică, organizată de către autoritatea contractantă ... în vederea atribuirii contractului de servicii, având ca obiect „... .. inițiată prin publicarea în sistemul electronic de achiziții publice (SEAP) a anunțului de participare nr. ... din 01.05.2014, a solicitat:

- constatarea caracterului abuziv, nelegal și restrictiv al anumitor cerințe și clauze din cadrul fișei de date a achiziției și a documentației de atribuire;

- constatarea caracterului 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;

- obligarea autorității contractante la luarea măsurilor de remediere necesare prin refacerea fișei de date a achiziției și a documentației de atribuire, prin eliminarea/modificarea cerințelor și clauzelor abuzive și disproporționate;

- obligarea autorității contractante la anularea procedurii de achiziție publică și la reluarea procedurii de achiziție publică pentru atribuirea contractului pe baza fișei de date a achiziției/documentației de atribuire modificată conform celor solicitate.

Prin aceeași contestație, ... a solicitat suspendarea procedurii de achiziție publică, până la soluționarea pe fond a contestației sale. Cererea de suspendare a procedurii de achiziție publică în cauză a fost respinsă, ca neîntemeiată, prin decizia Consiliului nr. din ...

În fapt, contestatorul face următoarele mențiuni:

- prin publicarea documentației, în SEAP, într-o zi nelucrătoare (1 Mai), urmată de alte 3 zile nelucrătoare, autoritatea contractantă a săvârșit un abuz, reducând, în mod artificial, termenul de depunere a contestațiilor;

- conform dispozițiilor art. 256² alin. (1) lit. a) din OUG nr. 34/2006, persoana vătămată poate sesiza Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor în termen de 10 zile începând cu ziua următoare luării la cunoștința despre un act al autorității contractante considerat nelegal;

- documentația de atribuire ce face obiectul prezentei contestații a fost publicată, în SEAP, într-o zi nelucrătoare, respectiv joi, 1 mai 2014, următoarele 3 zile fiind tot nelucrătoare;

- din motive de rea-credință, autoritatea contractantă a dispus publicarea în SEAP a documentației de atribuire într-o zi nelucrătoare, urmată de alte 3 zile nelucrătoare, pentru a reduce, în mod abuziv și artificial, termenul de formulare a contestațiilor;

- astfel, se încalcă termenul de formulare a contestațiilor de 10 zile de la data luării la cunoștință, termen impus de Directivele Europene și transpus astfel în legislația națională;

- având în vedere cele mai sus menționate, contestatorul a solicitat constatarea faptului că prima zi în care operatorii economici au putut lua la cunoștință despre documentația de atribuire publicată în SEAP, a fost ziua de luni, 5 mai 2014 și, ca urmare, prin aplicarea dispozițiilor art. 256² alin. (1) lit. a) din OUG nr. 34/2006, coroborate cu dispozițiile art. 2553 alin. (1) Cod procedura civilă, ca termenul limita de sesizare a Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor cu privire la documentația de atribuire se împlinește în data de 16 mai 2014.

În cuprinsul contestației, ... aduce critici cu privire la criteriul de atribuire „prețul cel mai scăzut” apreciind că acesta este abuziv și nefondat.

Totodată, afirmă că documentația de atribuire publicată în SEAP cuprinde nenumărate cerințe nelegale și discriminatorii, inclusiv clauze contractuale abuzive.

Prin adresa nr. 42 din ... înregistrată la Consiliu cu nr. 15495 din ... a solicitat conexarea tuturor contestațiilor formulate de către operatorii economici față de documentația de atribuire pentru procedura de licitație în cauză, în speță cele formulate de:, precum și orice alte contestații față de respectiva documentație, dacă nu i-au fost încă notificate de către autoritatea contractantă. Prin aceeași adresă, în temeiul art. 273 alin. (2) din OUG nr. 34/2006, ... înțelege să se asocieze la toate contestațiile formulate față de documentația

de atribuire, conform cererii proprii (contestația înregistrată în data de ...

Prin adresa nr. 8899/... din ... Consiliul a solicitat ... să transmită dovada îndeplinirii obligației legale, prevăzută de art. 271 alin. (1) din OUG nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, respectiv comunicarea unui exemplar al contestației în cauză și autorității contractante.

De asemenea, în cuprinsul aceleiași adrese, Consiliul a solicitat ... opinia sa referitoare la excepția tardivității contestației, raportată la documentul contestat și anume documentația de atribuire atașată anunțului de participare nr. ... din 01.05.2014, precum și la prevederile art. 256² alin. (1) și (2) coroborat cu art. 55 și cu art. 3 lit. z) din OUG nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare.

Prin adresa nr. 49 din 19.05.2014, înregistrată la Consiliu cu nr. 15739 din 19.05.2014, ... a reluat cele precizate în cuprinsul contestației, menționând că „(...) prima zi în care operatorii economici au putut lua la cunoștință despre documentația de atribuire publicată în SEAP, a fost ziua de luni, 5 mai 2014 și, ca urmare, prin aplicarea dispozițiilor art. 256² alin. (1) lit. a) din OUG nr. 34/2006, termenul limită de sesizare a Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor cu privire la documentația de atribuire se împlinește în data de 16 mai 2014.

În vederea soluționării contestației susmenționate, Consiliul a solicitat autorității contractante, prin adresele nr. 8552/... din ... și nr. 8898/... din ... transmiterea, în copie, a dosarului achiziției publice, precum și a punctului de vedere referitor la contestații.

De asemenea, prin adresa nr. 8898/... .../.../... din ... Consiliul a solicitat autorității contractante opinia sa referitoare la excepția tardivității contestației formulată de ... raportată la documentul contestat și anume documentația de atribuire atașată anunțului de participare nr. ... din 01.05.2014, precum și la prevederile art. 256² alin. (1) și (2) coroborat cu art. 55 și cu art. 3 lit. z) din OUG nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare.

Prin adresa nr. 92/27100 din ... înregistrată la Consiliu cu nr. 15157 din ... autoritatea contractantă a transmis, în copie, documentele solicitate cu excepția punctului de vedere referitor la cele 5 contestații.

Prin adresa nr. 92/27612 din 20.05.2014, înregistrată la Consiliu cu nr. 15997 din 20.05.2014, autoritatea contractantă a transmis punctul de vedere referitor la excepția tardivității contestației formulată de ... precizând următoarele:

- potrivit dispozițiilor art. 256 indice 2 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)”;

- totodată, potrivit alin. 2 al aceluiași articol, „În cazul în care cererea prevăzută la alin. (1) privește conținutul documentației de atribuire, publicată în SEAP în condițiile art. 75 alin. (5), art. 89 alin. (4) și art. 127 alin. (2), data luării la cunoștință este data publicării documentației de atribuire”;

- la data de 01.05.2014, a fost publicat, în SEAP, anunțul de participare nr. ..., precum și documentația de atribuire aferentă acestuia;

- astfel, potrivit dispozițiilor legale menționate anterior, data luării la cunoștință de către contestatorul despre procedura de achiziție publică este 01.05.2014, termenul de contestare împlinindu-se la data de 11.05.2014;

- totodată, potrivit prevederilor art. 3 lit. z) din OUG nr. 34/2006, „În sensul prezentei ordonanțe de urgență, termenii și expresiile de mai jos au următoarele semnificații: z) zile - zilele calendaristice, în afara cazului în care se prevede expres că sunt zile lucrătoare. Termenul exprimat în zile începe să curgă de la începutul primei ore a primei zile a termenului și se încheie la expirarea ultimei ore a ultimei zile a termenului; ziua în cursul căreia a avut loc un eveniment sau s-a realizat un act al autorității contractante nu este luată în calculul termenului. Dacă ultima zi a unui termen exprimat altfel decât în ore este o zi de sărbătoare legală, o duminică sau o sâmbătă, termenul se încheie la expirarea ultimei ore a următoarei zile lucrătoare”;

- coroborând informațiile de mai sus, reiese fără putință de tăgadă, că ultimul termen de depunere a contestației este ... (luni);

- pe cale de consecință, data înregistrării contestației formulată de ... la Consiliu și anume ... este ulterioară împlinirii termenului de contestare, la 3 zile după termenul legal de contestare.

În concluzie, pentru motive arătate mai sus, autoritatea contractantă a solicitat Consiliului respingerea contestației ca fiind tardiv introdusă.

Prin adresa nr. 92/29683 din 29.05.2014, înregistrată la Consiliu cu nr. 17342 din 29.05.2014, autoritatea contractantă a transmis punctul de vedere referitor la excepția tardivității contestației formulată de ... menționând următoarele:

- potrivit dispozițiilor art. 256 indice 2 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)“;

- totodată, potrivit alin. 2 al aceluiași articol, „În cazul în care cererea prevăzută la alin. (1) privește conținutul documentației de atribuire, publicată în SEAP în condițiile art. 75 alin. (5), art. 89 alin. (4) și art. 127 alin. (2), data luării la cunoștință este data publicării documentației de atribuire“;

- de asemenea, potrivit prevederilor art. 271 alin. (1) din OUG nr. 34/2006, „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“;

- la data de 01.05.2014, a fost publicat, în SEAP, anunțul de participare nr. ..., precum și documentația de atribuire aferentă acestuia;

- astfel, potrivit dispozițiilor legale menționate anterior, data luării la cunoștință de către contestator despre procedura de achiziție publică este 01.05.2014, termenul de contestare împlinindu-se la data de 11.05.2014 (duminică);

- totodată, potrivit prevederilor art. 3 lit. z) din OUG nr. 34/2006, „În sensul prezentei ordonanțe de urgență, termenii și expresiile de mai jos au următoarele semnificații: z) zile - zilele calendaristice, în afara cazului în care se prevede expres că sunt zile lucrătoare. Termenul exprimat în zile începe să curgă de la începutul primei ore a primei zile a termenului și se încheie la expirarea ultimei ore a ultimei zile a termenului; ziua în cursul căreia a avut loc un eveniment sau s-a realizat un act al autorității contractante nu este luată în calculul termenului. Dacă ultima zi a unui termen exprimat altfel decât în ore este o zi de sărbătoare legală, o duminică sau o sâmbătă, termenul se încheie la expirarea ultimei ore a următoarei zile lucrătoare”;

- ca atare, potrivit dispozițiilor legii speciale, respectiv OUG nr. 34/2006, care primează în fața legii generale, ultimul termen de depunere a contestației este ... (luni);

- prin urmare, data înregistrării contestației formulată de ... la Consiliu a fost ... ulterior împlinirii termenului de contestare;

- prin urmare, de la data de ... până la data de ... s-au scurs 2 zile după termenul legal de contestare.

În concluzie, pentru aceste motive, autoritatea contractantă a solicitat Consiliului admiterea excepției tardivității formulării contestației și pe cale de consecință respingerea contestației ca fiind tardiv introdusă.

Prin adresa fără număr de înregistrare la emitent, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 18073 din 04.06.2014, autoritatea contractantă a transmis prin mijloace electronice (e-mail) măsurile de remediere dispuse și publicate în SEAP.

Prin adresa nr. 92/31844 din 04.06.2014, înregistrată la Consiliu cu nr. 18210 din 04.06.2014, autoritatea contractantă a transmis punctul de vedere referitor la contestațiile formulate de și de

În ceea ce privește fișa de date a achiziției, autoritatea contractantă subliniază că:

Cerința de calificare nr. 2: „Ofertantul trebuie să demonstreze ca 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 (*n.n.* 1.900.000 lei) sau echivalent, suma suficientă pentru a realiza cash-flowul de execuție a

contractului pentru o perioada 2 luni", 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.

Astfel, 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 solicită 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 Studiilor geotehnice, 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 contestatorului ... sunt nefondate și menține prevederile cerinței de calificare enunțată mai sus.

Referitor la contract, ... face următoarele precizări:

1. Contestatorul ... consideră că 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.

Art. 2.1 "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."

Față de această observație a contestatorului ... 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."

În calitate de autoritatea contractantă, ... afirmă că elaborează 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, consideră că observațiile contestatorului ... sunt nefondate și menține prevederile art. 2.1 din Contractul de servicii.

2. Contestatorul, ..., apreciază că data de intrare în vigoare a contractului nu coincide cu data de începere a contractului.

Art. 5.2 "Data intrării în vigoare a Contractului va fi în termen de 15 zile calendaristice de la data semnării Contractului, sub condiția constituirii Garanției de Bună Execuție, în forma, pentru perioada și în cuantumul agreed de Beneficiar, precum și în termenul și condițiile prevăzute la Articolul 29 din prezentul Contract".

Fata de mențiunile contestatorului ..., 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 în art. 87 alin. (1) lit. b) raportat la art. 89 din HG nr. 925/2006.

În concluzie, ... consideră că observațiile contestatorului ... sunt nefondate și menține prevederile art. 5.2 din Contractul de servicii.

3. Contestatorul ... și ... consideră art. 5.3 din Contractul de servicii sus menționat, lovit de nulitate pentru că realizarea și respectarea acestei clauze depinde doar de o singură parte și nu se specifică data până când se realizează obligațiile contractuale.

Art. 5.3 "Data de începere a Contractului de servicii va fi notificată de către Beneficiar după 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."

Față de observațiile contestatorilor ... și ... autoritatea contractantă consideră că este necesar 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 lucratoare 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, ... propune următoarea măsură de remediere în sensul reformulării și completării art. 5.3 din Contractul de servicii:

MĂSURA DE REMEDIERE NR. 1:

Modificarea și completarea articolului 5.3 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 lucratoare 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."

4. Contestatorul, ... apreciază că prevederile art. 5.5 din Contractul de servicii sunt disproporționate și abuzive, această clauză putând duce la prelungirea cvasi la infinit a perioadei de valabilitate.

Art. 5.5 "Perioada de valabilitate a Contractului se va încheia la epuizarea convențională sau legală a oricărui efect pe care îl produce."

Față de aprecierea contestatorului, ... reamintește că este autoritatea contractantă în sensul art. 8 din OUG nr. 34/2006 și are obligația de a respecta toate actele normative în vigoare cu privire la modalitatea de utilizare a fondurilor publice astfel cum este prevăzut la art. 2 alin. (2) lit. f) "Principiul eficienței utilizării a fondurilor" din OUG nr. 34/2006, dar și să-și

asume răspunderea pentru acestea cum este menționat în cadrul aceluiași articol la lit. g).

De altfel, 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 că "Convențiile trebuie executate cu bună-credință. Ele obligă nu numai la ceea ce este expres înțeles, dar la toate urmările ce echitatea, obiceiul sau legea da 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 decât atât, deoarece sursa de finanțare a contractelor de servicii este din fonduri europene nerambursabile, autoritatea contractantă face cunoscut faptul 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) "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" din Legea nr. 500/2002, ... consideră că observațiile contestatorului ... sunt nefondate și menține prevederile Art. 5.5 din Contractul de servicii.

De asemenea, arată că, 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.

5. Contestatorii, ... și ... consideră că în condițiile în care termenul de elaborare a Studiului de Fezabilitate Final este de 4 luni, termenul de ... de zile de aprobare a unui subcontractor este disproporționat și restrictiv. Contestatorii solicită autorității contractante să ia măsurile de remediere, astfel încât să prevadă alte termene de aprobare a unui subcontractor.

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 ... de zile de la data primirii notificării, motivând decizia sa în cazul respingerii aprobării."

Având în vedere ca termenul de elaborare a Studiului de Fezabilitate este de 4 luni, autoritatea contractantă consideră că este necesară adoptarea unei măsuri de remediere în sensul reducerii termenului de aprobare a subcontractorilor de către Beneficiar de la „... de zile” la „10 zile”.

Nu au putut fi luate în considerare termenele propuse de contestatori (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.).

MĂSURA DE REMEDIERE NR. 2:

Modificarea articolului 8.2 după cum urmează:

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 10 zile de la data primirii notificării, motivând decizia sa în cazul respingerii aprobării."

6. Referitor la art. 8.8 din Contractul de servicii, Contestatorul ... 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 Prestatorul nu pot fi încredințate unor terțe părți de către subcontractant."

Față de aprecierile contestatorului ... autoritatea contractantă aduce la cunoștință 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 cu modificări și completări ulterioare, respectarea prevederilor art. 4, art. 7, art. 27 din Normele metodologice de aplicare a prevederilor Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 66/2011 privind prevenirea, constatarea și sancționarea neregulilor apărute în obținerea și utilizarea fondurilor europene și/sau a fondurilor publice naționale aferente acestora, precum și evitarea situațiilor prevăzute în Anexa nr. 1. SISTEME ȘI INDICATORI DE FRAUDĂ¹), 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".

... subliniază faptul că nu interzice colaborarea cu terțe părți așa cum a fost interpretat de contestatorul ... 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 contestatorului ... sunt nefondate și menține prevederile art. 8.8 din Contractul de servicii.

7. Contestatorul, ... apreciază că prevederile articolului 8.9 din Contractul de servicii sunt disproporționate și abuzive.

Art. 8.9 "Pe parcursul derulării contractului, Prestatorul nu are dreptul de a înlocui subcontractanții nominalizați în ofertă fără acceptul Beneficiarului, iar eventuala înlocuire a acestora nu trebuie să conducă la modificarea propunerii tehnice sau financiare inițiale."

Față de aprecierea contestatorului aduce la cunoștință ca art. 8.9 din Contractul de Servicii sus menționat a fost introdus ca o măsură de siguranță pentru autoritatea contractantă și respectă, în totalitate, prevederile art. 96 alin. (2) din HG nr. 925/2006.

Autoritatea contractantă consideră că, contestatorul 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.

Prin urmare, ... consideră că observațiile contestatorului ... sunt nefondate și menține prevederile art. 8.9 din Contractul de servicii.

De asemenea, în cazul în care Prestatorul ar înlocui subcontractanții nominalizați în oferta inițială fără acceptul Beneficiarului, autoritatea contractantă afirmă că 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.

8. Contestatorii, ... și ... consideră că art. 8.10 din Contractul de servicii conține clauze disproporționate și abuzive, că este nejustificată penalizarea și este nejustificată interzicerea înlocuirii unui subcontractor pe parcursul derulării contractului (în caz că apar situații neprevăzute).

Art. 8.10 "Orice schimbare a subcontractantului fără aprobarea prealabilă în scris a Beneficiarului sau orice

încălcarea 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."

Față de considerentele expuse de către contestatorii ... și ... autoritatea contractantă face cunoscut faptul că, prezentul contract de servicii va avea ca sursă de finanțare fonduri nerambursabile și este necesară atât respectarea art. 2 alin. (2), art 45 și art. 204 din OUG nr. 34/2006, cât și respectarea prevederilor art. 8 din OUG nr. 66/2011, prevederilor art. 4, art. 7, art. 27 din Normele metodologice de aplicare a prevederilor Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 66/2011 privind prevenirea, constatarea și sancționarea neregulilor apărute în obținerea și utilizarea fondurilor europene și/sau a fondurilor publice naționale aferente acestora și evitarea apariției unor situații de natura celor specificate în Anexa nr. 1. SISTEME ȘI INDICATORI DE FRAUDĂ¹), CAPITOLUL 3: Fraude în cadrul contractelor și achizițiilor publice Sisteme de fraudare comune și recurente și indicatorii de fraudă relevanți (semnale de avertizare).

Prevederile Art. 8.10 din Contractul de servicii au rolul de a evita o distorsionare a concurenței prin posibila modificare a ofertei tehnice sau financiare inițiale ca urmare a înlocuirii subcontractantului.

... consideră 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. Amintim faptul că, potrivit art. ... și art. ...1 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. Subliniază faptul că 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 contestatorilor ... și ... sunt nefondate și menține prevederile art. 8.10 din Contractul de servicii.

9. Contestatorii, ... și ... consideră că art. 8.11 conține clauze disproporționate și abuzive, este nejustificată interzicerea angajării unui subcontractant ulterior semnării contractului de servicii.

Art. 8.11 "În situația în care Prestatorul a declarat în cadrul ofertei că își va îndeplini obligațiile contractuale fără sprijinul unor subcontractanți, nici un contract de subcontractare nu va fi aprobat ulterior semnării prezentului Contract de Servicii."

Față de considerentele expuse de către contestatorii ... și ... 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.

MĂSURA DE REMEDIERE NR. 3:

Eliminarea articolului 8.11 din Contractul de servicii.

10. Contestatorii, ... și ... consideră că art. 8.12 coroborat cu art. 8.7 din Contractul de servicii conține clauze abuzive și restrictive.

Art. 8.12 "În situația în care Prestatorul a declarat că își va îndeplini o parte din obligațiile contractuale cu sprijinul unor subcontractanți, va fi respectată în totalitate această obligație. Pe tot parcursul îndeplinirii prezentului Contract de Servicii, Prestatorul nu va depăși limita procentuală declarată în cadrul ofertei pentru subcontractare."

Față de considerentele expuse de către contestatorii ... și ... autoritatea contractantă consideră ca poate fi luată o măsură de remediere în sensul eliminării în integralitate a art. 8.12 din Contractul de servicii sus menționat, întrucât dispozițiile 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, depășirea limitei procentuale declarate în cadrul ofertei.

MĂSURA DE REMEDIERE NR. 4

Eliminarea articolului 8.12 din Contractul de servicii.

11. Contestatorii, și ... apreciază prevederile art. 8.13 din Contractul de servicii ca fiind abuzive și restrictive, obligând Prestatorul de a nu subcontracta unui anumit subcontractant doar pentru ca acesta a fost nominalizat ca și subcontractant de către un alt ofertant declarat necâștigător, mai ales ca Prestatorul nu deține informații despre subcontractorii sau terți susținători ai celorlalți ofertanți necâștigători. Aceștia consideră că în anumite domenii specifice de activitate din aria complexă a proiectului serviciile pot fi executate de câțiva prestatori autorizați și sunt puține firme specializate (electricitate, arheologie, siguranța rutieră, etc).

Art. 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/terți 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."

În vederea corelării cu prevederile Anexei nr. 1. din OUG nr. 66/2011 - SISTEME ȘI INDICATORI DE FRAUDĂ¹), CAPITOLUL 3: Fraude în cadrul contractelor și achizițiilor publice Sisteme de fraudare comune și recurente și indicatorii de fraudă relevanți (semnale de avertizare) SUBCAPITOLUL 3³: Practici de cooperare secretă în care sunt menționați ca Indicatori de fraudă "ofertanții respinși sunt angajați ca subcontractanți", " în oferta contractantului sunt incluși subcontractanți aflați în competiție pentru contractul principal", "contractanții calificați se abțin de la depunerea unei oferte și devin subcontractanți, sau ofertantul cu cel mai scăzut preț se retrage și devine subcontractant" ... consideră ca poate fi luată o măsură de remediere în sensul eliminării sintagmei "terți susținători/ subcontractanții acestora".

MĂSURA DE REMEDIERE NR. 5:

Modificarea articolului 8.13 după cum urmează:

"Art. 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 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."

12. Contestatorul ... apreciază că prevederile articolului 8.14 din Contractul de servicii sunt nejustificate.

Art. 8.14 "Nerespectarea obligațiilor cu privire la declararea/înlocuirea subcontractanților de către Prestatorul potrivit prevederilor Articolului 8 din Contractul de Servicii va fi considerată o încălcare a prezentului contract, întrucât este considerată indicator de fraudă potrivit prevederilor OUG nr. 66/2011 cu modificări și completări ulterioare și poate fi sancționată potrivit prevederilor Articolului 292 din Codul Penal."

Față de aprecierile contestatorului, ... autoritatea contractantă afirmă că sursa de finanțare a contractului de servicii sus menționat o reprezintă fondurile nerambursabile și ca atare aceasta are obligația de a respecta art. 2 alin. (2), art. 45 și art. 204 din OUG nr. 34/2006, cât și respectarea prevederilor art. 8 din OUG nr. 66/2011, a prevederilor art. 4, art. 7, art. 27 din Normele metodologice de aplicare a prevederilor Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 66/2011 privind prevenirea, constatarea și sancționarea neregulilor apărute în obținerea și utilizarea fondurilor europene și/sau a fondurilor publice naționale aferente acestora precum și de a evita apariția unor situații de natura celor specificate în Anexa nr. 1. SISTEME ȘI INDICATORI DE FRAUDĂ¹), CAPITOLUL 3: Fraude în cadrul contractelor și achizițiilor publice Sisteme de fraudare comune și recurente și indicatorii de fraudă relevanți (semnale de avertizare) SUBCAPITOLUL 3³: Practici de cooperare secretă.

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, ar trebui ca subcontractanții să aibă experiența 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.

Autoritatea contractantă amintește faptul că, potrivit art. ... și art. ...¹ 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.

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 responsabilități operatorului economic principat”.

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 de achiziție această limitare a fost prevăzută ca urmare a faptului că autoritatea contractantă se află în imposibilitatea de a verifica criterii de calificare pentru subcontractanți. Conform art. 204, alin. (1) din OUG nr. 34/2006, 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, apreciază că 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, ... consideră ca observațiile contestatorului ... sunt nefondate și menținem prevederile Art. 8.14 din Contractul de servicii sus menționat.

13. Contestatorul ..., consideră că art. 10 coroborat cu art. 11, 18, 19, 20 prevede 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. Contestatorul propune ca art. 27 „Plăți” să fie prevăzut în articolul care reglementează obligațiile părților și care să prevadă în sarcina autorității contractante, în acord cu obligațiile prestatorului, modalitățile, termenele și sancțiunile aplicabile pentru neexecutarea culpabilă.

Art. 10.1 "Prestatorul va presta Serviciile în condițiile și la termenele stabilite prin prezentul Contract de Servicii."

Art. 10.2 "Prestatorul va respecta și se va supune tuturor legilor și reglementărilor în vigoare în România și se va asigura că și personalul său, salariat sau contractat de acesta, conducerea sa, subordonații acestuia, și salariații din teritoriu vor respecta și se vor supune de asemenea aceluiași legi și reglementări. Prestatorul va despăgubi Beneficiarul în cazul oricăror pretenții și acțiuni în justiție rezultate din orice încălcări ale prevederilor în vigoare de către Prestator, personalul său, salariat sau contractat de acesta, inclusiv conducerea sa, subordonații acestuia, precum și salariații din teritoriu."

Art. 10.3 "Prestatorul va executa Serviciile în baza Contractului de Servicii cu atenție, eficiență și diligență, conform celor mai înalte standarde profesionale, cu respectarea termenelor limită stabilite pentru fiecare etapă de realizare a Serviciilor potrivit prevederilor Contractului de Servicii."

Art. 10.5 "Prestatorul va considera toate documentele și informațiile care îi sunt puse la dispoziție referitoare la Contractul de Servicii drept private și confidențiale și, cu excepția cazului în care este necesar pentru executarea Contractului, nu va publica sau divulga nici un element al Contractului de Servicii fără acordul scris prealabil al Beneficiarului ori al Managerului de Proiect. Dacă există divergențe cu privire la necesitatea publicării sau divulgării în scopul executării Contractului de Servicii, decizia finală va aparține Beneficiarului."

Art. 10.6 "Dacă Prestatorul este o Asocieră alcătuită din două sau mai multe persoane, toate aceste persoane vor fi ținute individual și solidar responsabile de îndeplinirea

obligățiilor din Contractul de Servicii. Persoana desemnată de Asocierie să acționeze în numele său în cadrul Contractului de Servicii va avea autoritatea de a reprezenta și angaja contractual Asocieria."

Art. 10.7 "Orice modificare a componentei Asocierii fără acordul prealabil scris al Beneficiarului va fi considerată o încălcare a Contractului de Servicii și nu va avea nici un efect asupra Contractului de Servicii, părțile inițiale ale Asocierii fiind în continuare ținute individual și solidar responsabile de îndeplinirea obligațiilor din Contractul de Servicii."

Art. 10.8 "Dacă nu a fost solicitat sau convenit în alt sens de către UE, Prestatorul va întreprinde demersurile necesare pentru a se asigura că finanțarea a fost mediatizată corespunzător. Aceste demersuri trebuie să se facă în conformitate cu regulile privind transparența stabilite în „Manualul de Identitate Vizuală pentru Programul Operațional Sectorial Transport”, disponibil în format electronic la adresa www.ampost.ro."

Art. 10.9 "În cazul în care Prestatorul se reorganizează, prin fuziune, divizare sau transformare, preluarea contractului de către persoana juridică succesoare se va face numai în condițiile îndeplinirii de către acesta cel puțin a criteriilor de calificare stabilite în cadrul procedurii de atribuire a prezentului contract."

Față de susținerile contestatorului ..., 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 decât atât 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.

Autoritatea contractantă consideră că o reformulare sau re poziționare a articolelor în cadrul contractului, astfel cum au fost propuse de către contestator, nu ar conferi o putere juridică mai mare decât este în prezent dată în varianta de contract existentă.

Totodată, precizează că este autoritatea contractantă în sensul art. 8 din OUG nr. 34/2006 și are obligația de a respecta toate actele normative în vigoare cu privire la modalitatea de utilizare a fondurilor publice astfel cum este prevăzut la art. 2

alin. (2) lit. f) "Principiul eficienței utilizării a fondurilor" din OUG nr. 34/2006, dar și să-și asume răspunderea pentru acestea cum este menționat în cadrul aceluiași articol la lit. g).

Astfel, ... consideră ca observațiile contestatorului, ... sunt nefondate și menține prevederile Art. 10 din Contractul de servicii sus menționat

14. Referitor la art. 10.4 din Contractul de servicii, contestatorul ..., afirmă că prestatorul își asumă obligația prestării unui serviciu sub supravegherea managerului de proiect, care are totodată competența de a soluționa cererile care au ca obiect neconformitatea propriilor sale ordine, considerând că în această situație există o cauză de incompatibilitate și solicită ca soluționarea notificărilor să fie realizată de către altă persoană, iar notificarea asupra ordinului Managerului de Proiect să suspende executarea acestuia.

Art. 10.4 "Prestatorul se va conforma Ordinilor Administrative date de Managerul de Proiect. Când Prestatorul apreciază că Ordinele Administrative sunt emise cu depășirea competenței Managerului de Proiect ori nu corespund scopului Contractului de Servicii, va notifica Managerul de Proiect, sub sancțiunea decăderii, într-un termen de 10 zile de la data primirii Ordinului. Executarea Ordinului Administrativ nu va fi suspendată prin această notificare."

Față de susținerile contestatorului ..., autoritatea contractantă menționează ca 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. Autoritatea contractantă consideră că nu există clauză de incompatibilitate, astfel cum afirmă contestatorul.

De asemenea, în situația în care notificarea Prestatorului ar suspenda executarea Ordinului Administrativ, astfel cum este propus a fi revizuită clauza contractuală de către contestator, 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. Autoritatea contractantă apreciază că 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).

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

Prin urmare, autoritatea contractantă apreciază că observațiile contestatorului, ... sunt nefondate și menține prevederile Art. 10.4 din Contractul de servicii sus menționat.

15. Contestatorul ... apreciază ca 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.

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 nici unui drept anterior dobândit de Prestator în baza Contractului de Servicii."

Față de susținerile contestatorului menționează 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, menționează că Contractul de execuție lucrări "REABILITARE DN6 ALEXANDRIA - CRAIOVA LOT 2 KM 132+435 - KM 185+2...". După verificarea de către DLAF a întregului dosar de achiziție, a plăților către firma ROMSTRAD SRL s-a constatat că există indicii temeinice că anumite sume au fost folosite de către Antreprenor în alte scopuri decât cele prevăzute în contract și prin urmare situația poate constitui elementele constitutive ale infracțiunii împotriva intereselor financiare ale Comunității Europene prevăzută la art. 182 alin. (1) și (2) din Legea nr. 78/2000 pentru prevenirea, descoperirea și sancționarea faptelor de corupție.

... .. precizează, în acest sens că, unii dintre indicatorii de fraudă menționați în anexa nr. 1. SISTEME ȘI INDICATORI DE FRAUDĂ¹), 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 OUG 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, consideră că observațiile contestatorului, sunt nefondate și menține prevederile Art. 12.2 din Contractul de servicii sus menționat.

16. Contestatorii, și afirmă că există un caracter discreționar al dreptului Beneficiarului în cuprinsul clauzei 13.2.,

că se impun în sarcina Prestatorului o serie de obligații contractuale:

- obligația de a înlocui imediat și fără vreo compensație personalul care se regăsește într-un conflict de interese;
- plata penalităților în quantum de 0,1% din prețul contractului pentru fiecare persoană înlocuită;
- suplimentar, repararea oricăror prejudicii decurgând dintr-un astfel de conflict de interese.

Contestatorul susține că penalitatea de 0,1% raportată la întreg prețul contractului, nu este conformă 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.

Contestatorul afirmă că în virtutea art. 18 din contract unde se stipulează că Prestatorul are obligația de a informa Beneficiarul cu privire la întreg personalul, Beneficiarul având posibilitatea să excludă pe cei care nu corespund din punct de vedere profesional cerințelor contractului, Beneficiarul ar putea să îi verifice și pe cei care sunt în conflict de interese.

Contestatorul susține că având în vedere că la verificarea îndeplinirii cerințelor din caietul de sarcini cu privire la personal, Beneficiarul ar putea să constate eventualele conflicte de interese, Prestatorul nu ar mai fi în culpă pentru viitoarele conflicte de interese care pot apărea ulterior acestui moment.

Contestatorul afirmă că aspectul cumulării penalității de 0,1% generat de un posibil conflict de interese cu repararea prejudiciului cauzat Beneficiarului de existența unei asemenea situații este prea oneros și totodată posibilul prejudiciu nu ar putea fi cuantificat.

În acest sens, Contestatorul propune doar păstrarea prevederii art. 13.1 din Contractul de servicii.

Art. 13.2 "Beneficiarul își rezervă dreptul de a verifica dacă măsurile luate sunt corespunzătoare și poate solicita măsuri suplimentare dacă este necesar. 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 oricărui prejudiciu decurgând dintr-un astfel de conflict de interese."

Față de susținerile contestatorilor, autoritatea contractantă arată că, în virtutea prevederilor OUG nr. 66/2011, 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 ..., obiectiv de interes național, ... consideră că propunerea contestatorului nu este fondată.

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, opinează că această posibilă situație ar fi în detrimentul ambelor părți.

În ceea ce privește afirmația contestatorului 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, opinăm 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 ale contestatorului, ... subliniază faptul că obligația de evitarea 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. ..., ...¹ și 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. 15... din Codul Civil și dispozițiile OUG nr. 66/2011, care prevede corecții financiare de până la 25% din valoarea contractului pentru încălcări ale regulilor de achiziții publice.

Având în vedere cele sus menționate, ... evidențiază că, 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. ... și/sau ...¹ din OUG nr. 34/2006, oricare Ofertant/Candidatul/Ofertantul asociat/Subcontractantul/Terțul susținător va fi exclus din procedură. De asemenea, face cunoscut că 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.).

... menționează că 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. Aceasta penalitate a fost introdusă având în vedere prevederile art. 15... din Codul Civil și dispozițiile OUG nr. 66/2011 care prevede corecții financiare de până la 25% din valoarea contractului pentru încălcări ale regulilor de achiziții publice.

De asemenea, precizează că 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.

Prin urmare, autoritatea contractantă consideră ca observațiile contestatorilor ... și ... sunt nefondate și menține prevederile Art. 13.2 din Contractul de servicii sus menționat.

17. Contestatorii, ... și ... afirmă că art. 16.1 din Contractul de servicii conține clauze abuzive.

Art. 16.1 "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 măsura 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."

Față de susținerile contestatorilor, autoritatea contractantă dorește a se avea în vedere 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 poate exercita drepturi de proprietate intelectuală, dar de către ... 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, autoritatea contractantă apreciază că nu se poate considera că Prestatorul nu va fi remunerat pentru documentele predate Beneficiarului.

Prin urmare, autoritatea contractantă consideră că observațiile contestatorilor ... și ... sunt nefondate și menține prevederile Art. 16.1 din Contractul de servicii sus menționat.

18. Contestatorul, ... consideră ca prevederile art. 18 pct. 3,4 și 5 precum și art. 11, 19, 20 prevăd obligații exclusiv în sarcina Prestatorului, reprezentând un dezechilibru contractual acestea având un caracter abuziv.

În ceea ce privește afirmația mai sus menționată, 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 acestuia, (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 perceputându-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.

Contestatorul 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.

În conformitate cu prevederile Codului Civil, art. 1536 prevede că: „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, opinăm că prejudiciile posibile prin neexecutarea obligațiilor prestatorului pot depăși nivelul dobânzii legale, pentru acest motiv nu suntem de acord cu susținerea contestatorului.

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 contestator, conform art. 1 alin. (1) Prezenta lege 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 contestatorului întemeiate pe dispozițiile legale invocate.

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

... afirmă că este autoritatea contractantă, în sensul art. 8 din OUG nr. 34/2006 și are obligația de a respecta toate actele normative în vigoare cu privire la modalitatea de utilizare a fondurilor publice astfel cum este prevăzut la art. 2 alin. (2) lit. f) "Principiul eficienței utilizării a fondurilor" din OUG nr. 34/2006, dar și să-și asume răspunderea pentru acestea cum este menționat în cadrul aceluiași articol la lit. g).

Prin urmare, autoritatea contractantă consideră că observațiile contestatorului ... sunt nefondate și menține prevederile Art. 18 din Contractul de servicii sus menționat.

19. Contestatorii ... și ... susțin că prevederile art. 18.1 din Contractul de servicii sunt abuzive și nelegale, respingerea personalului nu e motivată, mai ales că pentru orice schimbare de personal Prestatorul este penalizat (conform art. 18.4). Contestatorul ... consideră că potrivit clauzei Beneficiarul nu justifică decizia de respingere a personalului.

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."

Față de susținerile contestatorilor, ... precizează faptul că situațiile în care autoritatea 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 contractantă apreciază ca nefondate susținerile contestatorilor ... și ... și consideră că este necesară păstrarea condițiilor inițiale de participare la licitație și totodată respectarea calității serviciilor asumate de Prestator în oferta sa.

Prin urmare, autoritatea contractantă consideră că observațiile contestatorilor ... și ... sunt nefondate și menține prevederile Art. 18.1 din Contractul de servicii sus menționat.

20. Contestatorii ... și ... consideră prevederile art. 18.4 (5) din Contractul de servicii ca fiind nelegale și abuzive.

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 nici o plată pentru perioada absenței expertului său a absenței înlocuitorului acestuia."

Față de aprecierile contestatorilor, ... dorește să menționeze 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, aceasta 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 experiență 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 nici o 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 cerințelor minime din documentația de atribuire, ci este prevăzut ca o măsură 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 contestatorilor și ... sunt nefondate și menține prevederile Art. 18.4 (5) din Contractul de servicii sus menționat.

21. Contestatorul ... susține că prevederile art. 19 coroborat cu dispozițiile art. 11, 18, 20 prevăd obligații exclusiv în sarcina Prestatorului, reprezentând un dezechilibru contractual acestea având un caracter abuziv.

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 aceasta 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."

Referitor la art. 19.3 din Contractul de servicii, autoritatea contractantă menționează că acesta prevede 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 contestatorul. Prejudiciul generat Beneficiarului este dat tocmai

de neexecutarea obligațiilor contractuale a prestatorului, la neîndeplinirea obiectului contractului. Contestatorul susține că acest quantum 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, opinăm că prejudiciile posibile prin neexecutarea obligațiilor prestatorului pot depăși nivelul dobânzii legale, pentru acest motiv nu suntem de acord cu susținerea Contestatorului.

Prin urmare, ... consideră că susținerile contestatorului ... sunt nefondate și menține prevederile Art. 19.3 din Contractul de servicii sus menționat.

22. Referitor la art. 19.5 din Contractul de servicii, contestatorii ... și ..., autoritatea contractantă apreciază că penalitățile sunt disproporționate cu evenimentul sancționat, mai ales ca 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.

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 îndreptăţit să solicite Prestatorului, iar acesta va fi obligat la plata unor penalităţi de întârziere în cuantum de 0,05% pe zi de întârziere din Preţul Contractului care vor curge de la data comunicării respingerii personalului propus şi până la data aprobării de către Beneficiar a unor experţi propuşi de Prestator care să îndeplinească criteriile de calificare prevăzute în documentaţia de atribuire."

Faţă de considerentele contestatorilor, dar şi având în vedere cuantumul penalităţilor prevăzute pentru Prestator în cadrul Contractului de Servicii, autoritatea contractantă apreciază ca necesară următoarea măsură de remediere

MĂSURA DE REMEDIERE NR. 6:

Modificarea articolului 19.5 din Contractul de servicii după cum urmează:

Art. 19.5 "În situaţia în care un membru al personalului cheie trebuie înlocuit, persoana înlocuitoare trebuie să îndeplinească aceleaşi criterii de calificare solicitate în documentaţia de atribuire. Prestatorul va transmite Beneficiarului, pentru verificare şi aprobare o copie a CV-ului acestuia şi 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 îndreptăţit să solicite Prestatorului, iar acesta va fi obligat la plata unor penalităţi de întârziere în cuantum de 0,01% pe zi de întârziere din Preţul Contractului care vor curge de la data comunicării respingerii personalului propus şi până la data aprobării de către Beneficiar a unor experţi propuşi de Prestator care să îndeplinească criteriile de calificare prevăzute în documentaţia de atribuire." 23. Referitor la art. 19.6 din Contractul de servicii, contestatorii şi ... consideră nelegală şi abuzivă neplata onorariului convenit Prestatorului, în condiţiile în care Prestatorul ia măsuri pentru a compensa absenţa temporară a expertului prin angajarea unui expert temporar, înregistrând cheltuieli ca urmare a mobilizării unui expert temporar conform solicitării Beneficiarului.

Art. 19.6 "Costurile suplimentare generate de înlocuirea personalului incumbă Prestatorului. În cazul în care expertul nu este înlocuit imediat şi funcţiile 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 absenţa temporară a expertului

absent. Indiferent de situație, Beneficiarul nu va efectua nici o plată pentru perioada absenței expertului sau a absenței înlocuitorului acestuia."

Față de considerentele contestatorilor 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. Nu consideră această clauză nelegală și nici abuzivă, Beneficiarul neputând plăti pentru o muncă efectiv neprestată, perioada în care Prestatorul nu asigură existența unui expert (calificat conform cerințelor din caietul de sarcini) sau în situația în care absentează înlocuitorul acestuia, neputând fi plătită o prestație efectuată (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.

Pe parcursul derulării contractelor de servicii, autoritatea contractantă s-a confruntat cu situații în care Prestatorul a schimbat experții declarați inițial la oferta cu experți care nu au aceeași experiența profesională cu cea a experților pe care îi înlocuiesc.

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 împiedicării acestui lucru 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 nici o 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 cerințelor minime din documentația de atribuire, ci este prevăzut ca o măsură 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, ... dorește ca Oferta Prestatorului să nu fie modificată prin schimbarea experților.

Prin urmare, consideră că susținerile contestatorilor ... și ... sunt nefondate și menține prevederile Art. 19.6 din Contractul de servicii sus menționat.

24. Referitor la art. 19.8 din Contractul de servicii care are următorul conținut:

„Art. 19.8 Aprobarea și/sau înlocuirea experților se va putea face 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.” Autoritatea contractantă, urmare celor contestate și după analiza Beneficiarului asupra acestora, propune ca măsura de remediere, introducerea unui termen pentru aprobarea/înlocuirea experților de "10 zile".

MĂSURA DE REMEDIERE NR. 7:

Modificarea articolului 19.8 din Contractul de servicii după cum urmează:

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.”

25. Contestatorul ... susține că prevederile art. 19.9 din Contractul de servicii sunt disproportionale și abuzive.

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."

Față de susținerile contestatorului ... autoritatea contractantă dorește să precizeze că sunt nefondate și prin urmare, autoritatea contractantă 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. Aceasta 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.

26. Cei patru contestatori consideră dispozițiile art. 21.2 din Contractul de servicii ca fiind abuzivă și nelegală, neexistând temei legal prin care Beneficiarul să se opună cu privire la contul bancar al Prestatorului.

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 sau bancar sau un formular similar. Beneficiarul va avea dreptul să se opună deciziei Prestatorului cu privire la contul bancar."

Față de susținerile celor patru contestatori, autoritatea contractantă propune ca măsura de remediere eliminarea ultimei propoziții din cadrul art. 21.2 din Contractul de servicii, respectiv se va elimina: "Beneficiarul va avea dreptul să se opună deciziei Prestatorului cu privire la contul bancar" având în vedere caracterul interpretabil al art. 21.2 din Contractul de servicii, precum și lipsa unui dispoziții legale imperative cu privire la acest aspect.

MĂSURA DE REMEDIERE NR. 8:

Modificarea articolului 21.2 din Contractul de servicii după cum urmează:

„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 sau bancar sau un formular similar."

27. Referitor la art. 26.2 din Contractul de servicii, contestatorii 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.

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 in cazul respingerii Rapoartelor și a documentelor justificative sau al solicitării unor modificări și/sau completări. Dacă Beneficiarul nu transmite în interiorul termenului de notificare nici un comentariu cu privire la Rapoartele sau documentele primite, Prestatorul poate solicita aprobarea in scris a acestora."

Deoarece din cuprinsul clauzei se poate considera incert termenul de aprobare al Rapoartelor/documentelor menționate în Anexa I - Caietul de Sarcini, autoritatea contractantă apreciază necesară aplicarea unei măsuri de remediere.

MĂSURA DE REMEDIERE NR. 9:

Modificarea articolului 26.2 din Contractul de servicii 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 in cazul respingerii Rapoartelor si a documentelor justificative sau al solicitării unor modificări și/sau completări."

28. Contestatorul ... apreciază că art. 26.5 (2) din Contractul de servicii rămâne la latitudinea discreționara a autorității Contractante când și dacă emite aprobarea rapoartelor/documentelor, deși nu a avut obiecțiuni față de acestea.

Art. 26.5. (2) "Studiul de Fezabilitate Final va fi considerat acceptat de către Beneficiar numai după obținerea Acordului de Mediu, avizelor de la Articolul 26.5.(1) și transmiterea de către Prestator a Raportului Financiar menționat în Anexa I - Caietul de Sarcini, și numai după aprobarea Raportul Financiar de către Beneficiar în baza documentelor justificative (inclusiv a tuturor documentelor care fac parte din Studiul de Fezabilitate Final)."

De asemenea, afirmă că studiul de fezabilitate este complet în momentul în care acesta conține toate informațiile menționate în ANEXA Nr. 2: CONȚINUTUL - CADRU al studiului de fezabilitate din HG nr. 28/2008 cu modificări și completări ulterioare.

Având în vedere cele menționate mai sus, față de susținerile contestatorului, autoritatea contractantă apreciază necesara aplicarea unei masuri de remediere

MĂSURA DE REMEDIERE NR. 10:

Modificarea articolului 26.5 (2) din Contractul de servicii după cum urmează:

„Art. 26.5 (2) 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)."

29. Contestatorul ... susține că prin coroborarea art. 27.7 cu art. 26.2 și 26.5(2) din Contractul de servicii rămâne la latitudinea discreționara a autorității contractante când și dacă emite aprobarea rapoartelor/documentelor, deși nu a avut obiecțiuni față de acestea.

Art. 27.7. „Plățile intermediare și Plata finală se vor efectua în termen de 60 de zile de la data primirii facturii sau în termen de 60 de zile de la data aprobării Rapoartelor de către Beneficiar, în situația în care factura este emisă anterior aprobării Rapoartelor.”

Având în vedere propunerile de remediere ale art. 26.2 și art. 26.5 (2) din Contractul de servicii, autoritatea contractantă menține prevederile art. 27.7 din Contractul de servicii. Totodată, menționează că termenul de plată de 60 zile de la

art. 27.7 din Contractul de servicii este stabilit, în conformitate cu prevederile Legii nr. 72/2013.

Prin urmare, consideră ca nefondată afirmația contestatorului

.... Contestatorul SEARCH CORPORATION SRL consideră că potrivit prevederilor art. 27.8 (1) coroborate cu prevederile art. 27.9 din Contractul de servicii nu se pot aplica de către Prestator dobânzi penalizatoare în caz de neplată sau plată cu întârziere.

Art. 27.8. (1) „Termenul limită de plată de 60 zile prevăzut la articolul 21.7 va expira la data la care contul Beneficiarului este debitat. Beneficiarul poate suspenda termenul de plată pentru orice alta sumă facturată contestată de către Managerul de Proiect, prin notificarea Prestatorului în sensul că acea parte a facturii este neacceptată, fie deoarece suma respectivă nu este datorată, fie că documentele aferente nu pot fi avizate și Beneficiarul consideră că sunt necesare mai multe verificări, fie că se depășește pragul maxim.”

Față de considerentele contestatorului, autoritatea contractantă propune ca măsura de remediere eliminarea articolului 27.8 (1) pentru a evita interpretarea datei la care expira termenul limită de plată.

MĂSURA DE REMEDIERE NR. 11:

Eliminarea articolului 27.8 (1) din Contractul de servicii.

31. Contestatorii ... și ... susțin că este abuziv art. 27.9 din Contractul de servicii deoarece consideră că nu se pot aplica de către Prestator dobânzi penalizatoare în caz de neplată sau plată cu întârziere.

Art. 27.9. "Îndată ce termenul limită de plata 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)."

Având în vedere eliminarea art. 27.8 (1) din Contractul de servicii, autoritatea contractantă menține prevederile art. Art. 27.9. din Contractul de servicii.

Prin urmare, consideră ca nefondate afirmațiile contestatorilor – ... și

32. Contestatorul, ... susține că nu este respectat principiul egalității în ce privește distribuția penalităților între

părțile contractante în cadrul art. 27.13 din Contractul de servicii.

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 modificări și completări ulterioare, ca relațiile contractuale dintre părți se desfășoară pe principii de egalitate, buna credință și cu respectarea acestor dispoziții legale, înțelegând că nici o clauză a contractului nu este abuzivă prin prisma dispozițiilor legale enunțate."

Autoritatea contractantă propune ca măsura de remediere eliminarea sintagmei „egalitate” din textul articolului.

MĂSURA DE REMEDIERE NR. 12:

Modificarea articolului 27.13 din Contractul de servicii după cum urmează:

"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 nici o clauză a contractului nu este abuzivă prin prisma dispozițiilor legale enunțate."

Potrivit prevederilor art. 3 lit. f) din OUG nr. 34/2006 „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.” coroborat cu prevederile art. 2 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 554/2004 cu modificări și completări 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.

33. În ceea ce privește prevederile art. 27.14. din Contractul de servicii, contestatorul ... afirmă că 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 Contestatorul susține că ar trebui clauzele referitoare la suspendare să fie limitativ și nu în mod general, care să lase autorității contractante puterea de a suspenda conform propriilor aprecieri.

Art. 27.14. "În cazul în care oricare din următoarele evenimente intervine și persistă, Beneficiarul poate suspenda, total sau parțial, plățile datorate Prestatorului în baza Contractului de Servicii, prin intermediul unei notificări scrise adresate Prestatorului:

a) Prestatorul nu își îndeplinește obligațiile în executarea Contractului de Servicii;

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 a Contractului de Servicii."

... consideră nefondată afirmația contestatorului, având în vedere faptul 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.

34. Contestatorul ... apreciază că din prevederile art. 28.1 coroborate cu dispozițiile art. 28.4 din Contractul de servicii rezultă faptul că plata sumelor necuvenite nu aparține Prestatorului, astfel nu este justificată prevederea de plată a comisioanelor bancare de către Prestator.

Art. 28.1 "Prestatorul va restitui orice sume cuvenite Beneficiarului și care i-au fost plătite în plus față de valoarea certificată, în ... de zile de la primirea unei cereri în acest sens. Art. 28.4 "Comisioanele bancare rezultate din restituirea sumelor datorate Beneficiarului vor fi suportate în întregime de către Prestator."

Aceste clauze au fost introduse de către autoritatea contractantă 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 credința a părților, având în vedere ca 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. Aceasta clauză a fost introdusa având în vedere experiența autorității contractante în implementarea proiectelor de infrastructură rutieră.

Prin urmare, autoritatea contractantă consideră nefondate afirmațiile contestatorului și își menține prevederile Art. 28.1 și Art. 28.4 din contractul de servicii.

35. Contestatorul ... solicită eliminarea următoarelor prevederi din cadrul art. 29.5 din Contractul de servicii "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 adresa 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 buna execuție emisă. Nerespectarea acestor condiții va pune Beneficiarul în situația de a nu accepta scrisoarea de garanție emisă de către o societate de asigurare."

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 care devine anexă la contract. Scrisoarea de garanție de buna execuție trebuie:

- să respecte integral, fără completări sau modificări, formatul modelului de scrisoare de garanție de buna 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."

Față de susținerile contestatorului, autoritatea contractantă face precizarea că dispozițiile Art. 10 și art. 11 din Legea nr. 136/1995 privind asigurările și reasigurările în România, pe care le invocă operatorul economic 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 instrument de garantare se referă la garantarea plății și, în conformitate cu definirea instrumentelor de garantare din paragraful anterior, se poate observa ca 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 precizează faptul că solicitarea societăților de asigurări este ca Condițiile Speciale și Condițiile Generale, precum și polița (mai puțin Scrisoarea de Garanție) să fie semnate și în consecință aprobate de către Beneficiar. Problema apare în momentul în care, în cadrul Condițiilor Speciale sau Condițiilor Generale ale poliței există prevederi care fac aproape imposibilă plata sumei asigurate în

eventualitatea întocmirii unei cereri de plata transmisă societății de asigurări de către Beneficiar.

Astfel, apar contradicții majore între prevederile Condițiilor Speciale și Condițiilor Generale ale poliței (care trebuiesc 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.

Prin urmare, autoritatea contractantă consideră că susținerile contestatorului ... sunt nefondate și menține prevederile Art. 29.5 din Contractul de servicii sus menționat.

36. Contestatorii ... și ... susțin că prevederile art. 31.1 coroborat cu 31.2 reprezintă clauze abuzive și nelegale. Contestatorul afirmă că este nelegal și abuziv dreptul de a suspenda contractul în situația în care se constată fraude, autoritatea contractantă neavând competență în a efectua cercetări în ceea ce privește fraudă sau constatarea persoanei căreia îi sunt imputabile posibilele fraude. Propunerea Contestatorului este ca măsurile prevăzute de art. 31.1 și art. 31.2 să se poată lua numai în baza unei hotărâri judecătorești.

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."

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. În vederea recuperării sumelor plătite necuvenit din asistența financiară nerambursabilă acordată României de Uniunea Europeană și/sau din fondurile de cofinanțare aferente, ca urmare a unor nereguli, Beneficiarul se va îndrepta împotriva Prestatorului în conformitate cu prevederile legale aplicabile în momentul descoperirii faptei."

Față de afirmațiile contestatorilor ... și ... autoritatea contractantă menționează că articolele de mai sus nu se referă doar la fraude, ci statuează și situația unor erori substanțiale sau neregularități. Asupra acestor aspecte Beneficiarul este cel mai în măsură să se pronunțe și să le constate. Nu consideră că în aceste cazuri este necesară reformularea articolelor astfel cu 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.

Deoarece sursa de finanțare a contractului de servicii sus menționat o reprezintă fondurile europene nerambursabile, prin urmare autoritatea contractantă are obligația de a respecta art. 2 alin. (2) din OUG nr. 34/2006, art. 8 alin. (2) lit. b), art. 9, art. 20, art. 27 și art. ... 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 modificări și completări ulterioare.

Cu toate acestea, în situația în care există cazurile prevăzute de art. de mai sus, consideră faptul 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.

... 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.

Prin urmare, autoritatea contractantă afirmă vă menține prevederile art. 31.1 și art. 31.2 din Contractul de servicii și considera nefondate afirmațiile contestatorilor.

37. Referitor la art. 31.3, cei patru contestatori susțin că în coroborare cu art. 31.4, art. 31.5, art. 31.6 din Contractul de servicii, consideră nelegală și abuziva suspendarea plăților pe parcursul suspendării contractului de către beneficiar.

Art. 31.3 "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 nici o plată către Prestator."

Față de susținerile contestatorilor, în vederea eliminării interpretărilor subiective, autoritatea contractantă propune ca măsura de remediere completarea art. 31.3 din Contractul de servicii cu sintagma „cu excepția plăților aferente serviciilor prestate anterior suspendării"

MĂSURA DE REMEDIERE NR. 13:

Modificarea articolului 31.3 din Contractul de servicii după cum urmează:

"Art. 31.3 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 nici o plată către Prestator, cu excepția plăților aferente serviciilor prestate anterior suspendării."

38. Contestatorii 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).

Art. 31.4 "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 aceasta suspendare. În cazul în care Beneficiarul suspendă executarea Contractului de servicii, durata acestuia se va prelungi cu perioada în care a fost suspendat."

... consideră nefondată afirmația contestatorilor și ..., 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. Face precizarea că măsura suspendării va produce efecte inclusiv asupra acelor obligații ale Prestatorului de a menține personalul.

Prin urmare, autoritatea contractantă menține prevederile Art. 31.4 din Contractul de servicii.

39. Contestatorul ... susține că prin prevederile art. 31.5 coroborat cu art. 31.3, art. 31.4 și art. 31.6 din Contractul de servicii reiese posibilitate abuzivă și disproporționată acordată Beneficiarului de a suspenda plățile și de a modifica perioada de suspendare a contractului și de a suspenda unilateral contractul în cazul lipsei de resurse financiare.

Art. 31.5 "Beneficiarul are 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, Beneficiarul are dreptul, în mod unilateral, de a rezilia Contractul."

Față de susținerile contestatorului ... în vederea eliminării interpretărilor subiective, autoritatea contractantă propune aplicarea unei măsuri de remediere.

MĂSURA DE REMEDIERE NR. 14:

Modificarea articolului 31.5 din Contractul de servicii după cum urmează:

„Art. 31.5 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”.

40. Contestatorii ... și ... susțin că prin prevederile art. 31.6 coroborat cu art. 31.3, art. 31.4 și art. 31.5 din Contractul de servicii reiese posibilitate abuzivă și disproporționată acordată Beneficiarului de a suspenda plățile și de a modifica perioada de suspendare a contractului și de a suspenda unilateral contractul în cazul lipsei de resurse financiare.

Art. 31.6 "Beneficiarul are dreptul, în mod unilateral, de a suspenda Contractul de Servicii în lipsa existentei alocării financiare, cu informarea prealabilă a Prestatorului."

Potrivit prevederilor art. 3 lit. f) din OUG nr. 34/2006 cu modificări și completări 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." Coroborat cu prevederile art. 2 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 554/2004 cu modificări și completări 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.

Față de susținerile contestatorilor ... și ... autoritatea contractantă consideră ca nefondate afirmațiile acestora și menține prevederile Art. 31.6 din Contractul de servicii, având

la baza dispozițiile art. 36 din Legea nr. 356/2013 a Bugetului de stat pe anul 2014:

"Art. 36

(1) În termen de ... de zile calendaristice de la aprobarea bugetului de stat, precum și de la aprobarea rectificărilor bugetare anuale, ordonatorii de credite au obligația de a notifica prestatorilor executanților și furnizorilor valoarea maximă în limita căreia se pot executa lucrări, presta servicii și livra bunuri, valoare calculată ca diferență între creditele bugetare aprobate și sumele aferente plăților restante, precum și reținerea prevăzută la art. 21 alin. (5) din Legea nr. 500/2002, cu modificările și completările ulterioare.

(2) Ordonatorii de credite au obligația de a întocmi și de a actualiza, după caz, împreună cu prestatorii, executanții și furnizorii, graficele de execuție/livrare, atât fizice, cât și valorice, anexe la contracte, aferente anului 2014, în funcție de valoarea maximă calculată conform alin. (1).

(3) Se interzice ordonatorilor de credite recepționarea de servicii, lucrări și produse peste valoarea maximă calculată și notificată conform alin. (1).

(4) Prevederile alin. (1)-(3) se aplică și operatorilor economici cu capital majoritar de stat/regiilor autonome care beneficiază/derulează prin bugetul propriu sume alocate de la bugetul de stat."

41. Contestatorul ... consideră că dispozițiile art. 33.1 din Contractul de servicii ca nelegale și abuzive, vinovăția putând fi stabilită numai printr-o hotărâre judecătorească definitivă.

Articolul 33.1 din Contract

Art. 33.1 "Fără a aduce atingere posibilității de a aplica penalitățile prevăzute în prezentul Contract de Servicii, în situația în care Prestatorul este vinovat de fals în declarații ori se consideră că și-a încălcat, în mod grav, obligațiile contractuale în cadrul unui contract anterior de achiziție publică, acesta va fi exclus de la acordarea de contracte ori împrumuturi nerambursabile finanțate de Comisia Europeană pe o perioadă de maximum 2 ani de la data stabilirii încălcării, confirmată printr-o procedură cu caracter de contradictorialitate la care Prestatorul a fost parte sau datorita punerii în aplicare a unui pact comisoriu de ultim grad, fapt care a înlăturat aplicarea vreunei proceduri cu caracter de contradictorialitate. Prestatorul își poate justifica argumentele împotriva aplicării penalităților, în termen de ... de zile de la primirea notificării cu

privire la acestea, prin scrisoare recomandată sau printr-o modalitate echivalentă. În absența unui răspuns ori a unei decizii scrise de revenire asupra penalităților, primite din partea Comisiei Europene în termen de ... de zile de la comunicarea argumentelor menționate mai sus, decizia stabilind penalitățile devine obligatorie. Perioada de excludere poate fi majorată până la 3 ani în caz de repetare a faptei în termen de 5 ani de la data primei abateri."

... consideră că a fost înțeleasă, în mod eronat, această clauză contractuală de către contestator. 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 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.

Totodată arată că, potrivit prevederilor art. 181 lit. c¹) din OUG nr. 34/2006 "Art. 181 Autoritatea contractantă are dreptul de a exclude dintr-o procedură pentru atribuirea contractului de achiziție publică orice ofertant/candidat care se află în oricare dintre următoarele situații: c¹) în ultimii 2 ani nu și-a îndeplinit sau și-a îndeplinit în mod defectuos obligațiile contractuale, din motive imputabile ofertantului în cauză, fapt care a produs sau este de natură să producă grave prejudicii beneficiarilor acestuia."

Prin urmare, ... consideră ca nefondată afirmația contestatorului ... și își menține prevederile Art. 33.1 din Contractul de servicii.

42. Contestatorul ... consideră că dispozițiile art. 33.2 din Contractul de servicii cuprinde o penalitate de 2% care este excesivă și abuzivă.

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."

Având în vedere corelarea cu celelalte clauze contractuale care cuprind penalități pentru neîndeplinirea obligațiilor contractuale de către Prestator, Autoritatea contractantă propune ca măsura de remediere eliminarea prevederilor Art. 33.2 din Contractul de servicii.

MĂSURA DE REMEDIERE NR. 15:

Eliminarea articolului 33.2 din Contractul de servicii.

43. Contestatorul ... apreciază ca nelegal și abuziv art. 35.4 coroborat cu art. 36.8 din Contractul de servicii.

Art. 35.4 "Prestatorul nu are dreptul să pretindă suplimentar față de sumele care i se cuvin pentru munca deja prestată, despăgubiri pentru nici o pierdere sau prejudiciu suferit."

Autoritatea contractantă propune ca măsură de remediere eliminarea prevederilor art. 35.4 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.

MĂSURA DE REMEDIERE NR. 16:

Eliminarea articolului 35.4 din Contractul de servicii.

44. Contestatorul ... consideră ca fiind abuziv art. 35.6 din Contractul de servicii.

Art. 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 ce guvernează Contractul de Servicii."

Având în vedere că sursa de finanțare a contractelor de servicii este din fonduri nerambursabile, autoritatea contractantă face cunoscut faptul că, autoritățile de stat sau Comisia Europeană au dreptul să verifice contractele de achiziție publică și după finalizarea acestora pe o perioadă între 5 și 7 ani.

Având în vedere cele menționate mai sus, precum li prevederile art. 43 alin. (6) lit. a) "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" din Legea nr. 500/2002.

45. Contestatorul ... apreciază ca nelegal și abuziv art. 35.4 coroborat cu art. 36.8 din Contractul de servicii.

Art. 36.8 "Prestatorul nu are dreptul să pretindă suplimentar față de sumele care i se cuvin pentru munca deja prestată, despăgubiri pentru orice pierdere sau prejudiciu suferit."

Autoritatea contractantă propune ca măsură de remediere eliminarea prevederilor 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.

MĂSURA DE REMEDIERE NR. 17:

Eliminarea articolului 36.8 din Contractul de servicii.

46. Totodată, autoritatea contractantă propune ca măsură de remediere modificarea prevederilor art. 37.1 din Contractul de servicii având în vedere ca pentru neîndeplinirea obligațiilor de plată, în contract este prevăzută dobânda legală penalizatoare.

"Art. 37.1 În urma unui preaviz de 14 zile acordat Beneficiarului, Prestatorul poate rezilia Contractul de Servicii dacă Beneficiarul:

a) nu își îndeplinește obligația de plată conform articolului 27 din Contractul de Servicii;

b) suspendă derularea Serviciilor sau a oricărei părți a acestora pentru mai mult de 180 de zile pentru motive nespecificate în Contractul de Servicii sau independente de culpa Prestatorului.

MĂSURA DE REMEDIERE NR. 18:

Modificarea articolului 37.1 din Contractul de servicii după cum urmează:

"Art. 37.1 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."

47. Contestatorul ... consideră că prevederile art. 37.3 din Contractul de servicii sunt contradictorii și imposibil de aplicat.

Art. 37.3 "În eventualitatea unei asemenea rezilieri, Prestatorul poate solicita în contradictoriu cu Beneficiarul despăgubiri pentru orice pierdere sau prejudiciu suferit ca urmare a neexecutării în întregime a Contractului de Servicii. Această despăgubire nu va putea avea un quantum care să conducă la depășirea plăților totale efectuate în baza Contractului de Servicii a Prețului Contractului. Solicitarea trebuie să fie făcută în conformitate cu dispozițiile legale române."

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 instanță, conform prevederilor Codului Civil.

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

48. Contestatorul ... consideră că prevederile art. 38.6 din Contractul de servicii sunt nelegale și abuzive deoarece costurile suplimentare nu se încadrează în prețul contractului.

Art. 38.6 "Dacă Prestatorul suportă costuri suplimentare ca urmare a conformării cu instrucțiunile Managerului de Proiect sau a utilizării de mijloace alternative potrivit articolului 38.5, totalul sumelor corespunzătoare acestor costuri va fi certificat de către Managerul de Proiect cu respectarea Prețului contractului."

Autoritatea contractantă propune ca măsură de remediere eliminarea art. 38.6 din Contractul de servicii întrucât Prestatorul în cazul în care se consideră îndreptățit la costuri suplimentare, le poate solicita, conform prevederilor Codului Civil.

MĂSURA DE REMEDIERE NR. 19:

Eliminarea articolului 38.6 din Contractul de servicii.

49. Contestatorul ... consideră că prevederile art. 39.3 din Contractul de servicii sunt abuzive.

Art. 39.3 "Pe perioada soluționării litigiului, Prestatorul este obligat să-și continue prestarea Serviciilor astfel cum au fost stabilite prin Contractul de Servicii. În situația nerespectării prezentei obligații, Beneficiarul este îndreptățit la despăgubiri în valoare de 0,1 %/zi din Prețul Contractului pentru neexecutarea obligațiilor contractuale, aceste sume urmând a fi reținute din plata intermediară sau din plata finală."

Autoritatea contractantă propune ca măsură de remediere eliminarea art. 39.3 din Contractul de servicii deoarece până la soluționarea litigiilor și stabilirea vinovației/nevinovației părților, Prestatorul nu poate fi obligat la prestarea serviciilor.

MĂSURA DE REMEDIERE NR. 20:

Eliminarea articolului 39.3 din Contractul de servicii.

CAIETUL DE SARCINI:

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

MĂSURA DE REMEDIERE NR. 21:

„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 nici o 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 ca măsură de remediere modificarea paragrafului „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" de la punctul 4.1.3.8 din Caietul de sarcini după cum urmează:

MĂSURA DE REMEDIERE NR. 22:

„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)”.
Contestatorii au apreciat că durata contractului de 12 luni este insuficientă pentru a-și îndeplini obligațiile contractuale, din motive obiective, respectiv va fi extrem de dificil să obțină avizele de la autoritățile de stat.

Față de susținerile autorității contractante, menționează că Durata de prestare a serviciilor de 12 luni se va menține din următoarele motive:

1) În ceea ce privește Acord de mediu, autoritatea contractantă aduce la cunoștință faptul că, 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 competent 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 nici o derogare sunt cele de participarea 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 presa a deciziei.

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

Autoritatea contractantă menționează faptul că 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 natural 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 ca "Prestatorul va lua în considerare ca alternative de traseu recomandată să nu afecteze arii protejate de tip Natura 2000, rezervații natural, 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 dovadă 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 întâzieri.

Pe cale de consecință:

1. Autoritatea contractantă își menține punctul de vedere cu privire la tardivitatea contestațiilor depuse de ... și SEARCH CORPORATION SRL;

2. ... consideră contestațiile depuse de operatorii economici:, ... ca fiind neîntemeiate și nefondate, deoarece acestea privesc anumite clauze contractuale, care scoase din contextul articolelor care asigură o anumită succesiune logică a ideilor și o coerență a reglementării contractuale, pot da interpretări ale clauzelor contractuale ce pot fi favorabile posibililor ofertanți, trecându-se cu vederea principii ale achizițiilor publice cum ar fi: a) nediscriminarea; b) tratamentul egal; c) recunoașterea reciprocă; d) transparența; e) proporționalitatea; f) eficiența utilizării fondurilor publice; g) asumarea răspunderii.

Pe cale de consecință, autoritatea contractantă afirmă că a respectat în totalitate reglementările legale în vigoare în privința unei aplicări corecte a principiilor de achiziție publică prevăzute la art. 2 din OUG nr. 34/2006, așa cum sunt ele interpretate și reglementate la momentul actual de către ANRMAP și de către Comisia Europeană prin DIRECTIVA 2014/24/UE A PARLAMENTULUI EUROPEAN ȘI A CONSILIULUI din 26 februarie 2014 privind achizițiile publice și de abrogare a Directivei 2004/18/CE, prin urmare consideră ca nefondate și neîntemeiate contestațiile formulate.

Totodată, autoritatea contractantă arată că din analiza contestațiilor nu rezultă temeiul de drept la care se raportează atunci când apreciază că anumite clauze din contractul propus sunt abuzive. Doar simpla enunțarea ca anumite clauze sunt abuzive nu poate conduce la ideea că ... încearcă să introducă niște clauze care au drept scop prejudicierea ofertantului câștigător, ci poate arăta că persoanele contestate nu au capacitatea tehnică de a fi participante în procedura de achiziție.

De asemenea, autoritatea contractantă afirmă că operatorii economici care au formulat contestațiile nu pot fi considerate persoane vătămate, întrucât din contestațiile depuse nu rezultă care este vătămarea fizică, morală sau materială pe care au suferit-o prin citirea propunerii de contract de achiziție.

Consiliul, prin adresa nr. 10472/... din 04.06.2014, a solicitat ... punctul de vedere cu privire la elementele din documentul denumit „Măsuri de remediere ... ([CN.../022]

Măsurile de remedierepdf)", publicat de autoritatea contractantă, în SEAP, în data de 03.06.2014, ora 18:33, care au legătură cu criticile formulate în cuprinsul contestației depusă la Consiliu.

Prin adresa nr. 1...2 din 05.06.2014, înregistrată la Consiliu cu nr. 18...1 din 05.06.2014, ... a răspuns solicitării Consiliului precizând că, în urma analizării măsurilor de remediere propuse de autoritatea contractantă, apreciază că acestea sunt utile, însă trebuie avut în vedere faptul că documentația de atribuire a fost modificată doar în parte, fiind în continuare menținute o serie de clauze abuzive și neclare.

Consiliul, prin adresa nr. 10473/... din 04.06.2014, a solicitat ... punctul de vedere cu privire la elementele din documentul denumit „Măsurile de remediere ... ([CN.../022] Măsurile de remedierepdf)", publicat de autoritatea contractantă, în SEAP, în data de 03.06.2014, ora 18:33, care au legătură cu criticile formulate în cuprinsul contestației depusă la Consiliu.

Prin adresa nr. MOC/14/VI/10 din 05.06.2014, înregistrată la Consiliu cu nr. 18417 din 05.06.2014, ... menționează următoarele:

- aspectele criticate referitor la clauzele 8.11 și 8.12 au fost remediate;

- referitor la clauza 8.8, autoritatea contractantă nu a procedat la remedierea aspectului criticat, motiv pentru care menține această critică din considerentele exprimate în cadrul contestației;

- prin măsura de remediere nr. 5, autoritatea contractantă nu a remediat aspectul criticat, motiv pentru care își menține propunerea de eliminare a art. 8.13 din cadrul modelului de contract;

- critica referitoare la faptul că prevederile contractuale privind aplicarea penalităților sunt disproporționate între cele 2 părți contractante: Prestator și autoritatea contractantă se menține, întrucât ... nu a procedat la remedierea acesteia;

- critica referitoare la faptul că termenul de prestare a serviciilor este disproporționat raportat la complexitatea proiectului se menține, întrucât ... nu a procedat la remedierea acesteia;

- prin măsura de remediere nr. 2, consideră că autoritatea contractantă a remediat aspectul criticat referitor la art. 8.2;

- autoritatea contractantă nu a procedat la remedierea aspectului criticat referitor la art. 16.1, motiv pentru care își menține critica din considerentele exprimate în cadrul contestației;

- autoritatea contractantă nu a procedat la remedierea aspectului criticat referitor la art. 18.1, motiv pentru care își menține critica din considerentele exprimate în cadrul contestației;

- prin măsura de remediere nr. 8, consideră că autoritatea contractantă a remediat aspectul criticat referitor la art. 21.1;

- prin măsura de remediere nr. 9, consideră că autoritatea contractantă a remediat aspectul criticat referitor la art. 26.2;

- prin măsura de remediere nr. 13, consideră că autoritatea contractantă a remediat doar aspectul criticat referitor la art. 31.3; referitor la art. 31.4, afirmă că autoritatea contractantă nu a procedat la remedierea aspectului criticat, motiv pentru care își menține critica din considerentele exprimate în cadrul contestației;

- autoritatea contractantă nu a procedat la remedierea aspectului criticat referitor la art. 18.4(5) și 19.6, motiv pentru care își menține critica din considerentele exprimate în cadrul contestației;

- autoritatea contractantă nu a procedat la remedierea aspectului criticat referitor la art. 28, motiv pentru care își menține critica din considerentele exprimate în cadrul contestației;

- autoritatea contractantă nu a procedat la remedierea aspectului criticat referitor la art. 29.5, motiv pentru care își menține critica din considerentele exprimate în cadrul contestației.

Având în vedere că documentele publicate de autoritatea contractantă, în SEAP, la data de 03.06.2014, nu soluționează în totalitate solicitările sale, contestatorul solicită, în continuare, Consiliului să dispună obligarea autorității contractante la adoptarea măsurilor de remediere privind prevederile abuzive și nerealiste din cadrul contractului și al caietului de sarcini

Consiliul, prin adresa nr. 10474/... din 04.06.2014, a solicitat ... punctul de vedere cu privire la elementele din documentul denumit „Măsuri de remediere ... ([CN.../022] Măsuri de remedierepdf)”, publicat de autoritatea contractantă, în SEAP, în data de 03.06.2014, ora 18:33, care

au legătură cu criticile formulate în cuprinsul contestației depusă la Consiliu.

... până la data emiterii prezentei, nu a răspuns solicitării Consiliului.

Consiliul, prin adresa nr. 10475/... din 04.06.2014, a solicitat ... punctul de vedere cu privire la elementele din documentul denumit „Măsuri de remediere ... ([CN.../022] Măsuri de remedierepdf)”, publicat de autoritatea contractantă, în SEAP, în data de 03.06.2014, ora 18:33, care au legătură cu criticile formulate în cuprinsul contestației depusă la Consiliu.

Prin adresa nr. 99 din 05.06.2014, înregistrată la Consiliu cu nr. 18452 din 06.06.2014, ... menționează următoarele:

- privitor la 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, nr. 20, precizează că este de acord cu modificările efectuate de autoritatea contractantă;

- privitor la Măsura de remediere nr. 1, afirmă că nu este de acord cu modificarea clauzei 5.3 în sensul propus de autoritatea contractantă, deoarece termenul de 4 luni ce poate curge între semnarea contractului și data începerii prestării serviciilor este nejustificat și nerezonabil de lung, fiind de natură a crea costuri suplimentare pentru Prestator care este obligat, în această perioadă, să mențină mobilizate resursele umane și materiale în timp ce beneficiarul este exonerat de orice costuri suplimentare;

- privitor la Măsura de remediere nr. 9, menține critica Articolului nr. 26, alin. (2), exprimată în contestație și, totodată, menține propunerea sa de remediere a clauzei: "Dacă Beneficiarul nu transmite în interiorul termenului de notificare nici un 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";

- privitor la Măsurile de remediere nr. 6 și nr. 7, care modifică numai alineatele 19.5 și 19.8 ale Art. 19, consideră că acestea nu modifică semnificativ prevederile contractuale și nu schimbă situația de inegalitate între părțile contractante și

împovărarea excesivă a Prestatorului; prin urmare, își menține critica exprimată în contestație asupra Articolului 19, în ansamblu;

- privitor la Măsura de remediere nr. 11, menționează că este de acord cu eliminarea clauzei 27.8 (1), însă consideră că se impune și eliminarea clauzei 27.8 (2), deoarece cele două alineate sunt strâns interconectate și menținerea celui din urmă nu are sens;

- privitor la Măsura de remediere nr. 18, își exprimă dezacordul față de modificarea a clauzei 37.1; consideră că suspendarea serviciilor pentru termene atât de lungi, mai ales „pentru motive nespecificate în Contractul de Servicii”, creează o situație de instabilitate a raporturilor juridice, fiind de natură să producă prejudicii materiale Prestatorului;

- privitor la Măsura de remediere nr. 21, își exprimă dezacordul față de modificarea paragrafului 6 de la punctul 3.2, deoarece formularea „Lipsa culpei va trebui să fie dovedită de către Prestator”, echivalează cu stabilirea în sarcina Prestatorului a obligației de a face dovada unui fapt negativ nedefinit care nu poate forma obiect al probei, nefiind posibilă dovedirea lui, ca atare;

- privitor la Măsura de remediere nr. 22, își exprimă dezacordul față de modificarea punctului 4.1.3.8. din Caietul de Sarcini, așa cum a fost propusă de autoritatea contractantă, întrucât referirea la Legea 255/2010, art. 26, Cap 6, respectiv, valabilitatea Certificatelor de Urbanism, avizelor, acordurilor, permiselor sau autorizațiilor „până la finalizarea execuției lucrărilor” nu are aplicație în cazul în care Prestatorul este elaboratorul Studiului de fezabilitate.

Față de cele mai sus arătate, ... a solicitat Consiliului să ia act de observațiile sale la măsurile de remediere propuse de autoritatea contractantă și să dispună remedierea documentației de atribuire în concordanță cu acestea, dar și cu celelalte propuneri de revizuire din contestația sa nr. ... pe care autoritatea contractantă nu le-a luat în considerare.

Consiliul, prin adresa nr. 10476/... din 04.06.2014, a solicitat ... punctul de vedere cu privire la elementele din documentul denumit „Măsurile de remediere ... ([CN.../022] Măsurile de remedierepdf)”, publicat de autoritatea contractantă, în SEAP, în data de 03.06.2014, ora 18:33, care au legătură cu criticile formulate în cuprinsul contestației depusă la Consiliu.

Prin adresa nr. 68 din 05.06.2014, înregistrată la Consiliu cu nr. 18265 din 05.06.2014, ... precizează că, în principal, este de acord cu măsurile de remediere propuse de autoritatea contractantă, dar consideră că acestea nu au eliminat caracterul vătămător al documentației de atribuire împotriva căreia a formulat contestație.

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

Având a se pronunța asupra excepției privind tardivitatea introducerii contestației vizând documentația de atribuire elaborată de autoritatea contractantă, Consiliul procedează la verificarea respectării obligației prevăzute la art. 271 alin. (1) din OUG nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, de către

Potrivit prevederilor art. 271 alin. (1) din OUG nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, 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 alin. (1) din OUG nr. 34/2006.

Din cuprinsul contestației rezultă faptul că ... critică exclusiv prevederile documentației de atribuire elaborată de ...

Din anunțul de participare nr. ... din 01.05.2014, publicat în SEAP, rezultă că valoarea estimată a contractului de servicii având ca obiect „... ..” este între 13.177.138,00 lei și 15.572.072,00 lei, fără TVA.

Conform art. 256² alin. (1) lit. a) din ordonanța de urgență menționată, 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), contestația poate fi depusă în termen de 10 zile începând cu ziua următoare luării la cunoștință, în condițiile ordonanței susmenționate, de către contestator, despre un act al autorității contractante pe care acesta îl consideră nelegal.

Potrivit art. 256² alin. (2) din aceeași ordonanță de urgență, în cazul în care cererea prevăzută la alin. (1) privește conținutul documentației de atribuire, publicată în SEAP în condițiile art. 75 alin. (5), art. 89 alin. (4) și art. 127 alin. (2), data luării la cunoștință este data publicării documentației de atribuire.

Potrivit art. 3 lit. z) din ordonanța de urgență menționată, „Termenul exprimat în zile începe să curgă de la începutul primei ore a primei zile a termenului și se încheie la expirarea ultimei ore a ultimei zile a termenului; ziua în cursul căreia a avut loc un eveniment sau s-a realizat un act al autorității contractante nu este luată în calculul termenului. Dacă ultima zi a unui termen exprimat altfel decât în ore este o zi de sărbătoare legală, o duminică sau o sâmbătă, termenul se încheie la expirarea ultimei ore a următoarei zile lucrătoare.”

Din documentele depuse la dosarul cauzei rezultă că ... a luat cunoștință de conținutul documentației de atribuire contestate la data de 01.05.2014, când aceasta a fost publicată în SEAP, termenul legal de depunere a contestației referitoare la acest act, calculat potrivit dispozițiilor art. 3 lit. z) din OUG nr. 34/2006, împlinindu-se la data de 11.05.2014. Având în vedere că termenul legal, de 10 zile, s-a împlinit într-o zi de duminică (11.05.2014), potrivit art. 3 lit. z) din ordonanța de urgență, termenul de contestare se consideră împlinit la expirarea ultimei ore din următoarea zi lucrătoare, adică data de Până la această dată, contestația trebuia transmisă atât Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, cât și autorității contractante, așa cum prevăd dispozițiile art. 271 alin. (1) din OUG nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare.

Contestația nr. ... din ... a fost transmisă la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor, prin serviciul registratură, și a fost înregistrată la acesta cu nr. ... din

Potrivit prevederilor legale evocate, tot până la această dată, contestatorul avea obligația să transmită contestația nr. ... din ... și autorității contractante.

Așa cum rezultă din probele depuse la dosar de către contestator, contestația nr. ... din ... formulată de ... a fost transmisă și la ... în data de ... fiind înregistrată la aceasta cu nr. 92/26272 din ...

Având în vedere faptul că deși contestația a fost depusă în termen la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor, ... nu a făcut dovada transmiterii contestației sale și către autoritatea contractantă în termenul stabilit de lege în acest sens, respectiv până la data de ... așa cum prevede textul art. 271 alin. (1) din ordonanța de urgență, astfel încât Consiliul stabilește ca tardiv formulată contestația depusă de ... vizând documentația de atribuire.

Consiliul nu va reține ca probă în dovedirea înaintării contestației documentul ce reprezintă notificarea nr. 985 din ... emisă de ... în temeiul art. 256¹ din OUG nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, înregistrată la autoritatea contractantă cu nr. 92/26081 din ... deoarece o asemenea notificare are un regim juridic diferit de cel al contestației, și anume de a aduce la cunoștința autorității contractante pretinsa încălcare a dispozițiilor legale în materia achizițiilor publice și la intenția de a sesiza Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor în vederea anulării actului și/sau recunoașterii dreptului pretins ori a interesului legitim.

Luând în considerare toate aspectele de fapt și de drept evocate, în baza art. 278 alin. (1) și (5) coroborat cu art. 271 alin. (1) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul va respinge ca tardivă contestația formulată de către

Fără pronunțare asupra fondului contestației depusă de

Având a se pronunța asupra excepției privind tardivitatea introducerii contestației vizând documentația de atribuire elaborată de autoritatea contractantă, Consiliul procedează la verificarea respectării obligației prevăzute la art. 271 alin. (1) din OUG nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, de către

Potrivit prevederilor art. 271 alin. (1) din OUG nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, 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 alin. (1) din OUG nr. 34/2006.

Din cuprinsul contestației rezultă faptul că ... critică exclusiv prevederile documentației de atribuire elaborată de ...

Din anunțul de participare nr. ... din 01.05.2014, publicat în SEAP, rezultă că valoarea estimată a contractului de servicii având ca obiect „... ..” este între 13.177.138,00 lei și 15.572.072,00 lei, fără TVA.

Conform art. 256² alin. (1) lit. a) din ordonanța de urgență menționată, 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), contestația poate fi depusă în termen de 10 zile începând cu ziua următoare luării la cunoștință, în condițiile ordonanței susmenționate, de către

contestator, despre un act al autorității contractante pe care acesta îl consideră nelegal.

Potrivit art. 256² alin. (2) din aceeași ordonanță de urgență, în cazul în care cererea prevăzută la alin. (1) privește conținutul documentației de atribuire, publicată în SEAP în condițiile art. 75 alin. (5), art. 89 alin. (4) și art. 127 alin. (2), data luării la cunoștință este data publicării documentației de atribuire.

Potrivit art. 3 lit. z) din ordonanța de urgență menționată, „Termenul exprimat în zile începe să curgă de la începutul primei ore a primei zile a termenului și se încheie la expirarea ultimei ore a ultimei zile a termenului; ziua în cursul căreia a avut loc un eveniment sau s-a realizat un act al autorității contractante nu este luată în calculul termenului. Dacă ultima zi a unui termen exprimat altfel decât în ore este o zi de sărbătoare legală, o duminică sau o sâmbătă, termenul se încheie la expirarea ultimei ore a următoarei zile lucrătoare.”

Din documentele depuse la dosarul cauzei rezultă că ... a luat cunoștință de conținutul documentației de atribuire contestate la data de 01.05.2014, când aceasta a fost publicată în SEAP, termenul legal de depunere a contestației referitoare la acest act, calculat potrivit dispozițiilor art. 3 lit. z) din OUG nr. 34/2006, împlinindu-se la data de 11.05.2014. Având în vedere că termenul legal, de 10 zile, s-a împlinit într-o zi de duminică (11.05.2014), potrivit art. 3 lit. z) din ordonanța de urgență, termenul de contestare se consideră împlinit la expirarea ultimei ore din următoarea zi lucrătoare, adică data de Până la această dată, contestația trebuia transmisă atât Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, cât și autorității contractante, așa cum prevăd dispozițiile art. 271 alin. (1) din OUG nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare.

Contestația nr. 31 din ... formulată de ... a fost depusă la registratura Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor și a fost înregistrată la acesta cu nr. ... din ...

În aceste condiții, contestația depusă de ... vizând conținutul documentației de atribuire, este tardiv formulată la data de ...

Luând în considerare toate aspectele de fapt și de drept evocate, în baza art. 278 alin. (1) și (5) coroborat cu art. 271 alin. (1) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006,

cu modificările și completările ulterioare, Consiliul va respinge ca tardivă contestația formulată de către

Fără pronunțare asupra fondului contestației depusă de

Față de cererea ... de a fi conexate toate contestațiile vizând prezenta procedură de achiziție publică, Consiliul reține dispozițiile art. 273 alin. (1) din OUG nr. 34/2006, potrivit cărora „Contestațiile formulate în cadrul aceleiași proceduri de atribuire vor fi conexate de către Consiliu pentru a se pronunța o soluție unitară.” Având în vedere această prevedere a legii, Consiliul reține ca rămasă fără obiect această solicitare, conexasă cauzelor realizându-se în baza acestei dispoziții legale.

Referitor la mențiunea ... potrivit căreia aceasta înțelege să se asocieze la toate contestațiile formulate față de documentația de atribuire, conform cererii proprii (contestația înregistrată în data de ... Consiliul reține prevederea art. 273 alin. (2) din ordonanța de urgență, potrivit căreia „Până la soluționarea contestației de către Consiliu, participanții în cadrul aceleiași proceduri de atribuire se pot asocia la contestație printr-o cerere proprie care trebuie să conțină toate elementele prevăzute la art. 270 alin. (1).”

Însă, având în vedere faptul că această cerere de asociere la contestație nu reprezintă o contestație de sine stătătoare, Consiliul observă că aceasta poartă soarta contestației la care se realizează asocierea, în ceea ce privește cererile exprimate și soluția ce urmează a fi pronunțată de către Consiliu referitor la acestea.

În aceste condiții, Consiliul urmează a analiza conținutul contestației ... înregistrată în data de ... prin prisma caracterului său de cerere de asociere la celelalte contestații primite referitor la această procedură de achiziție publică, respectiv vor fi avute în vedere numai acele aspecte comune și celorlalte contestații.

Procedura de licitație deschisă, desfășurată offline, fără etapă finală de licitație electronică, a fost inițiată de ... în calitate de autoritate contractantă, în vederea atribuirii contractului de servicii, având ca obiect „... prin publicarea în sistemul electronic de achiziții publice (SEAP) a anunțului de participare nr. ... din 01.05.2014. Potrivit acestuia, criteriul de atribuire aplicat a fost „prețul cel mai scăzut”, valoarea estimată a contractului fiind între 13.177.138,00 lei și

15.572.072,00 lei, fără TVA. Documentația de atribuire a fost publicată în SEAP odată cu anunțul de participare.

Având în vedere faptul că autoritatea contractantă a procedat la postarea în SEAP în data de 03.06.2014 a unor măsuri de remediere a documentației de atribuire și având în vedere necesitatea formulării de către contestatori a unor puncte de vedere în vederea respectării principiului contradictorialității, Consiliul va face aplicarea prevederilor art. 276 alin. (1) teza a II-a din OUG nr. 34/2006 potrivit căroră „În cazuri temeinic justificate, termenul de soluționare a contestației poate fi prelungit o singură dată cu încă 10 zile”.

Împotriva documentației de atribuire elaborată de autoritatea contractantă în vederea derulării procedurii de achiziție publică în cauză, ... formulează contestație pentru motivele arătate anterior și solicită în principal:

- obligarea autorității contractante la adoptarea măsurilor de remediere privind prevederile abuzive și nerealiste din cadrul contractului și a caietului de sarcini;

și în subsidiar:

- în cazul în care este imposibilă adoptarea măsurilor de remediere de către autoritatea contractantă, anularea procedurii de atribuire.

Împotriva anunțului de participare nr. ... din 01.05.2014 publicat în SEAP, precum și împotriva documentației de atribuire, elaborată de autoritatea contractantă în vederea derulării procedurii de achiziție publică în cauză, ... formulează contestație pentru motivele arătate anterior și solicită:

- anularea anunțului;

- constatarea caracterului restrictiv și disproporționat al unor cerințe/prevederi din cadrul documentației de atribuire și anume a fișei de date, a caietului de sarcini și a contractului;

- 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 documentației de atribuire refăcută”.

Împotriva anunțului de participare nr. ... din 01.05.2014 publicat în SEAP, precum și împotriva documentației de

atribuire, elaborată de autoritatea contractantă în vederea derulării procedurii de achiziție publică în cauză, ... formulează contestație pentru motivele arătate anterior și solicită:

- 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.

Din examinarea materialului probator administrat, aflat la dosarul cauzei, Consiliul reține următoarele cu privire la fișa de date, parte a documentației de atribuire elaborată de autoritatea contractantă în vederea derulării procedurii de achiziție publică în cauză:

Prin contestația sa, ... arată că este restrictivă și nejustificată cerința, prevăzută în fișa de date, ca ofertantul 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-flow-ul de executare a contractului pentru o perioadă de 2 luni.

Prin fișa de date, parte a documentației de atribuire elaborată de autoritatea contractantă în vederea derulării procedurii de achiziție publică în cauză, secțiunea III – „Informații juridice, economice, financiare și tehnice”, capitolul III.2) – „Condiții de participare”, punctul III.2.2) – „Capacitatea economică și financiară”, s-au solicitat, printre altele, următoarele:

„Cerința nr. 2.

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: 1.900.000 Lei sau echivalent, sumă suficientă pentru a realiza cash-flow-ul de execuție a contractului pentru o perioadă 2 luni.”

În modelul de contract elaborat de autoritatea contractantă în vederea derulării procedurii de atribuire în cauză, la art. 27.1, s-a menționat faptul că operatorul economic declarat câștigător va primi o plată în avans de maxim 15% din

prețul contractului în lei, fără TVA. De asemenea, în modelul de contract la art. 27.2 s-au menționat următoarele:

„27.2 Avansul poate fi acordat în valoare de maxim 15% din Prețul Contractului. Recuperarea integrală a avansului acordat va fi realizată până la Plata finală. În situația solicitării plății în avans, aceasta se va pune în aplicare cu respectarea prevederilor Hotărârii Guvernului 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 500/2002 cu modificările și completările ulterioare.”

Relevante în situația de fapt dată sunt prevederile art. 8 alin. (1) lit. a) din H.G, nr. 925/2006 potrivit căroră „(1) Autoritatea contractantă nu are dreptul de a restricționa participarea la procedura de atribuire a contractului de achiziție publică prin introducerea unor cerințe minime de calificare, care:

a) nu prezintă relevanță în raport cu natura și complexitatea contractului de achiziție publică ce urmează să fie atribuit;”.

Astfel, având în vedere că valoarea contractului este cuprinsă între 13.177.138,00 lei și 15.572.072,00 lei, fără TVA, Consiliul constată că la solicitarea prestatorului, beneficiarul poate acorda un avans în valoare maximă de 1.976.570,70 lei respectiv 2.335.810,80 lei, fără TVA.

Prin urmare, solicitarea autorității contractante ca ofertanții să demonstreze că la momentul semnării contractului vor avea acces la sau au disponibile resurse reale, negrevate de datorii, linii de credit confirmate de societăți bancare/societăți finanțatoare/instituții finanțatoare în valoare de minim 1.900.000 lei sau echivalent nu este relevantă, fiind încălcat principiul proporționalității prevăzut de art. 2 alin. (2) lit. e) din OUG nr. 34/2006, întrucât resursele financiare necesare realizării contractului pentru o perioadă de 2 luni pot fi puse la dispoziție de către beneficiar sub formă de avans.

Astfel, Consiliul stabilește că această cerință de calificare, prevăzută de autoritatea contractantă în fișa de date, parte a documentației de atribuire este excesivă, motiv pentru care va admite criticile formulate de contestator și va dispune eliminarea din cuprinsul anunțului de participare nr. ..., precum și din cuprinsul fișei de date a următoarei cerințe: „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: 1.900.000 Lei sau echivalent, sumă suficientă pentru a realiza cash-flowul de execuție a contractului pentru o perioadă 2 luni.”.

Din examinarea materialului probator administrat, aflat la dosarul cauzei, Consiliul reține următoarele cu privire la modelul de contract elaborat de autoritatea contractantă în vederea derulării procedurii de atribuire în cauză:

Prin contestația sa, ... arată că este bizară clauza prevăzută în modelul de contract potrivit căreia titlurile nu vor fi considerate ca parte a contractului, solicitând eliminarea art. 2.1.

În modelul de contract elaborat de autoritatea contractantă în vederea derulării procedurii de atribuire în cauză, la art. 2.1, s-au menționat următoarele:

„2.1 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.”

Față de critica privind înlăturarea art. 2.1, Consiliul reține că autorul contestației, pe lângă faptul că nu face dovada niciunui prejudiciu prin menținerea acestui articol, acesta nu aduce nicio motivare în drept.

Astfel, Consiliul stabilește că sunt nefondate criticile contestatorului privind clauzele contractuale prevăzute la art. 2.1, prevăzute de autoritatea contractantă în modelul de contract, parte a documentației de atribuire.

Prin contestația sa, ... critică și prevederile art. 5.3 din modelul de contract, arătând că nu este precizată concret data la care beneficiarul urmează a notifica prestatorul cu privire la data de începere a contractului de achiziție publică, având în vedere că data intrării în vigoare a contractului va fi în termen de 15 zile calendaristice de la data semnării contractului, dar care nu coincide cu data de începere a contractului.

În modelul de contract elaborat de autoritatea contractantă în vederea derulării procedurii de atribuire în cauză, la art. 5.2 și art. 5.3, s-au menționat următoarele:

„5.2 Data intrării în vigoare a Contractului va fi în termen de 15 zile calendaristice de la data semnării Contractului, sub condiția constituirii Garanției de Bună Execuție, în forma,

pentru perioada și în cuantumul agreat de Beneficiar, precum și în termenul și condițiile prevăzute la Articolul 29 din prezentul Contract.”

„5.3 Data de începere a Contractului de servicii va fi notificată de către Beneficiar după 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.”

Ca urmare a primirii contestației formulată de ..., în temeiul art. 256³ alin. (1) din OUG nr. 34/2006, autoritatea contractantă a adoptat măsuri de remediere, sens în care a fost întocmită adresa fără număr de înregistrare la emitent (Măsuri de remediere), publicată în SEAP la data de 03.06.2014 ora 18:33 sub forma unui fișier cu denumirea ([CN.../022] *Măsuri de remediere ...* prin care autoritatea contractantă arată, printre altele, următoarele:

„MĂSURA DE REMEDIERE NR. 1

Modificarea și completarea articolului 5.3 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.»”

Având în vedere măsurile de remediere luate de autoritatea contractantă, în sensul de a preciza data (nu mai târziu de 5 zile lucrătoare de la data intrării în vigoare a contractului) la care beneficiarul îl va notifica pe prestator cu privire la data de începere a contractului de servicii, Consiliul stabilește că este rămasă fără obiect această critică.

Prin contestația sa, ... critică și prevederile art. 5.5 din modelul de contract deoarece în opinia acestuia acestea sunt

disproporționate și abuzive contravenind cerințelor stabilirii unui cadru contractual previzibil și clar determinat în timp.

În modelul de contract elaborat de autoritatea contractantă în vederea derulării procedurii de atribuire în cauză, la art. 5.5, s-au menționat următoarele:

„5.5 Perioada de valabilitate a Contractului se va încheia la epuizarea convențională sau legală a oricărui efect pe care îl produce.”

Consiliul reține caracterul ambiguu al prevederilor art. 5.5, întrucât prin impunerea acestor prevederi autoritatea contractantă a stabilit un cadru contractual nedeterminat sub aspectul valabilității contractului.

Astfel, Consiliul stabilește că aceste clauze contractuale prevăzute la art. 5.5, prevăzute de autoritatea contractantă în modelul de contract, parte a documentației de atribuire, sunt ambigue, motiv pentru care va admite criticile formulate de contestator și va dispune eliminarea art. 5.5.

Prin contestația sa, ... critică și disproporționalitatea termenului de ... de zile (art. 8.2 din modelul de contract) acordat autorității contractante pentru aprobarea/respingerea unui subcontractant, în condițiile în care termenul de elaborare și transmitere a Studiului de Fezabilitate Final este de 4 luni, solicitând amendarea art. 8.2.

În modelul de contract elaborat de autoritatea contractantă în vederea derulării procedurii de atribuire în cauză, la art. 8.2, s-au menționat următoarele:

„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 ... de zile de la data primirii notificării, motivând decizia sa în cazul respingerii aprobării.”

Ca urmare a primirii contestației formulate de ... în temeiul art. 256³ alin. (1) din OUG nr. 34/2006, autoritatea contractantă a adoptat măsuri de remediere, sens în care a fost întocmită adresa fără număr de înregistrare la emitent (Măsuri de remediere), publicată în SEAP la data de 03.06.2014 ora

18:33 sub forma unui fișier cu denumirea ([CN.../022] *Masuri de remediere ...* prin care autoritatea contractantă arată, printre altele, următoarele:

„MĂSURA DE REMEDIERE NR. 2

Modificarea articolului 8.2 după cum urmează:

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 10 zile de la data primirii notificării, motivând decizia sa în cazul respingerii aprobării.»

Având în vedere măsurile de remediere luate de autoritatea contractantă, precum și adresa nr. MOC/14/VI/10 din 05.06.2014, înregistrată la Consiliu cu nr. 18417 din 05.06.2014, depusă de ... prin care consideră că aspectul criticat referitor la art. 8.2 a fost remediat, Consiliul stabilește că este rămasă fără obiect această critică.

În ceea ce privește criticile art. 8.8, art. 8.9 și art. 8.10, Consiliul reține următoarele:

Prin contestația sa, ... critică și dispozițiile art. 8.8 din modelul de contract potrivit cărora prestatorul va fi obligat să interzică subcontractorului posibilitatea de a colabora cu terțe părți, aspect ce aduce atingere principiilor achizițiilor publice prevăzute la art. 2 alin. (2) din OUG nr. 34/2006, solicitând eliminarea art. 8.8.

Prin contestația sa, ... critică și dispozițiile art. 8.9, din modelul de contract arătând că acestea sunt disproporționate și abuzive, și contravenind cerințelor stabilirii unui cadru contractual previzibil și clar determinat în timp.

Prin contestația sa, ... critică și dispozițiile art. 8.10 din modelul de contract potrivit cărora prestatorul va fi obligat să interzică subcontractorului posibilitatea de a colabora cu terțe părți, aspect ce aduce atingere principiilor achizițiilor publice prevăzute la art. 2 alin. (2) din OUG nr. 34/2006, solicitând amendarea 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”.

De asemenea, ... critică și dispozițiile art. 8.10 din modelul de contract arătând că acestea sunt disproporționate și abuzive, și contravenind cerințelor stabilirii unui cadru contractual previzibil și clar determinat în timp.

În modelul de contract elaborat de autoritatea contractantă în vederea derulării procedurii de atribuire în cauză, la art. 8.8, art. 8.9 și art. 8.10 s-au menționat următoarele:

„8.8 Serviciile încredințate unui subcontractant de către Prestatorul nu pot fi încredințate unor terțe părți de către subcontractant.

8.9 Pe parcursul derulării contractului, Prestatorul nu are dreptul de a înlocui subcontractanții nominalizați în ofertă fără acceptul Beneficiarului, iar eventuala înlocuire a acestora nu trebuie să conducă la modificarea propunerii tehnice sau financiare inițiale.

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.”

Consiliul reține că în legătură cu aceste critici sunt aplicabile următoarele dispoziții legale:

- art. 213 alin. (2) lit. i) din OUG nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, în forma în vigoare la data inițierii procedurii de achiziție publică: „(2) Raportul procedurii de atribuire prevăzut la alin. (1) lit. j) se elaborează înainte de încheierea contractului de achiziție publică/acordului-cadru/sistemului de achiziție dinamic și cuprinde cel puțin următoarele elemente:

[...]

i) în cazul ofertantului/ofertanților câștigători, partea din contract pe care acesta/aceștia au declarat că o subcontractează, împreună cu denumirea/numele subcontractanților;”

- art. 11 alin. (7) din HG nr. 925/2006, cu modificările și completările ulterioare, în forma în vigoare la data inițierii procedurii de achiziție publică: „(7) Autoritatea contractantă nu are dreptul de a impune îndeplinirea unor criterii de calificare pentru eventualii subcontractanți, dar resursele materiale și umane ale subcontractanților declarați se iau în considerare pentru partea lor de implicare în contractul care urmează să fie îndeplinit, dacă sunt prezentate documente relevante în acest sens.”

- art. 96 din HG nr. 925/2006, cu modificările și completările ulterioare, în forma în vigoare la data inițierii procedurii de achiziție publică: „Art. 96. - (1) În cazul în care părți din contractul de achiziție publică urmează să se îndeplinească de unul sau mai mulți subcontractanți, autoritatea contractantă are obligația de a solicita, la încheierea contractului de achiziție publică respectiv, prezentarea contractelor încheiate între viitorul contractant și subcontractanții nominalizați în ofertă. Contractele prezentate trebuie să fie în concordanță cu oferta și se vor constitui în anexe la contractul de achiziție publică.

(2) 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.”

Consiliul va reține justificarea autorității contractante, din punctul de vedere transmis Consiliului, potrivit căruia „*art. 8.9 din Contractul de Servicii sus menționat a fost introdus ca o măsură de siguranță pentru autoritatea contractantă și respectă, în totalitate, prevederile art. 96 alin. (2) din HG nr. 925/2006*”, întrucât prevederea se referă la subcontractanții nominalizați inițial, înlocuirea acestora, fără acceptul Beneficiarului, putând avea ca efect pierderea controlului acestuia din urmă asupra prevederilor cuprinse în propunerea tehnică.

Consiliul apreciază că autoritatea contractantă, pentru a se asigura de faptul că derularea contractului de achiziție publică se desfășoară în bune condiții, aceasta este îndreptățită să impună condiții contractuale referitoare la subcontractanții declarați de prestator, respectiv sancțiuni în cazul nerespectării acestor condiții.

Astfel, Consiliul stabilește că sunt nefondate criticile contestatorilor privind clauzele contractuale prevăzute la art. 8.8, art. 8.9 și art. 8.10, prevăzute de autoritatea contractantă în modelul de contract, parte a documentației de atribuire.

Prin contestația sa, ... critică și clauza din modelul de contract privind nominalizarea de noi subcontractanți în timpul derulării contractului, solicitând amendarea art. 8.11 astfel: *„Prestatorul nu are dreptul de a înlocui pe nici unul din subcontractanții numiți în ofertă sau pe cei numiți ulterior fără acceptul prealabil al autorității contractante”*.

De asemenea, ... critică și dispozițiile art. 8.11 din modelul de contract arătând că acestea sunt disproporționate și abuzive, și contravenind cerințelor stabilirii unui cadru contractual previzibil și clar determinat în timp.

În modelul de contract elaborat de autoritatea contractantă în vederea derulării procedurii de atribuire în cauză, la art. 8.11, s-au menționat următoarele:

„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.”

Ca urmare a primirii contestațiilor formulate de ... și ... în temeiul art. 256³ alin. (1) din OUG nr. 34/2006, autoritatea contractantă a adoptat măsuri de remediere, sens în care a fost întocmită adresa fără număr de înregistrare la emitent (Măsuri de remediere), publicată în SEAP la data de 03.06.2014 ora 18:33 sub forma unui fișier cu denumirea *[CN.../022] Masuri de remediere ...* prin care autoritatea contractantă arată, printre altele, următoarele:

„MĂSURA DE REMEDIERE NR. 3

Eliminarea articolului 8.11 din Contractul de servicii.”

Având în vedere solicitarea contestatorilor de modificare a art. 8.11 din modelul de contract și decizia autorității contractante de a lua măsuri de remediere prin care elimină acest articol, Consiliul stabilește că este rămasă fără obiect această critică.

Prin contestația sa, ... critică și clauza din modelul de contract privind nominalizarea de noi subcontractanți în timpul derulării contractului, solicitând 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”*.

În modelul de contract elaborat de autoritatea contractantă în vederea derulării procedurii de atribuire în cauză, la art. 8.12, s-au menționat următoarele:

„8.12 În situația în care Prestatorul a declarat că își va îndeplini o parte din obligațiile contractuale cu sprijinul unor subcontractanți, va fi respectată în totalitate această obligație. Pe tot parcursul îndeplinirii prezentului Contract de Servicii, Prestatorul nu va depăși limita procentuală declarată în cadrul ofertei pentru subcontractare.”

Ca urmare a primirii contestației formulată de ... în temeiul art. 256³ alin. (1) din OUG nr. 34/2006, autoritatea contractantă a adoptat măsuri de remediere, sens în care a fost întocmită adresa fără număr de înregistrare la emitent (Măsuri de remediere), publicată în SEAP la data de 03.06.2014 ora 18:33 sub forma unui fișier cu denumirea ([CN.../022] *Măsuri de remediere ...* prin care autoritatea contractantă arată, printre altele, următoarele:

„MĂSURA DE REMEDIERE NR. 4

Eliminarea articolului 8.12 din Contractul de servicii.”

Având în vedere solicitarea contestatorului de modificare a art. 8.12 din modelul de contract și decizia autorității contractante de a lua măsuri de remediere prin care elimină acest articol, Consiliul stabilește că este rămasă fără obiect această critică.

În ceea ce privește criticile art. 8.13 și art. 8.14, Consiliul reține următoarele:

Prin contestația sa, ... critică și prevederile art. 8.13 din modelul de contract privind interdicția nominalizării unui subcontractant care a fost nominalizat anterior (la momentul depunerii ofertelor) de către un alt ofertant declarat necâștigător, solicitând eliminarea art. 8.13.

De asemenea, ... critică și prevederile art. 8.13 din modelul de contract, arătând că interdicția absolută de a se încheia contracte cu ofertanți declarați necâștigători/terții susținători/subcontractanți ai acestora în cadrul procedurii de atribuire a contractului fiind nejustificate.

Prin contestația sa, ... critică și prevederile art. 8.14 din modelul de contract, arătând că interdicția absolută de a se încheia contracte cu ofertanți declarați necâștigători/terții susținători/subcontractanți ai acestora în cadrul procedurii de atribuire a contractului fiind nejustificate.

În modelul de contract elaborat de autoritatea contractantă în vederea derulării procedurii de atribuire în cauză, la art. 8.13 și art. 8.14, s-au menționat următoarele:

„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/terți 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.

8.14 Nerespectarea obligațiilor cu privire la declararea/înlocuirea subcontractanților de către Prestatorul potrivit prevederilor Articolului 8 din Contractul de Servicii va fi considerată o încălcare a prezentului contract, întrucât este considerată indicator de fraudă potrivit prevederilor OUG nr. 66/2011 cu modificări și completări ulterioare și poate fi sancționată potrivit prevederilor Articolului 292 (*n.n. art. 326*) din Codul Penal.”

Ca urmare a primirii contestațiilor formulate de ... și ... în temeiul art. 256³ alin. (1) din OUG nr. 34/2006, autoritatea contractantă a adoptat măsuri de remediere, sens în care a fost întocmită adresa fără număr de înregistrare la emitent (Măsuri de remediere), publicată în SEAP la data de 03.06.2014 ora 18:33 sub forma unui fișier cu denumirea *[CN.../022] Masuri de remediere ...* prin care autoritatea contractantă arată, printre altele, următoarele:

„MĂSURA DE REMEDIERE NR. 5

Modificarea articolului 8.13 după cum urmează:

«Art. 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 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.»”

Consiliul reține că prin măsurile de remediere adoptate, autoritatea contractantă s-a conformat prevederilor 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 și HG nr.

875/2011 pentru aprobarea Normelor metodologice de aplicare a prevederilor OUG nr. 66/2011, restrângând interdicția de a încheia un contract de subcontractare doar asupra ofertanților declarați necâștigători.

Astfel, Consiliul stabilește că sunt nefondate criticile contestatorilor privind clauzele contractuale prevăzute la art. 8.13 și art. 8.14, prevăzute de autoritatea contractantă în modelul de contract, parte a documentației de atribuire.

Prin contestația sa, ... critică și dispozițiile art. 10.4 din modelul de contract, arătând că există o cauză de incompatibilitate care trebuie reglementată prin desemnarea unei alte persoane care să soluționeze notificările prestatorului, iar pe perioada soluționării notificării prestatorului, ordinul managerului de proiect ar trebui suspendat.

În modelul de contract elaborat de autoritatea contractantă în vederea derulării procedurii de atribuire în cauză, la art. 10.4, s-au menționat următoarele:

„10.4 Prestatorul se va conforma Ordinilor Administrative date de Managerul de Proiect. Când Prestatorul apreciază că Ordinele Administrative sunt emise cu depășirea competenței Managerului de Proiect ori nu corespund scopului Contractului de Servicii, va notifica Managerul de Proiect, sub sancțiunea decăderii, într-un termen de 10 zile de la data primirii Ordinului. Executarea Ordinului Administrativ nu va fi suspendată prin această notificare.”

Consiliul reține că prin introducerea art. 10.4, autoritatea contractantă a acordat deplină responsabilitate Managerului de proiect, și constată că acesta nu este incompatibil în soluționarea notificărilor prestatorului, iar prin precizarea că executarea ordinului criticat nu va fi suspendată nu se produc prejudicii prestatorului.

Astfel, Consiliul stabilește că sunt nefondate criticile contestatorului privind clauzele contractuale prevăzute la art. 10.4, prevăzute de autoritatea contractantă în modelul de contract, parte a documentației de atribuire.

Prin contestația sa, ... critică și dispozițiile art. 12.2 din modelul de contract arătând că posibilitatea acordată beneficiarului de a rezilia contractul, fără existența unei hotărâri judecătorești definitive care să constate incidența vreunei infrațiuni săvârșite de prestator sau personalul, experții, agenții sau subordonații săi, este de natură să contravină

principiului legalității și să expună prestatorul la o conduită abuzivă din partea Beneficiarului.

În modelul de contract elaborat de autoritatea contractantă în vederea derulării procedurii de atribuire în cauză, la art. 12.2, s-au menționat următoarele:

„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.”

Consiliul reține că în derularea contractelor buna credință este prezumată, astfel că nu va lua în considerare o eventuală conduită abuzivă a beneficiarului și va reține în soluționare susținerile autorității contractante exprimate în punctul de vedere transmis prin adresa nr. 92/31844 din 04.06.2014, înregistrată la Consiliu cu nr. 18210 din 04.06.2014, conform căroră „[...] 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 O.U.G 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.”.

Astfel, Consiliul stabilește că sunt nefondate criticile contestatorului privind clauzele contractuale prevăzute la art. 12.2, prevăzute de autoritatea contractantă în modelul de contract, parte a documentației de atribuire.

Prin contestația sa, ... critică și prevederile art. 13.2, din modelul de contract, arătând că penalitățile în cuantum de 0,1% din prețul contractului pentru fiecare persoană înlocuită sunt disproporționale față de penalitățile aplicate beneficiarului și solicită echilibrarea balanței privind prevederile contractuale referitoare la penalități și amendarea clauzelor în care

penalitățile pentru prestator sunt disproporționate/nejustificate/abuzive.

De asemenea, ... critică și dispozițiile art. 13.2, din modelul de contract, arătând că modalitatea de înlăturare a conflictelor de interese are un caracter discreționar prezervat beneficiarului, concomitent cu o serie de obligații și sancțiuni în sarcina prestatorului. Contestatorul apreciază că prevederea contractuală potrivit cu care prestatorul este obligat să ia toate măsurile necesare pentru a preveni or stopa orice situație care ar putea compromite executarea obiectivă și imparțială a contractului este suficientă a răspunde intereselor autorității contractante.

În modelul de contract elaborat de autoritatea contractantă în vederea derulării procedurii de atribuire în cauză, la art. 13.2, s-au menționat, următoarele:

„13.2 Beneficiarul își rezervă dreptul de a verifica dacă măsurile luate sunt corespunzătoare și poate solicita măsuri suplimentare dacă este necesar. 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.”

În fișa de date, parte a documentației de atribuire elaborată de autoritatea contractantă în vederea derulării procedurii de achiziție publică în cauză, secțiunea IV – „Procedura”, capitolul IV.4) – „Prezentarea ofertei”, punctul

IV.4.3) – „Modul de prezentare a ofertei”, s-au menționat, printre altele, următoarele:

„5. MODUL DE PREZENTARE A DOCUMENTELOR DE CALIFICARE.

Documentele de calificare trebuie să conțină următoarele:

- FIE declarație pe propria răspundere semnată de reprezentantul legal prin care să confirme că îndeplinește criteriile de calificare, astfel cum au fost solicitate în Documentația de Atribuire, declarație care va fi însoțită de o ANEXĂ în care ofertantul trebuie să menționeze succint dar precis modul concret de îndeplinire a respectivelor criterii așa cum au fost solicitate de către Autoritatea Contractantă, precum și de următoarele formulare incluse în Secțiunea 2 „Formulare”: [...] Formularul 11 «Declarație privind neîncadrarea în prevederile art. ...¹ din OUG 34/2006 cu modificările și completările ulterioare».

- FIE formularele solicitate în Secțiunea 2 însoțite de Certificatele/documentele edificatoare care probează/confirmă îndeplinirea criteriilor de calificare.

[...]

Nota 1: În cazul în care ofertantul optează inițial pentru prezentarea declarației pe propria răspundere și anexa aferentă acesteia va completa și va depune, în mod obligatoriu în cadrul volumului «Documente de calificare» următoarele: [...] Formularul 11 «Declarație privind neîncadrarea în prevederile art. ...¹ din OUG 34/2006 cu modificările și completările ulterioare».”

Consiliul reține că în legătură cu aceste critici sunt incidente următoarele dispoziții legale din OUG nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, în forma în vigoare la data inițierii procedurii de achiziție publică:

- art. 66: „Pe parcursul aplicării procedurii de atribuire, autoritatea contractantă are obligația de a lua toate măsurile necesare pentru a evita situațiile de natură să determine apariția unui conflict de interese și/sau manifestarea concurenței neloiale.”

- art. ...²: „(1) Autoritatea contractantă precizează în fișa de date/invitația de participare/anunțul de participare numele persoanelor ce dețin funcții de decizie în cadrul autorității contractante.”

Consiliul reține că în situația generării unei situații de conflict de interese, în măsura în care persoana aflată în

această situație va fi înlocuită cu alta care îndeplinește criteriile de calificare, așa cum acestea au fost solicitate prin documentația de atribuire, autoritatea contractantă nu este vătămată în vreun fel, astfel încât nu se justifică plata vreunei penalități.

Astfel, Consiliul stabilește că aceste clauze contractuale prevăzute la art. 13.2, prevăzute de autoritatea contractantă în modelul de contract, parte a documentației de atribuire, sunt excesive, motiv pentru care va admite criticile formulate de contestatori și va dispune eliminarea din cuprinsul art. 13.2 a ultimelor două propoziții, după cum urmează: *„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.”*

... critică și prevederile art. 14.2, din modelul de contract, arătând că penalitățile în cuantum de 200,00 lei pentru fiecare zi de întârziere sunt disproporționale față de penalitățile aplicate beneficiarului și solicită echilibrarea balanței privind prevederile contractuale referitoare la penalități și amendarea clauzelor în care penalitățile pentru prestator sunt disproporționate/nejustificate/abuzive.

În modelul de contract elaborat de autoritatea contractantă în vederea derulării procedurii de atribuire în cauză, la art. 14.2, s-au menționat, printre altele, următoarele:

„14.2 În termen de 15 de zile de la semnarea Contractului de Servicii, Prestatorul va încheia și va menține în vigoare o poliță de asigurare sau polițe de asigurare cu despăgubire integrală pentru o sumă asigurată care va fi egală cu Prețul Contractului, asigurare care va acoperi în integralitate perioada de prestare a Contractului de servicii, precum și următoarele aspecte:

[...]

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

îndreptătit să aplice penalități în cuantum de 200,00 lei pentru fiecare zi de întârziere.”

Consiliul reține că în vederea derulării în bune condiții a contractului, autoritatea contractantă a impus prestatorului încheierea în termen de 15 zile de la semnarea contractului și menținerea în vigoare pe toată perioada de derulare a contractului, a unei polițe de asigurare sau a mai multor polițe care să acopere riscurile evidențiate în cadrul art. 14.2., obligând totodată prestatorul ca în termen de 20 de zile de la semnarea contractului, acesta să transmită beneficiarului polița sau polițele de asigurare, în original, precum și dovada plății acestora.

Astfel, Consiliul constată că impunerea unei penalități de 200,00 lei pentru fiecare zi de întârziere nu este disproporționată, ci este o garanție a autorității contractante că prestatorul va îndeplini obligația de a încheia polița/polițele de asigurare și de a le transmite împreună cu dovada plății către beneficiar.

Astfel, Consiliul stabilește că sunt nefondate criticile contestatorului privind clauzele contractuale prevăzute la art. 14.2, prevăzute de autoritatea contractantă în modelul de contract, parte a documentației de atribuire.

Prin contestația sa, ... arată că este abuzivă clauza prevăzută în modelul de contract potrivit căreia documentele elaborate în cadrul procedurii devin proprietatea autorității contractante pe măsură ce acestea sunt produse, și nu după plata de către autoritatea contractantă a serviciilor prestate în vederea elaborării acestor documente, solicitând amendarea 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”*.

În modelul de contract elaborat de autoritatea contractantă în vederea derulării procedurii de atribuire în cauză, la art. 16.1, s-au menționat următoarele:

„16.1 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, 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.”

Consiliul reține că prevederile contractuale trebuie să protejeze atât interesele beneficiarului cât și cele ale prestatorului, astfel încât criticile contestatorului apar ca fiind întemeiate, transmiterea dreptului de proprietate a documentelor elaborate de prestator în executarea contractului de servicii, la momentul plății acestora fiind o garanție a acestuia că beneficiarul își va îndeplini obligațiile referitoare la plata contractului.

Astfel, Consiliul stabilește că aceste clauze contractuale prevăzute la art. 16.1, prevăzute de autoritatea contractantă în modelul de contract, parte a documentației de atribuire, sunt excesive, motiv pentru care va admite criticile formulate de contestator și va dispune modificarea prevederilor art. 16.1, după cum urmează:

„16.1 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 Prestator pentru elaborarea respectivelor documente. 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.”.

... critică și prevederile art. 16.4, din modelul de contract, arătând că dreptul beneficiarului la daune în cuantum de 5.000 Euro sunt disproporționale față de penalitățile aplicate beneficiarului și solicită echilibrarea balanței privind prevederile contractuale referitoare la penalități și amendarea clauzelor în

care penalitățile pentru prestator sunt disproporționate/nejustificate/abuzive.

În modelul de contract elaborat de autoritatea contractantă în vederea derulării procedurii de atribuire în cauză, la art. 16.4, s-au menționat, următoarele:

„16.4 Nerespectarea obligațiilor menționate în alineatele precedente 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.”

Consiliul constată că autoritatea contractantă a impus aceste prevederi ca o sancțiune a situației în care nu sunt respectate obligațiile prestatorului de la art. 16.1, art. 16.2 și art. 16.3, respectiv în situația în care acesta utilizează documente și date ale proiectului/contractului în scopuri care nu au legătură cu contractul de servicii fără acordul scris prealabil al beneficiarului sau va publica articole referitoare la aceste servicii, sau va face referire la acestea în cursul prestării altor servicii pentru terți sau va divulga informații furnizate de beneficiar, fără acordul scris prealabil al acestuia, astfel că această obligație nu este disproporționată/nejustificată/abuzivă.

Astfel, Consiliul stabilește că sunt nefondate criticile contestatorului privind clauzele contractuale prevăzute la art. 16.4, prevăzute de autoritatea contractantă în modelul de contract, parte a documentației de atribuire.

... critică și dispozițiile art. 18.1 din modelul de contract potrivit căror beneficiarul (autoritatea contractantă) are dreptul de a respinge personalul ales de prestator fără să justifice această decizie, solicitând amendarea 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”.*

În modelul de contract elaborat de autoritatea contractantă în vederea derulării procedurii de atribuire în cauză, la art. 18.1, s-au menționat următoarele:

„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.”

Consiliul constată că autoritatea contractantă a prevăzut dreptul său de a respinge personalul propus pentru executarea contractului de către prestator, fără a stabili vreun termen în care să transmită această decizie și fără a fi prevăzută și obligația ca decizia de respingere a personalului să fie motivată.

Astfel, Consiliul stabilește că aceste clauze contractuale prevăzute la art. 18.1, prevăzute de autoritatea contractantă în modelul de contract, parte a documentației de atribuire, sunt incomplete, motiv pentru care va admite criticile formulate de contestator și va dispune completarea prevederilor art. 18.1, după cum urmează:

„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 termen de 3 zile de la data primirii notificării, cu motivarea deciziei de respingere.”

În ceea ce privește criticile art. 18.4 (2) și art. 18.4 (3), Consiliul reține următoarele:

... critică și prevederile art. 18.4 (2), din modelul de contract, arătând că penalitățile în cuantum de 0,1%/zi din onorariul expertului care nu a fost mobilizat sunt disproporționale față de penalitățile aplicate beneficiarului și solicită echilibrarea balanței privind prevederile contractuale referitoare la penalități și amendarea clauzelor în care penalitățile pentru prestator sunt disproporționate/nejustificate/abuzive.

De asemenea, ... critică și prevederile art. 18.4 (2), din modelul de contract, apreciind ca fiind nelegală și abuzivă neplata onorariului convenit prestatorului.

... critică și prevederile art. 18.4 (3), din modelul de contract, arătând că penalitățile în cuantum de 0,1%/zi din onorariul expertului propus inițial la ofertă sunt disproporționale față de penalitățile aplicate beneficiarului și solicită echilibrarea balanței privind prevederile contractuale referitoare la penalități și amendarea clauzelor în care penalitățile pentru prestator sunt disproporționate/nejustificate/abuzive.

De asemenea, contestatorul arată că 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, ... critică și prevederile art. 18.4 (3), din modelul de contract, arătând că acestea 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.

În modelul de contract elaborat de autoritatea contractantă în vederea derulării procedurii de atribuire în cauză, la art. 18.4 (2) și art. 18.4 (3), s-au menționat, următoarele:

„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.

(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 ... de zile.”

Consiliul reține că autoritatea contractantă a prevăzut un termen de 12 luni pentru derularea contractului și termene fixe în care prestatorul să procedeze la predarea Studiului de Fezabilitate Parțial și a Studiului de Fezabilitate Final, acesta din urmă fiind direct răspunzător pentru modul în care mobilizează personalul implicat în derularea contractului și a succesiunii activităților ce urmează a fi desfășurate, astfel încât diminuarea onorariilor apare ca fiind excesivă în măsura în care autoritatea contractantă nu face dovada producerii unor pagube atât în situația întârzierii în mobilizarea personalului după termenul stabilit cât și în cazul propunerii de către prestator a unui expert care nu îndeplinește cerințele stabilite în Anexa I - Caietul de Sarcini.

În măsura în care autoritatea contractantă considera imperios necesar impunerea unor astfel de penalități, aceasta trebuia să le coreleze cu graficul de prestare a serviciilor aferente obiectului contractului și să impună termene clare, în care prestatorul să efectueze mobilizarea/înlocuirea personalului solicitat în Anexa 1 a caietului de sarcini.

Astfel, Consiliul stabilește că aceste clauze contractuale prevăzute la art. 18.4 (2) și art. 18.4 (3), prevăzute de autoritatea contractantă în modelul de contract, parte a documentației de atribuire, sunt excesive, motiv pentru care va admite criticile formulate de contestatori și va dispune eliminarea art. 18.4 (2) și art. 18.4 (3).

Prin contestația sa, ... critică și dispozițiile art. 18.4 (5) din modelul de contract deoarece 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.

... critică și prevederile art. 18.4 (5) din modelul de contract, arătând că acestea sunt disproportionale și abuzive, dat fiind că prestatorul înregistrează cheltuieli cu privire la care este în mod abuziv și automat eliminată orice posibilitate de recuperare.

De asemenea, ... critică și prevederile art. 18.4 (5), din modelul de contract, arătând 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 acestuia conform solicitării beneficiarului.

În modelul de contract elaborat de autoritatea contractantă în vederea derulării procedurii de atribuire în cauză, la art. 18.4 (5), s-au menționat următoarele:

„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 nici o plată pentru perioada absenței expertului sau a absenței înlocuitorului acestuia.”

Consiliul reține că prestatorul este direct răspunzător pentru modul în care mobilizează personalul implicat în derularea contractului, inclusiv desemnarea unui expert temporar pentru desfășurarea contractului de servicii până la sosirea noului expert sau să ia alte măsuri pentru a compensa absența temporară a expertului, și a succesiunii activităților ce urmează a fi desfășurate, astfel încât Consiliul constată caracterul fondat al criticilor.

Astfel, Consiliul stabilește că aceste clauze contractuale prevăzute la art. 18.4 (5), prevăzute de autoritatea contractantă în modelul de contract, parte a documentației de atribuire, sunt excesive, motiv pentru care va admite criticile formulate de contestatori și va dispune eliminarea din cuprinsul art. 18.4 (5) a ultimei propoziții, după cum urmează: *„În acest caz, Beneficiarul nu va efectua nici o plată pentru perioada absenței expertului sau a absenței înlocuitorului acestuia.”*

În ceea ce privește criticile art. 19.3 și art. 19.5, Consiliul reține următoarele:

Prin contestația sa, ... critică și prevederile art. 19.3, din modelul de contract, arătând că penalitățile în cuantum de 0,05% din prețul contractului pentru neîndeplinirea obligațiilor personalului sunt disproporționale față de penalitățile aplicate beneficiarului și solicită echilibrarea balanței privind prevederile contractuale referitoare la penalități și amendarea clauzelor în care penalitățile pentru prestator sunt disproporționate/nejustificate/abuzive.

De asemenea, ... critică și prevederile art. 19.3, din modelul de contract, arătând că acestea 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 și solicită modificarea clauzelor ce permit autorității contractante să aplice penalități de întârziere raportat la întregul preț al contractului.

Prin contestația sa, ... critică și prevederile art. 19.5, din modelul de contract, arătând că penalitățile de întârziere în cuantum de 0,05% pe zi de întârziere din prețul contractului în cazul respingerii persoanei înlocuitoare a unui membru al personalului cheie, pentru neîndeplinirea criteriilor de calificare, 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. De asemenea, contestatorul arată că tipul de penalitate prevăzut la art. 19.5 - pentru înlocuirea unui membru al personalului este același cu cel prevăzut la art. 18.4 (3), însă modalitatea de calcul și procentul aplicat sunt diferite.

De asemenea, ... critică și prevederile art. 19.5, din modelul de contract, arătând că autoritatea contractantă și-a prezervat unele drepturi discreționare de a dispune aplicarea unor penalități de întârziere, care încalcă prevederile art. 1536 Cod civil, potrivit cu care 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.

În modelul de contract elaborat de autoritatea contractantă în vederea derulării procedurii de atribuire în cauză, la art. 19.3 și art. 19.5, s-au menționat, următoarele:

„19.3 Prestatorul trebuie să se asigure ca 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.

[...]

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.”

Ca urmare a primirii contestațiilor formulate de ... și ..., în temeiul art. 256³ alin. (1) din OUG nr. 34/2006, autoritatea contractantă a adoptat măsuri de remediere, sens în care a fost întocmită adresa fără număr de înregistrare la emitent (Măsuri de remediere), publicată în SEAP la data de 03.06.2014 ora 18:33 sub forma unui fișier cu denumirea ([CN.../022] *Măsuri de remediere ...* prin care autoritatea contractantă arată, printre altele, următoarele:

„MĂSURA DE REMEDIERE NR. 6

Modificarea articolului 19.5 din Contractul de servicii după cum urmează:

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.»”

Pentru considerentele avute în vedere cu ocazia examinării situației similare de la art. 18.4 (5), Consiliul stabilește că sunt excesive clauzele contractuale de la art. 19.3 și art. 19.5, prestatorul fiind direct răspunzător de modul în care personalul propus își va îndeplini obligații stabilite, precum și de înlocuirea

personalului propus, motiv pentru care va admite criticile formulate de contestatori și va dispune eliminarea art. 19.3 precum și eliminarea ultimei propoziții din cuprinsul art. 19.5, astfel cum a fost modificat de autoritatea contractantă, după cum urmează: *„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”*.

Prin contestația sa, ... critică și dispozițiile art. 19.6 din modelul de contract deoarece 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.

Prin contestația sa, ... critică și dispozițiile art. 19.6 din modelul de contract, arătând că acestea sunt disproporționate și abuzive, dat fiind că prestatorul înregistrează cheltuieli cu privire la care este în mod abuziv și automat eliminată orice posibilitate de recuperare.

De asemenea, ... critică și prevederile art. 19.6, din modelul de contract, arătând 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 acestuia conform solicitării beneficiarului.

În modelul de contract elaborat de autoritatea contractantă în vederea derulării procedurii de atribuire în cauză, la art. 19.6, s-au menționat următoarele:

„19.6 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.”

Pentru considerentele avute în vedere cu ocazia examinării situației similare de la art. 18.4 (5), Consiliul stabilește că sunt excesive clauzele contractuale privind neplata pentru perioada absenței expertului sau a absenței înlocuitorului acestuia prevăzute la art. 19.6, motiv pentru care va admite criticile formulate de contestatori și va dispune eliminarea din cuprinsul art. 19.6 a ultimei propoziții, după cum urmează: *„Indiferent de situație, Beneficiarul nu va efectua nicio plată pentru perioada absenței expertului sau a absenței înlocuitorului acestuia.”*

Prin contestația sa, ... critică și prevederile art. 19.9 din modelul de contract, arătând că acestea sunt disproporționate și abuzive, deoarece 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 de 4 luni și prin urmare este perfect rezonabil ca respectivul membru al personalului să poată fi implicat și în alte proiecte.

În modelul de contract elaborat de autoritatea contractantă în vederea derulării procedurii de atribuire în cauză, la art. 19.9, s-au menționat următoarele:

„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.”

Prin adresa fără număr de înregistrare la emitent (Clarificarea nr. 3 la documentația de atribuire a contractului: „... ..”), autoritatea contractantă a publicat în sistemul electronic de achiziții publice (SEAP) la data de 13.06.2014 ora 09:37 sub forma unui fișier cu denumirea *([CN.../024] Clarificare 3.rar)* un răspuns la solicitarea de clarificări din partea unui operator economic interesat de prezenta procedură, prin care a adus lămuriri/explicitări/limpeziri cu privire la conținutul documentației de atribuire, după cum urmează:

„[...]

Întrebare 18

Având în vedere că în data de 01.05.2014 CNADNR a lansat mai multe licitații pentru elaborare studii de fezabilitate, vă rugăm să clarificați dacă un ofertant poate propune unul sau mai multi experți în două sau mai multe oferte.

Răspuns 18

Având în vedere că dispozițiile legale în vigoare nu interzic acest lucru, în vederea demonstrării cerinței privind capacitatea profesională se acceptă ca aceeași experți să fie propuși în mai multe proceduri de atribuire. Toți experții cheie propuși de ofertanți au obligația prezentării în cadrul ofertei a Formularului nr. 16 «Declarație de disponibilitate» completat și semnat de expert în original. Ofertanții vor avea în vedere respectarea legislației muncii în ceea ce privește angajarea personalului.

[...]”

Având în vedere măsura luată de autoritatea contractantă în sensul acceptării ca aceeași experți să fie propuși în mai multe proceduri de atribuire, Consiliul constată caracterul contradictoriu al prevederilor art. 19.9 și a celor precizate în răspunsul la întrebarea nr. 14 din clarificarea nr. 2.

Astfel, Consiliul stabilește că aceste clauze contractuale prevăzute la art. 19.9, prevăzute de autoritatea contractantă în modelul de contract, parte a documentației de atribuire, sunt excesive, motiv pentru care va admite criticile formulate de contestator și va dispune eliminarea art. 19.9.

Prin contestația sa, ... critică și dispozițiile art. 21.2 din modelul de contract deoarece în opinia acestuia clauza este abuzivă, în condițiile în care nu există nici un temei legal în baza căruia autoritatea contractantă să aibă dreptul de a se opune cu privire la contul bancar al prestatorului, solicitând amendarea art. 21.2.

De asemenea, ... critică și dispozițiile art. 21.2 din modelul de contract, arătând că acestea sunt disproportionale deoarece beneficiarul cenzurează decizia prestatorului referitoare la contul bancar propriu.

De asemenea, ... critică și prevederile art. 21.2, din modelul de contract, arătând că sunt abuzive și nelegale astfel de dispoziții, neexistând nici un temei legal în baza căruia autoritatea contractantă să aibă dreptul să se opună cu privire la contul bancar al prestatorului.

În modelul de contract elaborat de autoritatea contractantă în vederea derulării procedurii de atribuire în cauză, la art. 21.2, s-au menționat următoarele:

„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.”

Ca urmare a primirii contestațiilor formulate de ... și ..., în temeiul art. 256³ alin. (1) din OUG nr. 34/2006, autoritatea contractantă a adoptat măsuri de remediere, sens în care a fost întocmită adresa fără număr de înregistrare la emitent (Măsuri de remediere), publicată în SEAP la data de 03.06.2014 ora 18:33 sub forma unui fișier cu denumirea ([CN.../022] *Măsuri de remediere ...* prin care autoritatea contractantă arată, printre altele, următoarele:

„MĂSURA DE REMEDIERE NR. 8

Modificarea articolului 21.2 din Contractul de servicii după cum urmează:

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 sau bancar sau un formular similar.»»

Având în vedere măsurile de remediere luate de autoritatea contractantă, adresa nr. MOC/14/VI/10 din 05.06.2014, înregistrată la Consiliu cu nr. 18417 din 05.06.2014, depusă de ... precum și adresa nr. 99 din 05.06.2014, înregistrată la Consiliu cu nr. 18452 din 06.06.2014, depusă de ..., prin care consideră că aspectul criticat referitor la art. 21.2 a fost remediat, Consiliul stabilește că este rămasă fără obiect această critică.

De asemenea, ... critică și dispozițiile art. 26.2 din modelul de contract deoarece lipsește obligația beneficiarului de a emite aprobarea rapoartelor/documentelor analizate iar aceasta echivalează cu lipsa obligației de plată, fiind la latitudinea discreționară a acestuia aprobarea anumitor rapoarte/documente deși nu a avut obiecțiuni, solicitând amendarea art. 26.2.

De asemenea, ... critică și prevederile art. 26.2, din modelul de contract, arătând 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 acestea.

În modelul de contract elaborat de autoritatea contractantă în vederea derulării procedurii de atribuire în cauză, la art. 26.2, s-au menționat următoarele:

„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 nici un comentariu cu privire la Rapoartele sau documentele primite, Prestatorul poate solicita aprobarea în scris a acestora.”

Ca urmare a primirii contestațiilor formulate de ... și ..., în temeiul art. 256³ alin. (1) din OUG nr. 34/2006, autoritatea contractantă a adoptat măsuri de remediere, sens în care a fost întocmită adresa fără număr de înregistrare la emitent (Măsuri de remediere), publicată în SEAP la data de 03.06.2014 ora 18:33 sub forma unui fișier cu denumirea ([CN.../022] *Măsuri de remediere ...* prin care autoritatea contractantă arată, printre altele, următoarele:

„MĂSURA DE REMEDIERE NR. 9

Modificarea articolului 26.2 din Contractul de servicii 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.»”

Având în vedere solicitarea contestatorilor de modificare a art. 26.2 din modelul de contract și decizia autorității contractante de a lua măsuri de remediere prin care modifică acest articol, Consiliul stabilește că este rămasă fără obiect această critică.

Prin contestația sa, ... critică și dispozițiile art. 26.5 (2) din modelul de contract, arătând 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.

De asemenea, ... critică și prevederile art. 26.5 (2), din modelul de contract, arătând că aceste dispoziții echivalează cu o condiție pur potestativă din partea celui care se obligă („mă oblig dacă vreau”), respectiv cu lipsa intenției autorității contractante de a se obliga să efectueze plata serviciilor executate.

În modelul de contract elaborat de autoritatea contractantă în vederea derulării procedurii de atribuire în cauză, la art. 26.5 (2), s-au menționat următoarele:

„26.5.[...]

(2) Studiul de Fezabilitate Final va fi considerat acceptat de către Beneficiar numai după obținerea Acordului de Mediu, avizelor de la Articolul 26.5 (1) și transmiterea de către Prestator a Raportului Financiar menționat în Anexa I - Caietul de Sarcini, și numai după aprobarea Raportul Financiar de către Beneficiar în baza documentelor justificative (inclusiv a tuturor documentelor care fac parte din Studiul de Fezabilitate Final).”

Ca urmare a primirii contestațiilor formulate de ... și ..., în temeiul art. 256³ alin. (1) din OUG nr. 34/2006, autoritatea contractantă a adoptat măsuri de remediere, sens în care a fost întocmită adresa fără număr de înregistrare la emitent (Măsuri de remediere), publicată în SEAP la data de 03.06.2014 ora 18:33 sub forma unui fișier cu denumirea ([CN.../022] *Masuri de remediere ...* prin care autoritatea contractantă arată, printre altele, următoarele:

„MĂSURA DE REMEDIERE NR. 10

Modificarea articolului 26.5 (2) din Contractul de servicii după cum urmează:

«Art. 26.5 (2) *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).»”

Având în vedere solicitarea contestatorilor de modificare a art. 26.5 (2) din modelul de contract și decizia autorității contractante de a lua măsuri de remediere prin care modifică acest articol, Consiliul stabilește că este rămasă fără obiect această critică.

Prin contestația sa, ... critică și prevederile art. 27.9, din modelul de contract, arătând că aceste dispoziții contravin art. 12 din Legea nr. 72/2013 potrivit căruia: „practica sau clauza contractuală prin care se stabilește, în mod vădit, inechitabil, în raport cu creditorul, termenul de plată, nivelul dobânzii pentru plata întârziată sau al daunelor interese suplimentare este abuzivă”.

În modelul de contract elaborat de autoritatea contractantă în vederea derulării procedurii de atribuire în cauză, la art. 27.9, s-au menționat următoarele:

„27.8 (1) Termenul limită de plată de 60 zile prevăzut la articolul 27.7 va expira la data la care contul Beneficiarului este debitat. Beneficiarul poate suspenda termenul de plată pentru orice altă sumă facturată contestată de către Managerul de Proiect, prin notificarea Prestatorului în sensul că acea parte a facturii este neacceptată, fie deoarece suma respectivă nu este datorată, fie că documentele aferente nu pot fi avizate și Beneficiarul consideră că sunt necesare mai multe verificări, fie că se depășește pragul maxim.”

„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).”

Ca urmare a primirii contestației formulate de ..., în temeiul art. 256³ alin. (1) din OUG nr. 34/2006, autoritatea contractantă a adoptat măsuri de remediere, sens în care a fost întocmită adresa fără număr de înregistrare la emitent (Măsuri de remediere), publicată în SEAP la data de 03.06.2014 ora 18:33 sub forma unui fișier cu denumirea ([CN.../022] *Măsuri de remediere* ... prin care autoritatea contractantă arată, printre altele, următoarele:

„MĂSURA DE REMEDIERE NR. 11

Eliminarea articolului 27.8 (1) din Contractul de servicii

Având în vedere eliminarea de către autoritatea contractantă a art. 27.8 (1) din modelul de contract pentru a evita interpretarea datei la care expiră termenul limită de plată, Consiliul stabilește că în mod corect autoritatea contractantă a prevăzut penalități în cazul neîndeplinirii obligațiilor privind plata serviciilor prestate și va menține prevederile art. 27.9 din acest contract.

Astfel, Consiliul stabilește că sunt nefondate criticile contestatorului privind clauzele contractuale prevăzute la art. 27.9, prevăzute de autoritatea contractantă în modelul de contract, parte a documentației de atribuire.

Prin contestația sa, ... critică și dispozițiile art. 27.13 din modelul de contract evidențiind faptul că nu este respectat principiul egalității în ce privește distribuția penalităților între părțile contractante.

În modelul de contract elaborat de autoritatea contractantă în vederea derulării procedurii de atribuire în cauză, la art. 27.13, s-au menționat următoarele:

„27.13 Părțile cunosc și garantează în virtutea prevederilor Legii nr. 72/2013 cu modificări și completări ulterioare și O.G. nr. 13/2011 cu modificări și completări 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.”

Ca urmare a primirii contestației formulată de ... în temeiul art. 256³ alin. (1) din OUG nr. 34/2006, autoritatea contractantă a adoptat măsuri de remediere, sens în care a fost întocmită adresa fără număr de înregistrare la emitent (Măsuri de remediere), publicată în SEAP la data de 03.06.2014 ora 18:33 sub forma unui fișier cu denumirea ([CN.../022] *Măsuri de remediere ...* prin care autoritatea contractantă arată, printre altele, următoarele:

„MĂSURA DE REMEDIERE NR. 12

Modificarea articolului 27.13 din Contractul de servicii după cum urmează:

«Părțile cunosc și garantează în virtutea prevederilor Legii nr. 72/2013 cu modificări și completări ulterioare și O.G. nr. 13/2011 cu modificări și completări ulterioare, că relațiile contractuale dintre părți se desfășoară pe principii de bună credință și cu respectarea acestor dispoziții legale, înțelegând

că nicio clauză a contractului nu este abuzivă prin prisma dispozițiilor legale enunțate.»”

Având în vedere eliminarea de către autoritatea contractantă a cuvântului „egalitate” din prevederile art. 27.13 din modelul de contract, Consiliul reține că se menține un cadru contractual echilibrat în concordanță cu prevederile legale incidente și va menține prevederile art. 27.13 din acest contract astfel cum au fost modificate prin măsura de remediere nr. 12.

Astfel, Consiliul stabilește că sunt nefondate criticile contestatorului privind clauzele contractuale prevăzute la art. 27.13, prevăzute de autoritatea contractantă în modelul de contract, parte a documentației de atribuire.

De asemenea, ... critică și prevederile art. 27.14 b), din modelul de contract, arătând că 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.

În modelul de contract elaborat de autoritatea contractantă în vederea derulării procedurii de atribuire în cauză, la 27.14 b), s-au menționat, următoarele:

„27.14 În cazul în care oricare din următoarele evenimente intervine și persistă, 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 a Contractului de Servicii.”

Consiliul constată că autoritatea contractantă nu a detaliat împrejurările în care interferează sau amenință să interfereze cu finalizarea cu succes a contractului, lăsând la libera apreciere a beneficiarului să stabilească în mod discreționar dacă acestea sunt de natură să suspende executarea contractului.

Astfel, Consiliul stabilește că aceste clauze contractuale prevăzute la art. 27.14 b), prevăzute de autoritatea

contractantă în modelul de contract, parte a documentației de atribuire, sunt excesive, motiv pentru care va admite criticile formulate de contestator și va dispune eliminarea lit. b) de la art. 27.14.

Prin contestația sa, ... critică și prevederile art. 28.4, din modelul de contract, arătând că nu se justifică plata comisioanelor bancare de către prestator dacă vina pentru plata sumelor necuvenite nu-i aparține, solicitând amendarea art. 28.4.

În modelul de contract elaborat de autoritatea contractantă în vederea derulării procedurii de atribuire în cauză, la art. 28.1 și art. 28.4, s-au menționat următoarele:

„28.1 Prestatorul va restitui orice sume cuvenite Beneficiarului și care i-au fost plătite în plus față de valoarea certificată, în ... de zile de la primirea unei cereri în acest sens.”

„28.4 Comisioanele bancare rezultate din restituirea sumelor datorate Beneficiarului vor fi suportate în întregime de către Prestator.”

Consiliul va reține în soluționare susținerile autorității contractante exprimate în punctul de vedere transmis prin adresa nr. 92/31844 din 04.06.2014, înregistrată la Consiliu cu nr. 18210 din 04.06.2014, conform căroră „aceste clauze au fost introduse de către autoritatea contractantă 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. [...]” și are în vedere situația în care plățile excesive se fac în baza unor facturi pentru servicii care nu corespund realității.

Astfel, Consiliul stabilește că sunt nefondate criticile contestatorului privind clauzele contractuale prevăzute la art. 28.4, prevăzute de autoritatea contractantă în modelul de contract, parte a documentației de atribuire.

Prin contestația sa, ... critică și prevederile art. 29.5, din modelul de contract, arătând că este evident că un instrument de garantare emis de asigurator se poate emite numai în baza unui contract de asigurare (ce conține polița de asigurare, condiții de asigurare generale și speciale/particulare), solicitând 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, Clauză 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”.

În modelul de contract elaborat de autoritatea contractantă în vederea derulării procedurii de atribuire în cauză, la art. 29.5, s-au menționat următoarele:

„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, Clauză 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.”

Consiliul va reține în soluționare susținerile autorității contractante exprimate în punctul de vedere transmis prin adresa nr. 92/31844 din 04.06.2014, înregistrată la Consiliu cu

nr. 18210 din 04.06.2014, conform cărora „[...] 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 instrument de garantare se referă la garantarea plății și, în conformitate cu definirea instrumentelor de garantare [...] 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.” și constată că propunerea contestatorului de eliminare a unor prevederi din cuprinsul acestui articol este neîntemeiată.

Astfel, Consiliul stabilește că sunt nefondate criticile contestatorului privind clauzele contractuale prevăzute la art. 29.5, prevăzute de autoritatea contractantă în modelul de contract, parte a documentației de atribuire.

În ceea ce privește criticile art. 31.1, și art. 31.2, Consiliul reține următoarele:

Prin contestația sa, ... critică și dispozițiile art. 31.1 și art. 31.2, din modelul de contract, arătând că recuperarea sumelor de la prestator, fără existența unei hotărâri judecătorești definitive care să constate incidența respectivului caz, este de natură să contravină principiului legalității și să expună prestatorul la o conduită abuzivă din partea beneficiarului.

De asemenea, ... critică și prevederile art. 31.1 și art. 31.2, din modelul de contract, arătând că este nelegal și abuziv dreptul autorității contractante de a suspenda executarea contractului sau de a proceda la recuperarea sumelor de la Prestator, în lipsa unei hotărâri judecătorești definitive întrucât autoritatea contractantă nu este competentă să efectueze cercetări în ceea ce privește fraudele și nici să constate persoana în sarcina căreia îi sunt imputabile aceste fraude, solicitând modificarea acestor clauze în sensul ca beneficiarul să poată lua aceste măsuri numai în baza unei hotărâri judecătorești definitive.

În modelul de contract elaborat de autoritatea contractantă în vederea derulării procedurii de atribuire în cauză, la art. 31.1 și art. 31.2, s-au menționat următoarele:

„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.

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. În vederea recuperării sumelor plătite necuvenit din asistența financiară nerambursabilă acordată României de Uniunea Europeană și/sau din fondurile de cofinanțare aferente, ca urmare a unor nereguli, Beneficiarul se va îndrepta împotriva Prestatorului în conformitate cu prevederile legale aplicabile în momentul descoperirii faptei.”

Consiliul reține ca fiind relevante precizările autorității contractante exprimate în punctul de vedere transmis prin adresa nr. 92/31844 din 04.06.2014, înregistrată la Consiliu cu nr. 18210 din 04.06.2014, conform cărora „articolele mai sus menționate nu se referă doar la fraude, ci statuează și situația unor erori substanțiale sau neregularități. Asupra acestor aspecte Beneficiarul este cel mai în măsură să se pronunțe și să le constate. [...]

Deoarece sursa de finanțare a contractului de servicii sus menționat o reprezintă fondurile europene nerambursabile, prin urmare Autoritatea Contractantă are obligația de a respecta art. 2 alin. (2), din O.U.G nr. 34/2006 cu modificări și completări ulterioare cât și respectarea prevederilor art. 8 alin. (2) lit. b), art. 9, art. 20, art. 27 și art. ... din OUG nr. 66/2011” și apreciază că în măsura în care autoritatea contractantă constată că procedura de acordare sau executare a contractului de servicii este viciată prin producerea unor erori, nereguli sau fraude, aceasta este îndreptățită să procedeze la suspendarea executării contractului, putându-se îndrepta împotriva prestatorului în conformitate cu prevederile legale aplicabile în momentul descoperirii faptei.

Astfel, Consiliul stabilește că sunt nefondate criticile contestatorilor privind clauzele contractuale prevăzute la art. 31.1 și art. 31.2, prevăzute de autoritatea contractantă în modelul de contract, parte a documentației de atribuire.

În ceea ce privește criticile art. 31.3, art. 31.4, art. 31.5, și art. 31.6, Consiliul reține următoarele:

Prin contestația sa, ... critică și prevederile art. 31.3. și art. 31.4, din modelul de contract, arătând că este nelegală și

abuzivă suspendarea plăților datorate prestatorului pentru serviciile prestate ca urmare a suspendării contractului de către autoritatea contractantă, fără nici o motivare. De asemenea, contestatorul arată că 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.

De asemenea, ... critică și dispozițiile art. 31.3, art. 31.4, art. 31.5 și art. 31.6, din modelul de contract, arătând că posibilitatea acordată beneficiarului de a suspenda plățile, de a modifica perioada de suspendare a contractului și de a suspenda unilateral contractul în cazul lipsei de resurse financiare este vădit abuzivă, disproporționată și de natură să expună prestatorul la o conduită abuzivă din partea beneficiarului.

De asemenea, ... critică și prevederile art. 31.3 și art. 31.4, din modelul de contract, arătând că este nelegală și abuzivă suspendarea plăților datorate Prestatorului pentru serviciile prestate ca urmare a suspendării contractului - indiferent de motive - de către autoritatea contractantă. De asemenea, contestatorul arată că 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 modelul de contract elaborat de autoritatea contractantă în vederea derulării procedurii de atribuire în cauză, la art. 31.3, art. 31.4, art. 31.5 și art. 31.6, s-au menționat următoarele:

„31.3 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 nici o plată către Prestator.

31.4 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.

31.5 Beneficiarul are 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, Beneficiarul are dreptul, în mod unilateral, de a rezilia Contractul.

31.6 Beneficiarul are dreptul, în mod unilateral, de a suspenda Contractul de Servicii în lipsa existenței alocării financiare, cu informarea prealabilă a Prestatorului.”

Ca urmare a primirii contestațiilor formulate de și ..., în temeiul art. 256³ alin. (1) din OUG nr. 34/2006, autoritatea contractantă a adoptat măsuri de remediere, sens în care a fost întocmită adresa fără număr de înregistrare la emitent (Măsuri de remediere), publicată în SEAP la data de 03.06.2014 ora 18:33 sub forma unui fișier cu denumirea ([CN.../022] *Măsuri de remediere ...* prin care autoritatea contractantă arată, printre altele, următoarele:

„MĂSURA DE REMEDIERE NR. 13

Modificarea articolului 31.3 din Contractul de servicii după cum urmează:

«Art. 31.3 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 nici o plată către Prestator, cu excepția plăților aferente serviciilor prestate anterior suspendării.»

MĂSURA DE REMEDIERE NR. 14

Modificarea articolului 31.5 din Contractul de servicii după cum urmează:

«Art. 31.5 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 solicitarea contestatorilor de modificare a art. 31.3 și art. 31.5 din modelul de contract și decizia autorității contractante de a lua măsuri de remediere prin care modifică aceste articole, Consiliul stabilește că sunt rămase fără obiect aceste critici.

Referitor la criticile ce vizează prevederile art. 31.4, Consiliul reține ca fiind relevante precizările autorității contractante exprimate în punctul de vedere transmis prin adresa nr. 92/31844 din 04.06.2014, înregistrată la Consiliu cu nr. 18210 din 04.06.2014, conform cărora „suspendarea

contractului nu produce efecte doar asupra plăților care trebuie efectuate către Prestator, dar și asupra serviciilor care trebuie prestate pentru Beneficiar. [...]

O plată pentru un serviciu suspendat, așadar un serviciu neprestat, ar reprezenta o plată nedatorată.” și constată că suspendarea contractului de servicii are efecte asupra ambelor părți contractante, iar solicitarea contestatorilor pentru plata cheltuielilor suplimentare, pe perioada suspendării contractului apare ca fiind neîntemeiată.

Astfel, Consiliul stabilește că sunt nefondate criticile contestatorilor privind clauzele contractuale prevăzute la art. 31.4, prevăzute de autoritatea contractantă în modelul de contract, parte a documentației de atribuire.

Referitor la criticile formulate împotriva prevederilor art. 31.6, Consiliul reține ca fiind relevante, în legătură cu aceste critici, dispozițiile art. 36 din Legea nr. 356/2013 a bugetului de stat pe anul 2014: „Art. 36. - (1) În termen de ... de zile calendaristice de la aprobarea bugetului de stat, precum și de la aprobarea rectificărilor bugetare anuale, ordonatorii de credite au obligația de a notifica prestatorilor, executanților și furnizorilor valoarea maximă în limita căreia se pot executa lucrări, presta servicii și livra bunuri, valoare calculată ca diferență între creditele bugetare aprobate și sumele aferente plăților restante, precum și reținerea prevăzută la art. 21 alin. (5) din Legea nr. 500/2002, cu modificările și completările ulterioare.

(2) Ordonatorii de credite au obligația de a întocmi și de a actualiza, după caz, împreună cu prestatorii, executanții și furnizorii, graficele de execuție/livrare, atât fizice, cât și valorice, anexe la contracte, aferente anului 2014, în funcție de valoarea maximă calculată conform alin. (1).

(3) Se interzice ordonatorilor de credite recepționarea de servicii, lucrări și produse peste valoarea maximă calculată și notificată conform alin. (1).

(4) Prevederile alin. (1)-(3) se aplică și operatorilor economici cu capital majoritar de stat/regiilor autonome care beneficiază/derulează prin bugetul propriu sume alocate de la bugetul de stat.”

Consiliul reține că măsura suspendării unilaterale a contractului de servicii este efectul lipsei existenței alocării financiare, aceasta fiind o situație de excepție născută din norma juridică, independent de voința beneficiarului.

Astfel, Consiliul stabilește că sunt nefondate criticile contestatorului ... privind clauzele contractuale prevăzute la art. 31.6, prevăzute de autoritatea contractantă în modelul de contract, parte a documentației de atribuire.

Prin contestația sa, ... critică și prevederile art. 33.2, din modelul de contract, arătând că acestea sunt excesive și abuzive deoarece cuprind penalități aplicate prestatorului reprezentând 2% din prețul contractului.

În modelul de contract elaborat de autoritatea contractantă în vederea derulării procedurii de atribuire în cauză, la art. 33.2, s-au menționat următoarele:

„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.”

Ca urmare a primirii contestației formulate de ... în temeiul art. 256³ alin. (1) din OUG nr. 34/2006, autoritatea contractantă a adoptat măsuri de remediere, sens în care a fost întocmită adresa fără număr de înregistrare la emitent (Măsuri de remediere), publicată în SEAP la data de 03.06.2014 ora 18:33 sub forma unui fișier cu denumirea ([CN.../022] *Măsuri de remediere ...* prin care autoritatea contractantă arată, printre altele, următoarele:

„MĂSURA DE REMEDIERE NR. 15

Eliminarea articolului 33.2 din Contractul de servicii.”

Având în vedere solicitarea contestatorului de modificare a art. 33.2 din modelul de contract și decizia autorității contractante de a lua măsuri de remediere prin care elimină acest articol, Consiliul stabilește că este rămasă fără obiect această critică.

Prin contestația sa, ... critică și prevederile art. 34.3, din modelul de contract, arătând că penalitățile de 0,05%/zi din prețul contractului pentru întârzierea în executarea contractului de servicii sunt disproporționale față de penalitățile aplicate beneficiarului.

În modelul de contract elaborat de autoritatea contractantă în vederea derulării procedurii de atribuire în cauză, la art. 34.3, s-au menționat următoarele:

„34.3 Valoarea penalităților va fi de 0,05%/zi de întârziere din Prețul contractului.”

Consiliul reține că autoritatea contractantă a prevăzut aceste penalități pentru a se asigura că prestatorul își va îndeplini obligațiile asumate în ceea ce privește respectarea termenelor de predare a documentelor ce fac obiectul contractului de servicii, acestea fiind pe deplin justificate.

Astfel, Consiliul stabilește că sunt nefondate criticile contestatorului privind clauzele contractuale prevăzute la art. 34.3, prevăzute de autoritatea contractantă în modelul de contract, parte a documentației de atribuire.

De asemenea, ... critică și prevederile art. 35.6, din modelul de contract, arătând că această clauză este abuzivă deoarece drepturile și obligațiile părților sunt 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.

În modelul de contract elaborat de autoritatea contractantă în vederea derulării procedurii de atribuire în cauză, la art. 35.6, s-au menționat următoarele:

„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 ce guvernează Contractul de Servicii.”

Consiliul reține că activitățile ce urmează a fi desfășurate de prestator potrivit fișei de date sunt:

„1. Elaborarea Studiului de Fezabilitate pentru Autostrada ..., în conformitate cu H.G. nr. 28/2008 cu modificările și completările ulterioare, în conformitate cu cerințele caietului de sarcini și în conformitate cu legislația în vigoare;

2. Pregătirea documentației necesare în vederea transmiterii aplicației de finanțare din Fonduri Structurale pentru Proiectul Autostrada ...,

3. Pregătirea documentației de atribuire pentru contractele de lucrări aferente Proiectului Autostrada ..., precum asigurarea asistenței Beneficiarului pe durata procedurii de achiziție publică (clarificările solicitate de potențialii ofertanți, participarea în comisii de evaluare în calitate de experți cooptați în

conformitate cu prevederile articolului 73 din H.G. 925/2006 cu modificările și completările ulterioare).”

Astfel, Consiliul constată că plata despăgubirilor pentru prejudicii descoperite după finalizarea contractului, respectiv după acceptarea de către beneficiar a documentelor elaborate de către prestator, constituie o clauză abuzivă, drepturile și obligațiile părților fiind reglementate pe perioada de derulare a contractului, până la predarea și aprobarea documentelor și efectuarea plății.

Astfel, Consiliul stabilește că aceste clauze contractuale prevăzute la art. 35.6, prevăzute de autoritatea contractantă în modelul de contract, parte a documentației de atribuire, sunt excesive, motiv pentru care va admite criticile formulate de contestator și va dispune eliminarea art. 35.6.

De asemenea, ... critică și prevederile art. 39.3, din modelul de contract, arătând că 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.

În modelul de contract elaborat de autoritatea contractantă în vederea derulării procedurii de atribuire în cauză, la art. 39.3, s-au menționat următoarele:

„39.3 Pe perioada soluționării litigiului, Prestatorul este obligat să-și continue prestarea Serviciilor astfel cum au fost stabilite prin Contractul de Servicii. În situația nerespectării prezentei obligații, Beneficiarul este îndreptățit la despăgubiri în valoare de 0,1%/zi din Prețul Contractului pentru neexecutarea obligațiilor contractuale, aceste sume urmând a fi reținute din plata intermediară sau din plata finală.”

Ca urmare a primirii contestației formulată de ..., în temeiul art. 256³ alin. (1) din OUG nr. 34/2006, autoritatea contractantă a adoptat măsuri de remediere, sens în care a fost întocmită adresa fără număr de înregistrare la emitent (Măsuri de remediere), publicată în SEAP la data de 03.06.2014 ora 18:33 sub forma unui fișier cu denumirea ([CN.../022] *Măsuri de remediere ...* prin care autoritatea contractantă arată, printre altele, următoarele:

„MĂSURA DE REMEDIERE NR. 20

Eliminarea articolului 39.3 din Contractul de servicii.”

Având în vedere solicitarea contestatorului de modificare a art. 39.3 din modelul de contract și decizia autorității contractante de a lua măsuri de remediere prin care elimină

acest articol, Consiliul stabilește că este rămasă fără obiect această critică.

Modelul de contract elaborat de autoritatea contractantă în vederea derulării procedurii de atribuire în cauză, cu măsurile de remediere adoptate de aceasta, precum și cu modificările și completările aduse prin prezenta decizie, se va transmite spre republicare către operatorul SEAP, dându-se textelor o nouă numerotare.

Prin contestația sa, ... arată că sunt restrictive cerințele prevăzute în caietul de sarcini privind termenele de predare ale Studiului de Fezabilitate Preliminar și ale Studiului de Fezabilitate Final, deoarece aceste termene sunt insuficiente, nepermițând elaborarea unei documentații de calitate, fiind imposibilă efectuarea tuturor studiilor de specialitate, rezolvarea problemelor legate de obținerea avizelor.

Prin caietul de sarcini, parte a documentației de atribuire elaborată de autoritatea contractantă în vederea derulării procedurii de atribuire în cauză, la secțiunea 8. – „Rapoarte”, capitolul 8.1. – „Cerințe de raportare”, punctul 3. – „Studiul de Fezabilitate preliminar – 3 luni de la începere” și punctul 4. – „Studiul de Fezabilitate final – 4 luni de la începere”, s-au solicitat următoarele:

„3. Studiul de Fezabilitate preliminar – 3 luni de la începere.

Studiul de Fezabilitate preliminar va fi predat Beneficiarului în vederea analizării rezultatelor serviciilor desfășurate de către Prestator, iar în urma observațiilor primite din partea Beneficiarului, acesta va sta la baza clarificării și soluționării oricăror probleme rămase nerezolvate.

4. Studiul de Fezabilitate final – 4 luni de la începere

La predarea livrabilelor, Prestatorul va respecta structura Studiului de fezabilitate, pe volume, conform unei structuri propuse minime în Anexa 3. Acesta va cuprinde următoarele:

- Studiul de Fezabilitate final care va include toate observațiile Beneficiarului, agenției ..., AMPOST altor autorități implicate în procesul de aprobare și avizare. Raportului de Audit de Siguranța 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.

Structura minimală a Studiului de Fezabilitate este detaliată în Anexa 3 a acestui caiet de sarcini, pe volume, Prestatorul având obligația respectării acesteia în predarea Studiului de Fezabilitate.”

În fișa de date, parte a documentației de atribuire elaborată de autoritatea contractantă în vederea derulării procedurii de achiziție publică în cauză, secțiunea II – „Obiectul contractului”, capitolul II.1) – „Descriere”, punctul II.1.5) – „Descrierea succintă a contractului sau a achiziției/achizițiilor”, s-au menționat următoarele:

„Obiectul Contractului de Servicii îl reprezintă:

1. Elaborarea Studiului de Fezabilitate pentru Autostrada ..., în conformitate cu H.G. nr. 28/2008 cu modificările și completările ulterioare, în conformitate cu cerințele caietului de sarcini și în conformitate cu legislația în vigoare;

2. Pregătirea documentației necesare în vederea transmiterii aplicației de finanțare din Fonduri Structurale pentru Proiectul Autostrada ...,

3. Pregătirea documentației de atribuire pentru contractele de lucrări aferente Proiectului Autostrada ..., precum asigurarea asistenței Beneficiarului pe durata procedurii de achiziție publică (clarificările solicitate de potențialii ofertanți, participarea în comisii de evaluare în calitate de experți cooptați în conformitate cu prevederile articolului 73 din H.G. 925/2006 cu modificările și completările ulterioare).”

Consiliul reține că raportat la volumul și complexitatea serviciilor ce urmează să fie prestate în cadrul contractului, termenele impuse de autoritatea contractantă sunt disproportionale și abuzive, relevante în cauză fiind prevederile art. 17 din OUG nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare potrivit cărora autoritatea contractantă are obligația de a respecta, printre altele, principiul proporționalității prevăzut la art. 2 alin. (2) lit. e) în relația cu operatorii economici interesați să participe la procedura de atribuire, prin proporționalitate înțelegându-se asigurarea corelației între necesitatea autorității contractante, obiectul contractului de achiziție publică și cerințele solicitate a fi îndeplinite.

Consiliul constată că autoritatea contractantă nu a ținut seama de dificultatea și lungimea autostrăzii, volumul și

complexitatea serviciilor ce urmează să fie prestate în cadrul contractului atunci când a impus termenele pentru predarea studiului de fezabilitate parțial și studiului de fezabilitate final, motiv pentru care se impune acordarea unor termene mai lungi de predare ale Studiului de Fezabilitate preliminar și ale Studiului de Fezabilitate Final.

Astfel, Consiliul stabilește că aceste termene prevăzute în caietul de sarcini, parte a documentației de atribuire, sunt insuficiente pentru a putea elabora un proiect complet și funcțional, motiv pentru care va admite criticile formulate de contestator și va dispune modificarea punctelor 3 și 4 din cuprinsul secțiunii 8. – „Rapoarte”, capitolul 8.1. – „Cerințe de raportare” a caietului de sarcini, după cum urmează:

„3. Studiul de Fezabilitate preliminar – 3 luni de la începere.”

se va înlocui cu:

„3. Studiul de Fezabilitate preliminar – 5 luni de la începere.”

respectiv

„4. Studiul de Fezabilitate final – 4 luni de la începere”

se va înlocui cu:

„4. Studiul de Fezabilitate final – 6 luni de la începere”

De asemenea, ... arată că este restrictivă cerința prevăzută în caietul de sarcini privind obligația prestatorului de a menține în termenele de valabilitate orice aviz/acord/autorizație până la semnarea contractului de execuție lucrări, deoarece aceasta este de natură a forța 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 prestatorului.

Prin caietul de sarcini, parte a documentației de atribuire elaborată de autoritatea contractantă în vederea derulării procedurii de atribuire în cauză, la secțiunea 4. – „Scopul și descrierea serviciilor”, capitolul 4.1. – „Scopul și descrierea cerințelor privind serviciile necesare pentru elaborarea Studiului de Fezabilitate”, punctul 4.1.3. – „Descrierea serviciilor”, subpunctul 4.1.3.8. – „Autorizații avize și acorduri”, s-au solicitat, printre altele, următoarele:

„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.”

Ca urmare a primirii contestației formulată de ... în temeiul art. 256³ alin. (1) din OUG nr. 34/2006, autoritatea contractantă a adoptat măsuri de remediere, sens în care a fost întocmită adresa fără număr de înregistrare la emitent (Măsuri de remediere), publicată în SEAP la data de 03.06.2014 ora 18:33 sub forma unui fișier cu denumirea ([CN.../022] *Măsuri de remediere ...* prin care autoritatea contractantă arată, printre altele, următoarele:

„MĂSURA DE REMEDIERE NR. 22

Autoritatea Contractantă propune ca măsură de remediere înlocuirea paragrafului de la punctul 4.1.3.8. din Caietul de sarcini, [...]

Cu următorul paragraf:

«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”)».

Față de critica privind subpunctul 4.1.3.8. din caietul de sarcini, Consiliul reține că această cerință este disproporțională cu serviciile ce urmează a fi prestate în cadrul contractului și cu termenele stabilite pentru predarea documentelor. Nici ca urmare a măsurilor de remediere dispuse, această cerință nu devine proporțională astfel încât se impune modificarea caietului de sarcini.

Astfel, Consiliul stabilește că această cerință prevăzută în caietul de sarcini, parte a documentației de atribuire, este excesivă, motiv pentru care va admite criticile formulate de contestator și va dispune anularea măsurii de remediere nr. 22 și modificarea acestei cerințe, după cum urmează:

„Prestatorul este responsabil de a menține în termenele de valabilitate, orice aviz, acord, permis și orice aprobare și/sau autorizație pe toată perioada de valabilitate a contractului.”

Văzând susținerile contestatorului ... Consiliul reține faptul că acesta nu indică actele autorității contractante emise cu încălcarea prevederilor legale aplicabile domeniului achizițiilor publice și nu arată care sunt motivele de fapt și de drept pentru care consideră nelegală activitatea autorității și pentru care

Consiliul ar trebui să decidă anularea întregii proceduri de atribuire.

Luând în considerare aspectele de fapt și de drept evocate, în baza art. 278 alin. (2) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul urmează să admită contestațiile depuse de și ... în contradictoriu cu ... vizând modificarea cerințelor criticate din documentația de atribuire.

În baza art. 278 alin. (2) și (4) din ordonanța de urgență, Consiliul va obliga autoritatea contractantă ca, în termen de 15 zile de la primirea deciziei Consiliului, să modifice documentația de atribuire, cu respectarea dispozițiilor legale și a celor evocate în motivare, să comunice modificarea astfel efectuată tuturor operatorilor economici interesați de participarea la procedura de achiziție publică și să stabilească o nouă dată de depunere a ofertelor.

În baza art. 278 alin. (6) din ordonanța de urgență, Consiliul va dispune continuarea procedurii de achiziție publică, cu respectarea celor decise.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 280 alin. (1) și (3) din ordonanța de urgență.

PREȘEDINTE COMPLET,

...

MEMBRU COMPLET,

...

MEMBRU COMPLET,

...

Redactată în 8 (opt) exemplare, conține 159 (o sută șaizeci și șase) pagini.