



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C. N. S. C.

Str. Stavropoleos nr. 6, Sector 3, ... România, CP 030084, CIF 20329980
Tel. +4 021 3104641 Fax. +4 021 3104642; +4 021 8900745, www.cnsc.ro

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

DECIZIE

Nr. ...
Data: ...

Prin contestația nr. ... înregistrată la Consiliu sub nr. ... ce formează obiectul Dosarului nr. ... S.C. ... S.R.L., cu sediul în municipiul ... str. ..., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ... având CUI RO ... a contestat documentația de atribuire elaborată în cadrul procedurii de atribuire, prin „licitație deschisă”, a contractului de achiziție publică de servicii având ca obiect „Revizuire/ Actualizare Studiu de fezabilitate pentru Autostrada Sibiu-Pitești”, coduri CPV 71241000-9, 71322500-6 (Rev.2), organizată de autoritatea contractantă ... S.A., cu sediul în municipiul ... Bd. ... sector 1 și a solicitat remedierea documentației de atribuire și stabilirea termenului în care autoritatea contractantă are obligația executării deciziei pronunțate, prelungirea termenului de depunere a ofertelor, precum și suspendarea procedurii de atribuire până la soluționarea contestației, conform art. 275¹ din OUG nr. 34/2006.

În cadrul aceleiași proceduri de atribuire s-a transmis contestația nr. ... înregistrată la Consiliu sub nr. ... ce formează obiectul Dosarului nr. ... prin care S.C. ... S.R.L., cu sediul în municipiul ... str. ..., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ... având CUI RO ... a contestat documentația de atribuire și a solicitat remedierea documentației de atribuire și stabilirea termenului în care autoritatea contractantă are obligația executării deciziei pronunțate, prelungirea

termenului de depunere a ofertelor, suspendarea procedurii de atribuire până la soluționarea contestației, conform art. 275¹ din OUG nr. 34/2006, precum și conexarea prezentei contestații cu contestația înregistrată la Consiliu sub nr. ...

În cadrul aceleiași proceduri de atribuire s-a transmis contestația nr. ... din ... înregistrată la Consiliu sub nr. ... ce formează obiectul Dosarului nr. ... prin care S.C. ... S.R.L., cu sediul în municipiul ... Bd. ... sector 1, înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului cu nr. ... având CUI RO ..., a contestat documentația de atribuire și a solicitat în principal, obligarea autorității contractante la adoptarea măsurilor de remediere privind prevederile restrictive și abuzive din cadrul Contractului și a Caietului de sarcini, iar în subsidiar, în cazul în care se apreciază ca fiind imposibilă adoptarea măsurilor de remediere de către autoritatea contractantă, anularea procedurii de atribuire.

În cadrul aceleiași proceduri de atribuire s-a depus contestația nr. ... înregistrată la Consiliu sub nr. ... ce formează obiectul Dosarului nr. .../2014, prin care S.C. ... S.R.L., cu sediul în municipiul ... str. ... sector 1, înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului cu nr. ... având CUI RO ... a contestat documentația de atribuire și a solicitat constatarea caracterului abuziv, nelegal și restrictiv al anumitor cerințe și clauze din cadrul documentației de atribuire, obligarea autorității contractante la remedierea documentației de atribuire în sensul celor arătate în motivarea contestației și 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.

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

DECIDE

Admite, în parte, contestațiile formulate de S.C. ... S.R.L., cu sediul în municipiul ... str. ..., de S.C. ... S.R.L., cu sediul în municipiul ... Bd. ... sector 1 și de S.C. ... S.R.L., cu sediul în municipiul ... str. ... sector 1, în contradictoriu cu autoritatea contractantă ... S.A., cu sediul în municipiul ... Bd. ... sector 1

Obligă autoritatea contractantă, ca, în termen de 15 zile de la primirea deciziei Consiliului, să remedieze documentația de atribuire corespunzător criticilor admise, cu respectarea celor evocate în motivare, să aducă modificările astfel efectuate la cunoștința operatorilor economici interesați de participarea la această procedură, să stabilească o nouă dată limită pentru depunerea ofertelor decalată cu cel puțin 15 zile față de cea actuală și să aplice dispozițiile art. 50¹ din OUG nr. 34/2006.

Respinge, ca nefondate, capetele de cerere privind anularea procedurii de atribuire, formulate în contestațiile depuse de SC ... SRL și SC ... SRL.

Dispune continuarea procedurii de achiziție publică, cu respectarea celor decise.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 280 din O.U.G. nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare.

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

MOTIVARE

Prin contestația nr. ... înregistrată la Consiliu sub nr. ... ce formează obiectul Dosarului nr. ... formulată de S.C. ... S.R.L., în contradictoriu cu autoritatea contractantă ... S.A., împotriva documentației de atribuire elaborată în cadrul procedurii de atribuire, prin „licitație deschisă”, a contractului de achiziție publică de servicii având ca obiect „Revizuire/Actualizare Studiu de fezabilitate pentru Autostrada Sibiu-Pitești”, coduri CPV 71241000-9, 71322500-6 (Rev.2), s-a solicitat remedierea documentației de atribuire, și stabilirea termenului în care autoritatea contractantă are obligația executării deciziei pronunțate, prelungirea termenului de depunere a ofertelor, precum și suspendarea procedurii de atribuire până la soluționarea contestației, conform art. 275¹ din OUG nr. 34/2006.

În cadrul aceleiași proceduri de atribuire s-a transmis contestația nr. ... înregistrată la Consiliu sub nr. ... ce formează obiectul Dosarului nr. ... formulată de S.C. ... S.R.L., împotriva documentației de atribuire, prin care s-a solicitat remedierea documentației de atribuire și stabilirea termenului în care autoritatea contractantă are obligația executării deciziei pronunțate, prelungirea termenului de

depunere a ofertelor, suspendarea procedurii de atribuire până la soluționarea contestației, conform art. 275¹ din OUG nr. 34/2006, precum și conexarea prezentei contestații cu contestația înregistrată la Consiliu sub nr. ...

În cadrul aceleiași proceduri de atribuire s-a transmis contestația nr. ... din ... înregistrată la Consiliu sub nr. ... ce formează obiectul Dosarului nr. ... formulată de S.C. ... S.R.L. împotriva documentației de atribuire, prin care s-a solicitat în principal, obligarea autorității contractante la adoptarea măsurilor de remediere privind prevederile restrictive și abuzive din cadrul Contractului și a Caietului de sarcini, iar în subsidiar, în cazul în care se apreciază ca fiind imposibilă adoptarea măsurilor de remediere de către autoritatea contractantă, anularea procedurii de atribuire.

În cadrul aceleiași proceduri de atribuire s-a depus contestația nr. ... înregistrată la Consiliu sub nr. ... ce formează obiectul Dosarului nr. .../2014, formulată de S.C. ... S.R.L. împotriva documentației de atribuire, prin care s-a solicitat constatarea caracterului abuziv, nelegal și restrictiv al anumitor cerințe și clauze din cadrul documentației de atribuire, obligarea autorității contractante la remedierea documentației de atribuire în sensul celor arătate în motivarea contestației și 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.

În vederea pronunțării unei soluții unitare, în temeiul prevederilor art. 273 alin. (1) din OUG nr. 34/2006, Consiliul a procedat la conexarea contestației ce face obiectul dosarului nr. ... la contestația ce face obiectul dosarului nr. ... iar prin prezenta decizie a procedat și la conexarea contestațiilor ce fac obiectul dosarelor nr. ... și nr. .../2014 la contestația ce face obiectul dosarului nr. ...

În susținerea contestației sale ce formează obiectul Dosarului nr. ... S.C. ... S.R.L. aduce critici clauzelor modelului de contract întocmit de autoritatea contractantă, care, în opinia sa, se impun a fi revizuite.

Astfel, se face referire la Articolul 5 punctele 5.2. și 5.3., potrivit căruia data intrării în vigoare nu coincide cu data de începere a contractului. Se 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, dată ce nu coincide cu

data de începere a contractului, care se situează la un moment ulterior intrării sale în vigoare, fără precizarea în concret a datei la care beneficiarul urmează a notifica prestatorului data de începere a contractului.

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

O altă critică vizează Articolul 10, punctul 10.4, potrivit căruia prestatorul este obligat a se conforma ordinelor administrative ale managerului de proiect, iar atunci când prestatorul apreciază că ordinele primite sunt emise cu depășirea competenței acestuia, îl va notifica tot pe managerul de proiect, într-un termen de 10 zile, sub sancțiunea decăderii, perioadă de timp în care ordinul primit este executoriu.

Din conținutul articolului rezultă că prestatorul își asumă obligația prestării unui serviciu sub supravegherea managerului de proiect, care are, totodată, competența de a soluționa cererile ce vizează neconformitatea propriilor sale ordine.

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

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

O altă critică vizează Articolele 10, 11, 18, 19 și 20 care 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 celeilalte părți, printr-o reglementare specifică, de orice obligații, atât ca termen cât și ca modalitate de executare, este de natură să dovedească caracterul abuziv al clauzelor contractuale ce reglementează întinderea obligațiilor părților.

Din acest punct de vedere, se impune ca articolul 27 intitulat „Plăți” să fie prevăzut în articolul ce reglementează obligațiile părților, și 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, contestatoarea arată că 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 al dreptului prezervat de beneficiar în cuprinsul clauzei menționate, în sarcina prestatorului sunt prevăzute o serie de obligații și sancțiuni, potrivit cărora 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.

De asemenea, contestatoarea susține că în cuprinsul contractului, respectiv în Articolul 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, rezultând 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, apreciind că prevederea contractuală, potrivit cu care prestatorul este obligat să ia toate măsurile necesare pentru a preveni ori stopa orice situație care ar putea compromite executarea obiectivă și imparțială a contractului, este suficientă a răspunde intereselor autorității contractante.

Cu privire la Articolele 18 pct. 3, 4 și 5, precum și Articolul 19 pct. 3, 5, 6, 8 și 10 intitulat „personalul și echipamentul”, respectiv „înlocuirea personalului”, contestatoarea susține 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.

- (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 1, 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 cuantum 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.

Astfel, 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, contestatoarea apreciază că, cuantumul 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, care a fost executată cu întârziere sau nu a fost executată de către debitorul contractor.

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

De asemenea, contestatoarea mai solicită 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.

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

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

În acest sens, în cuprinsul Articolul 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 expertului 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.

În ceea ce privește Articolul 19.6, contestatoarea consideră 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.

Referitor la Articolul 21.2, contestatoarea consideră abuzivă și nelegală o astfel de dispoziție, neexistând niciun temei legal în baza căruia autoritatea contractantă să aibă dreptul să se opună cu privire la contul bancar al Prestatorului.

Articolul 26 alin. (2), contestatoarea arată că aprobarea Rapoartelor/documentelor este condiție de plată conform dispozițiilor art. 26.5 alin. (2), coroborate cu dispozițiile art. 27.1, 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, posibila măsură de remediere ar fi „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”.

Cu privire la Articolul 27 – „Plăți”, contestatoarea arată că plățile se vor efectua potrivit tabelului inserat în cuprinsul articolului menționat, în care se prevede, la punctul 3, că plata intermediară de 30% 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.

De 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, 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.

Contestatoarea precizează că dispozițiile Articolului 27.9 contravin art. 12 din Legea nr. 72/2013 și susține că 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.

În ceea ce privește Articolul 27.14 lit. b), se arată 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 trebuie 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 - întrucât autoritatea contractantă nu este competentă să efectueze cercetări în ceea ce privește fraudele și nici să constate persoana în sarcina căreia sunt imputabile aceste fraude, este nelegal și abuziv dreptul acesteia de a suspenda executarea contractului sau de a proceda la recuperarea sumelor de la Prestator, în lipsa unei hotărâri judecătorești definitive.

Posibila măsura de remediere propusă de contestatoare „Beneficiarul poate lua măsurile prevăzute în art. 31.1 și 31.2 numai în baza unei hotărâri judecătorești definitive.

Având în vedere Articolele 31.3 și 31.4, contestatoarea susține că este nelegală și abuzivă suspendarea de către autoritatea

contractantă a plăților datorate Prestatorului pentru serviciile prestate ca urmare a suspendării contractului, indiferent de motive. 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 compilate ori elaborate de către Prestator sau de către personalul său salariat ori contractat în executarea Contractului de Servicii, vor deveni proprietatea exclusivă a Beneficiarului, pe măsură ce sunt produse. Astfel, prin aplicarea dispozițiilor contractuale propuse, autoritatea contractantă dobândește dreptul de proprietate intelectuală exclusivă asupra Studiului de Fezabilitate elaborat și are dreptul să suspende Contractul, inclusiv plățile datorate Prestatorului pentru serviciile executate. Aceste dispoziții echivalează cu o condiție pur potestativă din partea celui care se obligă, respectiv cu lipsa intenției autorității contractante de a se obliga să efectueze plata serviciilor executate.

De asemenea, contestatoarea apreciază 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; Durata suspendării poate să depășească și 12 luni (art.31.5).

Posibile măsuri de remediere: „În cazul suspendării Contractului de către Beneficiar, în termen de maxim 30 de zile de la data suspendării Beneficiarul va plăti Prestatorului prețul serviciilor executate”, respectiv „În cazul suspendării Contractului de către Beneficiar, Beneficiarul va achita Prestatorului costurile înregistrate de Prestator ca urmare a suspendării, în termen de 30 de zile de la data prezentării de către Prestator a documentelor justificative în acest sens”.

Articolul 35.6.: 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 fi extinsă după ce prestatorul a executat contractul, iar beneficiarul a efectuat plata

prețului în integralitate, adică după momentul la care părțile s-au descărcat de obligații una față de cealaltă.

Articolul 39.3., potrivit căruia pe perioada soluționării litigiului, Prestatorul este obligat să continue prestarea Serviciilor așa 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, contestatoarea consideră 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.

În ceea ce privește clauzele din caietul de sarcini, contestatoarea apreciază că termenul de prestare a serviciilor stabilit de autoritatea contractantă se impune a fi revizuit, fiind insuficient pentru a putea elabora un proiect corect și funcțional pentru o autostradă de 170 de km, ce traversează zone muntoase cu relief accidentat.

Astfel, conform 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, aceste termene fiind insuficiente pentru a putea elabora un proiect corect și funcțional pentru o autostradă de 170 de km, ce traversează zone muntoase cu relief accidentat.

Astfel, conform art. 8.1. „Cerințe de Raportare”, punctul 4 din Caietul de Sarcini, Studiul de Fezabilitate Final trebuie să cuprindă și toate observațiile Beneficiarului, agenției JASPERS, AMPOST și alte autorități implicate, Auditul de Siguranță Rutieră, rezultatul consultațiilor publice, ale terților și ale autorităților de mediu, etc., fiind imposibil ca în termen de 4 luni să fie efectuate toate investigațiile de teren (geotehnice, topografice, arheologice, etc.), să fie identificați toți proprietarii, să fie efectuate consultații publice, să fie elaborate proiecte pentru două variante de traseu, să fie obținute și incluse în proiect observațiile JASPERS, AM POST 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, ori conform dispozițiilor Ordinului Ministerului Mediului și Pădurilor nr. 135 din 2010, termenele pentru obținerea Acordului de Mediu sunt imperative, de la care nu se poate deroga.

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

Or, în condițiile în care:

- obținerea Acordului de Mediu este ultima etapă după elaborarea și predarea Studiului de Fezabilitate Final autorității contractante;

- conform art. 16 autoritatea contractantă dobândește dreptul de proprietate intelectuală asupra tuturor documentațiilor elaborate de prestator, independent de plată acestora;

- termenul de 4 luni impus pentru executarea tuturor obligațiilor contractuale coroborat cu termenul minim de emitere a Acordului de Mediu conduce în mod automat la neexecutarea contractului de către prestator;

- autoritatea contractantă dobândește în mod fraudulos dreptul de proprietate intelectuală asupra Studiului de Fezabilitate Final fără obligația corelativă de plată și cu dreptul de a percepe prestatorului daune-interese pentru neexecutarea contractului, contestatoarea propune următoarele măsuri de remediere, respectiv „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” se solicită ca Prestatorul să mențină în termenele de valabilitate orice aviz/acord/autorizație până la semnarea contractului de execuție lucrări, contestatoarea considerând-o o activitate care excede termenului contractual de 12 luni, pe care Prestatorul nu o va putea efectua în afara perioadei de valabilitate a Contractului și pe care Beneficiarul nu o va putea deconta.

Totodată, contestatoarea propune următoarea măsură de remediere:

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

În dovedirea contestației sale, contestatoarea S.C. ... S.R.L. a depus la dosarul cauzei, în copie, un set de înscrisuri.

În susținerea contestației sale ce formează obiectul Dosarului nr. ... S.C. ... S.R.L. aduce critici clauzelor caietului de sarcini întocmit de autoritatea contractantă, care, în opinia sa, se impun a fi revizuite.

Astfel, la Cap. 3. „Ipoteze și Riscuri”, Art. 3.1. Ipoteze privind prestarea serviciilor, paragraf 1 (pag. 10), se menționează ca termen final de realizare a studiilor de fezabilitate 12 luni, însă autoritatea contractantă constrânge Prestatorul să mobilizeze tot personalul necesar, fără a preciza clar termenul de începere a lucrărilor, propunând următoarea măsură de remediere „Termenul de obținere a acordului de mediu să fie evaluat în raport cu finalizarea studiului de fezabilitate, prin extinderea termenului de transmitere a Acordului de Mediu până la data emiterii de Autoritățile Competente de Protecția Mediului”.

La Cap. 3., Art. 3.2. Riscuri, paragraf 4 (pag. 10), autoritatea contractantă a identificat o serie de riscuri generale, dar impune Prestatorului, în mod abuziv, să-și asume și alte riscuri neidentificate până în prezent pentru a putea participa la procedura de licitație, propunând eliminarea paragrafului din cadrul art. 3.2.

La Cap. 3., Art. 3.2. Riscuri, paragraf 6, punct 1 (pag.10), Prestatorul nu-și poate asuma riscul și consecințele rezultate ca urmare a aplicării soluțiilor tehnice finale care sunt obținute prin implementarea observațiilor/cerințelor Beneficiarului și în condițiile în care proiectul este analizat și avizat de către Beneficiar în CTE-... pentru siguranța rutieră, în prezența Prestatorului, reprezentanților DRDP și a Direcției Rutiere din cadrul IGPR, cât și în CTE-... și CTE DPIIS.

La Cap. 3., Art. 3.2. Riscuri, paragraf 6, punct 3 (pag.11), Prestatorul nu poate să răspundă în exclusivitate de investigațiile de teren realizate în timpul iernii, deoarece aceste investigații sunt impuse de perioada de începere și derulare a contractului, este perioadă fixată de autoritatea contractantă.

La Cap. 3., Art. 3.2. Riscuri, paragraf 6, punct 10, 11, 12, (pag.11), Prestatorul nu poate să răspundă pentru faptul că planurile

de urbanism din aria de desfășurare a proiectului nu există sau sunt incomplete, și mai mult, să fie responsabil de elaborarea acestora cu suportarea costurilor suplimentare aferente, fără ca această activitate să facă obiectul contractului. Aceasta prevedere nu numai că este nelegală, este și absurdă.

La Cap. 3., Art. 3.2. Riscuri, paragraf 6, punct 13, 15, 17 (pag. 11-12), Prestatorul nu poate controla și impune Autorităților Române o perioadă de timp pentru a răspunde solicitărilor sau a elibera avizele, acordurile, permisele și autorizațiile necesare. Autoritatea Contractantă clasifică drept riscuri fapte care sunt, în realitate, certitudini și care echivalează cu nerespectarea obligațiilor contractuale de către Prestator. Prin urmare, contestația propune eliminarea prevederilor din Caietul de Sarcini a tuturor cerințelor de asumare a riscurilor care nu depind, în nicio măsură, de Prestator.

În ceea ce privește Cap. 3. Art. 3.2. Riscuri, paragraful 6, pct. 6 (pag. 11), contestația consideră abuzivă prevederea ca Prestatorul să răspundă pentru modificări în legislația și reglementările tehnice aplicabile, pentru apariția sau extinderea unor arii Natura 2000, pentru întâzieri determinate de reclamațiile ONG-urilor, în același interval de timp contractual, care, oricum, este nerezonabil și nerealist, dar și din punct de vedere al cheltuielilor suplimentare pe care le poate înregistra Prestatorul, necuantificabile în acest moment, pentru activități aflate în afara controlului său și pe care nu le are în responsabilitate.

De asemenea, în lipsa unei definiții clare a sintagmei „cerință special formulată”, Prestatorului este obligat să răspundă la orice fel de solicitare din partea publicului interesat indiferent de relevanță și, mai ales, de costurile suplimentare pe care le implică tratarea observațiilor în cadrul proiectului. Ținând cont că sintagma nu este definită în prevederile legale și că ambiguitatea acesteia poate duce la costuri majore ce trebuie suportate de Prestator, solicitarea de asumare totală a acestui risc este de natură a limita accesul participanților la licitație și deci, la respectarea principiului liberei concurențe, propunând astfel modificarea paragrafului conform observațiilor prezentate și completarea cu definirea sintagmei „cerință special formulată”.

Având în vedere Cap. 3, Art. 3.2. Riscuri, paragraful 6, punctul 7 (pag. 11), contestația afirmă că ONG-urile sau alte organizații similare pot contesta la Comisia Europeană studiile aprobate de

Beneficiar, în contextul lipsei de dialog și de transparență, aspecte ce nu sunt controlate de Prestator. Solicitarea ca Prestatorul să suporte costurile suplimentare determinate de întârzierile în implementarea Proiectului este una abuzivă, luând în considerare că Prestatorul nu deține niciun fel de control asupra procesului de decizie și acțiunilor Beneficiarului, solicitând astfel modificarea paragrafului cu eliminarea sintagmei „costurile suplimentare vor fi suportate de către Prestator”.

Referitor la Cap. 3., Art. 3.2. Riscuri, paragraful 6, punctul 8 (pag. 11), autoritatea contractantă aruncă în sarcina Prestatorului realizarea unor studii suplimentare, a căror necesitate o cunoaște încă de la etapa de ofertare. Traseul Proiectului afectează arii Natura 2000, fapt recunoscut de autoritatea contractantă la pagina 121 din Caietul de sarcini, iar studiile de specialitate vor fi solicitate în condițiile în care traseul nu poate fi modificat. De asemenea, aceste studii nu sunt definite în legislație și nu au un conținut-cadru stabilit, motiv pentru care oricând autoritățile competente de mediu sau ... ariilor naturale protejate pot solicita completări ce pot determina întârzieri în derularea procedurii. Astfel, contestatoarea propune modificarea paragrafului astfel încât elaborarea studiilor suplimentare să fie obligația Prestatorului, urmând ca aceste studii să fie puse la dispoziția Prestatorului.

Cap. 3., Art. 3.2. Riscuri, paragraful 6, punctul 9 (pag. 11), Prestatorul nu poate să-și asume integral acest risc, fără costuri suplimentare, chiar dacă ține cont de acesta și face toate demersurile pentru obținerea actelor de reglementare, nu poate controla și prognoza modificările legislative, declararea ariilor Natura 2000 și nici extinderea limitelor acestora, contestatoarea propunând astfel modificarea paragrafului astfel încât să se recunoască Prestatorului dreptul de a solicita de la Autoritatea Contractantă costurile suplimentare generate de demersurile pentru obținerea documentelor de reglementare în domeniul protecției mediului.

În ceea ce privește Cap. 4. „Scopul și descrierea serviciilor”, Art. 4.1.3.6 – „Evaluarea impactului asupra mediului”, paragraful 1, (pag. 35), contestatoarea consideră sintagma „alte Autorități implicate” ca fiind ambiguă și impune Prestatorului obligația de a realiza studii solicitate de către orice autoritate, care este implicată, la un moment dat în cursul prestării serviciilor. Aceste activități, care nu pot fi prevăzute la momentul încheierii contractului, generează costuri suplimentare ce trebuie suportate de Prestator, propunând astfel

definirea clară a noțiunii „alte Autorități implicate” sau eliminarea acestei expresii.

Cap. 4., Art. 4.1.3.6, paragraful 5 (pag. 36), Prestatorul nu poate controla sau prognoza realist declararea ariilor Natura 2000 și nici extinderea limitelor acestora. Ca urmare a acestui fapt, Prestatorul nu poate să-și asume responsabilitatea identificării acestora și elaborarea studiilor de evaluare pentru arii naturale protejate ce pot fi desemnate după finalizarea Studiului de Fezabilitate, contestatoarea propunând eliminarea paragrafului din caietul de sarcini.

Referitor la prevederile Cap. 4., Art. 4.1.3.6, paragraful 11 (pag. 37), contestatoarea face trimitere și la Formularul de Contract - art. 10.5, considerând că cele două prevederi, în lipsa definiției clare a noțiunilor de „terț” și „comunicare verbală și/ sau în scris”, sunt contradictorii și încalcă clauza de confidențialitate, iar Prestatorul se vede pus în situația de a fi penalizat pentru respectarea prevederilor contractuale, fapt de natura a prejudicia imaginea Prestatorului, și în consecință propune definirea noțiunilor de „terț” și „comunicare verbală și/ sau în scris” și corelarea prevederilor Caietului de Sarcini cu prevederile Contractului, astfel încât să existe o concordanță a celor două documente.

Cap. 4., Art. 4.1.3.6, paragraful 12 (pag 37), Prestatorul nu poate include informații privind suprafețele de pădure ce urmează a fi scoase din circuitul silvic la nivel de U.A. și U.P., decât dacă Beneficiarul i le pune la dispoziție, deoarece aceste informații sunt date cu caracter confidențial, deținute de o autoritate a statului, care le poate transmite doar unei alte autorități publice, contestatoarea propunând modificarea paragrafului „Informații privind suprafețele de pădure ce urmează a fi scoase din circuitul silvic la nivel de U.A. și UP, cât și speciile de arbori și arbuști ce vor fi defrișate” cu sintagma „Informații privind suprafețele de pădure ce urmează a fi scoase din circuitul silvic”.

Contestatoarea mai consideră că prevederile Cap. 4., Art. 4.1.3.6, paragraful 16, (pag 38) sunt în contradicție cu prevederile art. 12 din Ordinul nr. 135/2010, deoarece această declarație se emite pentru proiectele majore cu finanțare din fonduri comunitare, care nu afectează în mod semnificativ ariile protejate de interes comunitar, propunând eliminarea acestui paragraf.

O altă critică vizează prevederea de la Cap. 4. Art. 4.1.3.6, paragraful 19, punctul 2 (pag. 38), care, în opinia contestatoarei,

încalcă clauza de confidențialitate, deoarece termenii folosiți sunt neclari și acoperă o varietate largă de documente și documentații, inclusiv acte oficiale cu caracter confidențial, solicitând eliminarea acestora.

Cu privire la Cap. 6. „Logistică și Planificare”, Art. 6.2. „Data de începere și Perioada de implementare”, (pag.56), contestatoarea invocă Ordinul nr. 135/2010 și Ordinul nr. 19/2010, potrivit cărora se un termen minim de derulare a etapelor procedurale la autoritatea competentă de mediu de 162 de zile, termen strict teoretic care nu include și realizarea studiilor de evaluare a impactului asupra mediului (RIM și SEA) și nici eventualele impedimente de ordin obiectiv ce pot apărea, solicitarea de a transmite Beneficiarului Acordul de Mediu în 4 luni încălcând prevederile legale și fiind de natură a pune în pericol Proiectul, propunând astfel ca măsură de remediere modificarea termenului de transmitere a acordului de mediu din „4 luni de la începere”, cu sintagma „în termen de 10 zile de la data emiterii Acordului de către Autoritățile Competente de Protecția Mediului”.

De asemenea, în condițiile în care Acordul de Mediu trebuie obținut pentru Proiect, în conformitate cu prevederile art. 11 din OUG nr. 195/2005, art. 5 alin. (3) din Ordinul nr. 135/2010 și a legislației privind evaluarea impactului asupra mediului, contestatoarea consideră că solicitarea autorității contractante de a transmite Acordul de Mediu separat pentru Secțiunea 1 Sibiu - Boița și Secțiunea 5 Curtea de Argeș - Pitești la 4 luni de la începerea contractului, este una ilegală ce poate pune în pericol obținerea Acordului de Mediu pentru Proiect, propunând astfel măsura de remediere ca Termenul de transmitere a acordului de mediu să fie același pentru toate secțiunile, respectiv „în termen de 10 zile de la data emiterii Acordului de către Autoritățile Competente de Protecția Mediului”.

Cap. 7. „Cerințe privind personalul și baza tehnico-materială”, Art. 7.1. „Cerințe de personal”, paragraf 6, (pag. 57) pct.1 – „Experți cheie”.

Astfel, contestatoarea încunoștințează că în Caietul de Sarcini este prevăzut un „expert economist în economia mediului” care „va răspunde de realizarea Studiului de Evaluare a Impactului asupra mediului și a oricăror documente și studii solicitate de autoritățile competente, de respectarea cerințelor caietului de sarcini cu privire la Mediu, de comunicarea tuturor aspectelor legate de mediu care ar putea afecta soluțiile de proiectare preliminară”, invocând prevederile

Ordinului nr. 135/2010 și cele ale Ordinului nr. 1026/2009 și propunând înlocuirea titlaturii de „expert economist în economia mediului” cu „expert evaluator de mediu”.

În ceea ce privește Anexa 5 „Cerințe speciale” – „Autostrada Sibiu-Pitești”, paragraful 1 (pag. 106), contestatoarea consideră că autoritatea contractantă nu precizează un termen sau o dată la care vor fi puse la dispoziția Prestatorului aceste studii și anexele specifice fiecărui studiu realizat, solicitând completarea paragrafului cu sintagma „studii ce vor fi puse la dispoziția Prestatorului, în termen de 10 zile de la semnarea contractului”.

Anexa 5, Cap. „Evaluare adecvată (EA)”, punctul 12. „Traseul aprobat afectează Natura 2000”, contestatoarea arată că se face referire la Raportul Analizei Deficiențelor întocmit în luna Iunie 2013, însă nu se menționează, dacă și când, acest raport va fi pus la dispoziția Prestatorului, propunând astfel completarea paragrafului cu sintagma „Raportul Analizei Deficiențelor întocmit în Iunie 2013 va fi pus la dispoziția Prestatorului, în termen de 10 zile de la semnarea contractului”.

Anexa 5, Cap. „Următorii pași”, paragraf 2 (pag 137) „Traseul aprobat afectează Natura 2000”, contestatoarea arată că autoritatea contractantă solicită realizarea unor studii pentru specii nedefinite în nomenclatoarele biologice, folosind termeni ca „amfibiile” și „păsările SPA”, solicitând modificarea paragrafului, astfel: „în mod particular, cerințele pentru realizarea de studii pentru *Canis lupus*, *Lutra lutra*, *Lynx lynx*, *Ursus arctos*, *Castor fiber* și toate speciile de lilieci, reptile, amfibieni, nevertebrate și specii de păsări protejate în cadrul ariilor de protecție avifaunistică (SPA) trebuie să fie descrise”.

În dovedirea contestației sale, contestatoarea S.C. ... S.R.L. a depus la dosarul cauzei, în copie, un set de înscrisuri.

În susținerea contestației sale ce face obiectul Dosarului nr. ... contestatoarea S.C. ... S.R.L. contestă următoarele clauze contractuale ale modelului de contract întocmit de autoritatea contractantă pentru procedura de atribuire ce face obiectul cauzei.

În ceea ce privește Art. 5.3., contestatoarea arată că potrivit prevederilor art. 5.2., data intrării în vigoare a contractului este în termen de 15 zile calendaristice de la data semnării contractului, această dată însă, conform prevederilor art. 5.3., nu coincide cu data de începere a contractului, care va fi stabilită la un moment ulterior intrării sale în vigoare, fără precizarea concretă a datei la care

Beneficiarul urmează a notifica Prestatorului data de începere a contractului. Lipsa unui termen ferm pentru data de la care se consideră că Prestatorul va începe îndeplinirea obligațiilor contractuale poate determina costuri care nu pot fi estimate de către Prestator la momentul elaborării ofertei. Mai mult decât atât, emiterea ordinului de începere a serviciilor după o perioadă îndelungată de la data semnării contractului de servicii, poate duce la indisponibilitatea experților. În acest sens, contestatoarea solicită modificarea art. 5.3. prin introducerea unui termen clar pentru data de începere a serviciilor, cât mai apropiat de data intrării în vigoare a contractului.

În legătură cu Art. 5.5., contestatoarea susține că autoritatea contractantă nu stabilește un cadru contractual previzibil și clar determinat în timp, practic, prin această prevedere, se poate ajunge la prelungirea la infinit a perioadei de valabilitate a contractului, solicitând modificarea art. 5.3. prin introducerea unui termen clar până la care contractul este valabil.

Având în vedere Art. 8.2., contestatoarea consideră că termenul de 30 zile (1 lună) acordat autorității contractante pentru aprobarea/respingerea unui subcontractant este disproporționat, în condițiile în care termenul de elaborare și transmitere a Studiului de Fezabilitate Final este de 4 luni, propunând modificarea Art. 8.2. în sensul stabilirii unui termen rezonabil de aprobare a unui subcontractor, raportat la celelalte termene contractuale impuse Prestatorului.

În ceea ce privește prevederile Art. 8.11. și Art. 8.12., contestatoarea solicită modificarea Art. 8.11. astfel: „Prestatorul nu are dreptul de a înlocui pe niciunul din subcontractanții numiți în ofertă sau pe cei numiți ulterior fără acceptul prealabil al Autorității Contractante”, respectiv 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”.

Având în vedere Art. 13, contestatoarea, arătând că legiuitorul nu interzice nici măcar la momentul depunerii ofertei ca un subcontractant să fie nominalizat în cadrul mai multor oferte, nu înțelege de ce după momentul atribuirii contractului, este interzisă posibilitatea de a nominaliza un subcontractant care a fost nominalizat anterior de către un alt ofertant declarat necâștigător, solicitând modificarea Art. 8.13. astfel: „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 respinși în cadrul procedurii de atribuire a prezentului contract de servicii și a căror ofertă financiară a fost inferioară Prestatorului, întrucât nerespectarea acestei obligații este considerată indicator de fraudă potrivit prevederilor OUG nr. 66/2011 cu modificări și completări ulterioare”.

De asemenea, contestatoarea consideră că 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, solicitând modificarea Art. 13.2. prin introducerea unui paragraf în care să se menționeze că penalitatea se aplică cu excepția cazului în care înlocuirea este un rezultat al circumstanțelor ce nu sunt sub controlul Prestatorului.

Contestatoarea susține că este abuzivă prevederea de la Art. 16.1, conform căreia documentele elaborate în cadrul prezentului contract devin proprietatea Beneficiarului pe măsură ce acestea sunt produse, și nu după plata de către Beneficiar a serviciilor prestate în vederea elaborării acestor documente, solicitând modificarea art. 16.1 astfel: „Studiul de Fezabilitate și orice rapoarte și date precum: hărți, diagrame, schițe, instrucțiuni, planuri, statistici, calcule, baze de date, software și înregistrări justificative ori materiale achiziționate, compilate ori elaborate de către Prestator sau de către personalul său salariat ori contractat în executarea Contractului de Servicii vor deveni proprietatea exclusivă a Beneficiarului, după plata serviciilor prestate de către Prestator pentru elaborarea respectivelor documente”.

Referitor la Art. 18.1., contestatoarea învederează că în condițiile în care fraza conform căreia „Beneficiarul are dreptul să respingă personalul ales de către Prestator” nu este completată corespunzător, se poate interpreta că Beneficiarul are dreptul de a respinge personalul ales de Prestator fără să-și justifice această decizie. De asemenea, nu este prevăzut niciun termen în cadrul căruia autoritatea contractantă are dreptul să transmită această decizie, propunând modificarea Art. 18.1 astfel: „Prestatorul trebuie să informeze Beneficiarul cu privire la întreg personalul pe care intenționează să-l utilizeze pentru implementarea Contractului de Servicii, altul decât

expertii 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”.

Referitor la penalitatea prevăzută la Art. 19.5., contestatoarea o consideră 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. Mai mult decât atât, tipul de penalitate prevăzută la art. 19.5 este același cu cel prevăzută la art. 18.4 (3) - pentru înlocuirea unui membru al personalului, însă modalitatea de calcul și procentul aplicat sunt diferite, propunând astfel corelarea celor două articole 19.5. și 18.4.(3) și modificarea acestora luând în considerare și evenimentele imprevizibile care nu sunt sub controlul Prestatorului.

Contestatoarea critică și prevederile de la Art. 19.6., considerând 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, solicitând eliminarea art. 19.6. sau modificarea art. 18.4. prin clarificarea faptului că expertul temporar poate fi desemnat, prin preluarea de atribuții, de către un alt expert inclus în personalul Prestatorului, caz în care expertul respectiv va fi plătit conform poziției deținute inițial în cadrul contractului.

În cazul Art. 19.8., contestatoarea arată că este identificată lipsa unui termen contractual în care autoritatea contractantă are obligația de a aproba fiecare expert propus/înlocuit de către Prestator ulterior semnării contractului de servicii, propunând astfel modificarea art. 19.8 în sensul stabilirii unui termen de aprobare a Autorității Contractante a unui expert propus/înlocuit de către Prestator, raportat la celelalte termene contractuale impuse Prestatorului (de ex: maxim 5 zile lucrătoare).

Contestatoarea consideră abuzive și disproporționate prevederile Art. 19.9., susținând că disponibilitatea pentru unii dintre experții

cheie solicitați nu trebuie asigurată pentru întreaga perioadă contractuală, ci pentru o perioadă limitată (de ex: 4 luni). Prin urmare, în cazul acestor experți, posibilitatea de implicare a acestora până la finalizarea prezentului contract, în cadrul altor contracte aflate în derulare este restricționată în mod abuziv. Astfel, contestatoarea propune ca măsură de remediere: modificarea art. 19.9 astfel: „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 în aceeași perioadă pentru care serviciile lor sunt solicitate în cadrul prezentului contract, 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”.

În opinia contestatoarei, este abuzivă prevederea Art. 21.2. conform căreia „Beneficiarul va avea dreptul să se opună deciziei Prestatorului cu privire la contul bancar”, în condițiile în care nu există niciun temei legal în baza căruia autoritatea contractantă să aibă dreptul de a se opune cu privire la contul bancar al Prestatorului, solicitând modificarea art. 21.1 prin eliminarea următorului paragraf: „Beneficiarul va avea dreptul să se opună deciziei Prestatorului cu privire la contul bancar”.

În ceea ce privește Art. 26.2., contestatoarea arată că aprobarea rapoartelor/documentelor reprezintă o condiție de plată conform dispozițiilor art. 26.5.(2) coroborate cu dispozițiile art. 27.1, prin urmare, lipsa obligației Beneficiarului de a emite aprobarea Rapoartelor/documentelor într-un termen ferm în condițiile în care nu a avut obiecțiuni față de Rapoartele/ documentele analizate, echivalează cu lipsa obligației de plată, fiind la latitudinea discreționară a Beneficiarului când și dacă aprobă anumite Rapoarte/documente, deși nu a avut obiecțiuni față de acestea, solicitând modificarea Art. 26.2 astfel: „Beneficiarul, în termen de 14 zile de la primirea Rapoartelor sau documentelor menționate în Anexa I - Caietul de Sarcini, va notifica Prestatorului decizia sa cu privire la acestea, cu indicarea motivelor în cazul respingerii Rapoartelor și a documentelor justificative sau al solicitării unor modificări și/sau completări. Dacă Beneficiarul nu transmite în interiorul termenului de notificare niciun comentariu cu privire la Rapoartele sau documentele primite, atunci documentele sau rapoartele vor fi considerate ca fiind

aprobate de către Beneficiar. La cererea Prestatorului, Beneficiarul va avea obligația de a emite aprobarea în scris a acestora în termen de maxim 3 zile lucrătoare de la data primirii solicitării, sub sancțiunea plății de penalități de întârziere de 0,1% pe zi de întârziere din Prețul Contractului, până la îndeplinirea efectivă a obligației”.

Referitor la Art. 27.13., contestatoarea precizează 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 siguranța contractuală Prestatorului, motiv pentru care susține că prevederile contractuale referitoare la situațiile de suspendare a plăților ar trebuie să fie clar definite și nu formulate la modul general, astfel încât să se prevină situațiile în care autoritatea contractantă ar abuza de puterea conferită de această prevedere contractuală de a suspenda plățile conform propriilor aprecieri.

Astfel, contestatoarea propune ca măsură de remediere: modificarea art. 27.13 prin definirea situațiilor de suspendare a plăților de către autoritatea contractantă.

Având în vedere Art. 28.1. și Art. 28.4., contestatoarea solicită modificarea art. 28.4 astfel: „Comisioanele bancare rezultate din restituirea sumelor datorate Beneficiarului vor fi suportate în întregime de către Prestator în cazul în care plata sumelor plătite în plus conform art. 28.1. s-a datorat vinei Prestatorului, în caz contrar, comisioanele bancare vor fi suportate de către Beneficiar”.

Cu privire la Art. 29.5., contestatoarea invocă art. 90 alin. (1) din HG nr. 925/2006, art. 2.1 din Legea nr. 32/2000 privind activitatea de asigurare și supravegherea asigurărilor, art. 2.200 din Noul Cod Civil și consideră că prevederile art. 29.5. din modelul de contract restricționează dreptul Prestatorului de a emite garanția de bună execuție printr-un instrument de garantare emis de o societate de asigurări, în conformitate cu prevederile art. 90 din HG nr. 925/2006, propunând eliminarea următoarelor prevederi din cadrul art. 29.5.: „Scrisoarea de garanție de bună execuție trebuie să nu fie condiționată de emiterea unei polițe de asigurare care să fie opozabilă Beneficiarului prin alte documente, respectiv Condiții Generale de Asigurare, Condiții Speciale de Asigurare, Clauza de garantare etc. În situația în care scrisoarea de garanție de bună execuție este emisă de către o societate de asigurări, aceasta va trebui prezentată Beneficiarului însoțită de /.../”.

În opinia contestatoarei, este nelegală și abuzivă atât suspendarea plăților datorate Prestatorului pentru serviciile prestate ca urmare a suspendării contractului de către autoritatea contractantă, fără nicio motivare, acestea fiind stabilite la Art. 31.3 și la Art. 31.4., cât și 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. Contestatoarea propune ca măsură de remediere:

- modificarea art. 31.3. prin specificarea faptului că în cazul suspendării Contractului de către Beneficiar, în termen de maxim 30 de zile de la data suspendării Beneficiarul va plăti Prestatorului prețul serviciilor executate;

- modificarea art. 31.4. prin specificarea faptului că în cazul suspendării Contractului de către Beneficiar, Beneficiarul va achita Prestatorului costurile înregistrate de Prestator ca urmare a suspendării, în termen de 30 de zile de la data prezentării de către Prestator a documentelor justificative în acest sens.

Contestatoarea arată că prevederile Art. 31.6, coroborate cu cele ale art. 31.3., art. 31.4., și art. 31.5., conferă posibilitatea Beneficiarului de a suspenda în mod abuziv plățile și de a modifica perioada de suspendare a contractului/suspendă unilateral contractul în cazul lipsei de resurse financiare, solicitând eliminarea art. 31.6. din modelul de contract.

În ceea ce privește Art. 32.4., contestatoarea invocând prevederile art. 89 alin. (1), art. 91 și art. 92 alin. (3) lit. a) din HG nr. 925/2006, arată că legiuitorul a prevăzut în mod explicit că răspunderea Prestatorului în cazul studiilor de fezabilitate este limitată până în a 14 zi de la data predării și însușirii/aprobării documentației tehnico-economice respective.

În aceste condiții, contestatoarea consideră abuzivă prevederea art. 32.4, conform căreia responsabilitatea Prestatorului de servicii de studii de fezabilitate se prelungește nejustificat inclusiv în perioada executării lucrărilor de construcții aferente, solicitând eliminarea art. 32.4. din modelul de contract.

În continuare, contestatoarea solicită eliminarea art. 35.4. și 36.8. din modelul de contract.

De asemenea, contestatoarea apreciază că prevederile Art. 38.6 sunt nelegale și abuzive deoarece costurile suplimentare nu se încadrează în prețul contractului. Mai mult decât atât, este abuzivă prevederea conform căreia costurile suplimentare sunt determinate de instrucțiunile Managerului de Proiect. În conformitate cu prevederile art. 10.4. din modelul de contract, Prestatorul este obligat să se conformeze ordinilor Managerului de proiect chiar dacă acestea exced scopului Contractului, solicitând eliminarea art. 38.6.

Și prevederile Art. 39.3. sunt considerate nelegale și abuzive, în condițiile în care obiectul litigiului poate fi tocmai neîndeplinirea obligației de plată de către Beneficiar, plată fără de care Prestatorul nu poate continua executarea contractului, solicitând eliminarea art. 39.3.

În ceea ce privește Cap. XVII. „Prevederile Contractuale privind aplicarea penalităților” se arată că sunt disproporționate între cele 2 părți contractante: Prestator și Autoritatea Contractantă”. Contestatoarea evocă dispozițiile Art. 27.13 și arată distribuția penalităților pentru cele 2 părți contractante, astfel:

Pentru Prestator sunt prevăzute penalități contractuale la următoarele articole: Art. 8.10, Art. 12.5, Art. 13.2, Art. 14.2, Art. 16.4, Art. 18.4. (2), Art. 18.4. (3), Art. 19.3, Art. 19.5, Art. 30.9, Art. 33.2, Art. 34.3 și Art. 39.3.

Pentru autoritatea contractantă sunt prevăzute penalități contractuale la Art. 27.9, astfel că prevederile contractuale privind penalitățile sunt total disproporționate între cele 2 părți contractante, propunând ca măsură de remediere: echilibrarea balanței privind prevederile contractuale referitoare la penalități și amendarea clauzelor în care penalitățile pentru Prestator sunt disproporționate/nejustificate/abuzive conform punctelor mai sus detaliate.

Referitor la Cap. XVIII. „Termenul de prestare a serviciilor” se arată că este disproporționat raportat la complexitatea proiectului”. Contestatoarea menționează că 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, în opinia acesteia termenele fiind insuficiente pentru a putea elabora un proiect corect, complet și funcțional pentru o autostradă de 75 km,

propunând astfel prelungirea termenului de elaborare a Studiului de Fezabilitate și implicit prelungirea duratei contractului de servicii.

Față de cele evocate mai sus, contestatoarea solicită admiterea contestației și obligarea autorității contractante la adoptarea măsurilor de remediere.

În dovedirea contestației sale, contestatoarea S.C. ... S.R.L. a depus, la dosarul cauzei, un set de înscrisuri.

În susținerea contestației sale, S.C. ... S.R.L. contestă documentația de atribuire și precizează că aceasta cuprinde cerințe nelegale și discriminatorii, inclusiv clauze contractuale abuzive

Astfel, în opinia contestatoarei este abuzivă și nelegală condiționarea efectuării plăților de verificarea și aprobarea documentelor fiscale justificative ce stau la baza costurilor înregistrate de Prestator în executarea serviciilor, regăsită la Art. 27.1. din Contract și la Pct. III Litera A, Anexa 3 „Livrabile” din Caietul de Sarcini (pag. 94) „Rapoarte Financiare”, considerând că această situație conduce la încălcarea dispozițiilor art. 6 alin. (1) lit. c) din Legea nr.72/2013, solicitând astfel eliminarea condiționării plăților de aprobarea Rapoartelor financiare cuprinzând documentele justificative ale cheltuielilor și prevederea efectuării plăților în baza:

- studiilor/activităților executate de Prestator, recepționate de autoritatea contractantă; și

- facturilor emise de Prestator conform Propunerii financiare.

În opinia contestatoarei este abuzivă și nelegală decontarea serviciilor de proiectare pe baza documentelor fiscale justificative ce stau la baza costurilor înregistrate de Prestator în executarea serviciilor, regăsită în cadrul Art. 26.2., Art. 27.1., Art. 27.8 alin. 1 din Contract și la Pct. III Litera A, Anexa 3 Livrabile din Caietul de Sarcini (pag. 94) Rapoarte Financiare, considerând că autoritatea contractantă face o confuzie între contractele având ca obiect servicii de proiectare/creație intelectuală și cele având ca obiect lucrări de execuție. Într-adevăr, în cazul celor din urmă, constructorul deschide un șantier (punct de lucru) alocat numai lucrărilor respective, iar costurile lucrărilor pot fi cuantificate în mod distinct de alte activități/șantiere ale constructorului, însă, în cazul serviciilor de creație intelectuală asociate cu servicii de testare și analize tehnice (foraje, studii de trafic, studii topografice, analize de laborator, etc.), așa cum sunt cele ce fac obiectul acestui contract, este imposibil de determinat cu exactitate în ce măsură cheltuielile aferente acestor

servicii au fost sau nu alocate respectivului Contract prin raportare la toate contractele și activitățile în care este implicat Prestatorul.

Ca urmare, în ciuda faptului că serviciile sunt certificate ca și conforme, contestatoarea arată că plata poate fi întârziată pe o perioadă nedeterminată sau prețul serviciilor poate fi redus abuziv, numai pe motiv că documentele justificative nu sunt relevante pentru autoritatea contractantă.

Față de cele antemenționate, contestatoarea solicită Consiliului să oblige autoritatea contractantă să respecte dispozițiile imperative ale Legii 72/2013 și să elimine clauzele abuzive din documentația de atribuire, în speță:

- să elimine clauzele privind verificarea și aprobarea tuturor documentelor justificative pentru fiecare cheltuială a Prestatorului;
- să elimine condiționarea plăților de aprobarea Rapoartelor financiare cuprinzând documentele justificative ale cheltuielilor;
- să prevadă efectuarea plăților în baza:
 - a) studiilor/activităților executate de Prestator, recepționate de autoritatea contractantă; și
 - b) facturilor emise de Prestator conform Propunerii financiare.

În ceea ce privește Art. 27.7 și Art. 26.2. din contract, contestatoarea consideră că nu este prevăzută obligația Beneficiarului de a emite aprobarea Rapoartelor într-un termen ferm („Prestatorul poate solicita aprobarea în scris a acestora”), fiind abuzivă și nelegală condiționarea plăților de aprobarea Rapoartelor financiare cuprinzând documentele justificative ale tuturor cheltuielilor Prestatorului.

Deși prin modalitatea de redactare a dispozițiilor contractuale autoritatea contractantă creează o aparență de legalitate, în realitate data plății și chiar plata sunt evenimente viitoare incerte ce depind de voința celui ce se obligă, în speță de voința autorității contractante, ca urmare:

- rămâne la latitudinea discreționară a autorității contractante când și dacă emite aprobarea Rapoartelor/documentelor, deși nu a avut obiecțiuni față de acestea; și
- în lipsa unei aprobări exprese termenul de 60 de zile prevăzut pentru efectuarea plăților nu curge, Prestatorul fiind în imposibilitatea de a încasa sumele convenite pentru serviciile prestate.

Față de cele antemenționate, contestatoarea solicită Consiliului să oblige autoritatea contractantă să respecte dispozițiile imperative

ale Legii 72/2013, să elimine clauzele abuzive din Documentația de Atribuire și să ia măsurile necesare de remediere, în speță:

- să elimine dispozițiile privind condiționarea plăților de aprobarea Rapoartelor financiare cuprinzând documentele justificative ale cheltuielilor; și

- să prevadă ca în cazul în care, în termen de 14 zile de la primirea Rapoartelor (Raportul de început și Rapoartele de Progres, conform pct. I și II, Litera A, Anexa 3 Livrabile din Caietul de Sarcini), Beneficiarul nu comunică Prestatorului motive întemeiate de respingere, acestea se consideră aprobate; și

- să prevadă plata serviciilor executate în termen de maxim 60 de zile de la aprobarea expresă sau tacită a acestora.

Referitor la Art. 27.8 și Art. 27.9 din Contract, contestatoarea solicită Consiliului să constate că în conformitate cu propunerea autorității contractante, termenul limită de plată expiră la data la care este debitat contul Beneficiarului, respectiv atunci când Beneficiarul face plata efectivă, anulând în acest fel orice posibilă dobândă penalizatoare. Deși, în aparență, Prestatorul are dreptul să solicite dobânzi penalizatoare, în realitate, prin nuanțarea datei de la care expiră termenul de plată ca fiind cea de la care contul Beneficiarului este debitat, este exclusă posibilitatea aplicării de dobânzi penalizatoare.

Față de acestea, contestatoarea solicită Consiliului să oblige autoritatea contractantă să respecte dispozițiile imperative ale Legii 72/2013, să elimine clauzele abuzive din documentația de atribuire și să ia măsurile necesare de remediere, respectiv să prevadă ca termenul limită de plată va expira în 60 de zile de la data la care serviciile au fost recepționate expres sau tacit.

Cu privire la prevederile Art. 31.3. și Art. 31.6. din Contract, contestatoarea apreciază ca fiind nelegală și abuzivă suspendarea plăților datorate Prestatorului pentru serviciile prestate ca urmare a suspendării contractului - indiferent de motive - de către autoritatea contractantă, considerând că în cazul în care s-ar menține prevederile contractuale contestate, s-ar recunoaște dreptul autorității contractante de a suspenda Contractul pe o perioadă aleasă discreționar, în situația în care nu dorește sau nu poate să efectueze plata serviciilor executate.

Având în vedere dispozițiile imperative ale Legii 72/2013 cu privire la obligația autorităților contractante de a efectua plata

serviciilor executate în termen de maxim 60 de zile de la recepția serviciilor, contestatoarea solicită Consiliului să oblige autoritatea contractantă să elimine clauzele abuzive din documentația de atribuire și să ia măsurile necesare de remediere, respectiv să prevadă că termenul limită de plată va expira în 60 de zile de la data la care serviciile au fost recepționate expres sau tacit, fără ca plățile sau recepția serviciilor să fie suspendate în cazul suspendării contractului.

De asemenea, contestatoarea consideră abuzivă și restrictivă obligarea Prestatorului de nu subcontracta către un anumit subcontractant doar pentru că acesta a fost nominalizat ca și subcontractant de către un alt ofertant declarat necâștigător, mai ales că Prestatorul nu deține informații despre subcontractorii sau terții susținători ai celorlalți ofertanți declarați necâștigători, din cadrul Art. 8.13 din Contract, adăugând totodată, că autoritatea contractantă nu are în vedere ca în anumite domenii specifice de activitate din aria complexă a proiectului serviciile pot fi executate doar de câțiva prestatori autorizați și, ca urmare, subcontractorii ce pot fi contractați fie sunt foarte puțini, fie au exclusivitate.

Având în vedere cele mai sus menționate, contestatoarea solicită obligarea autorității contractante la eliminarea art. 8.13 din Contract ca fiind o clauză abuzivă.

Cu privire la Articolul 5.3 din Contract, contestatoarea precizează că în lipsa unui termen maximal ferm pentru data de începere a contractului, raportat la data intrării în vigoare a contractului, Prestatorul poate înregistra costuri nedecontabile pe o durată nedeterminată. Astfel, data de începere a contractului poate fi la un interval de 5 zile sau de 365 de zile sau de 500 zile de la data intrării în vigoare a contractului, la libera voință a autorității contractante, pe toată această perioadă Prestatorul fiind obligat să mobilizeze personalul și echipamentele. Având în vedere că durata acestei perioade nu este stabilită în cadrul procedurii, costurile aferente ale Prestatorului nu pot fi estimate și incluse în Propunerea Financiară.

Față de acestea, contestatoarea solicită Consiliului să oblige autoritatea contractantă să ia măsurile necesare de remediere, respectiv să prevadă decontarea suplimentară față de Prețul Contractului a costurilor pentru mobilizarea personalului și a echipamentelor, înregistrate de Prestator între data intrării în vigoare a contractului și data de începere a contractului notificată de Beneficiar (pe baza de documente justificative) sau ca data de

începere a contractului să nu fie mai târziu de 15 zile de la data intrării în vigoare a contractului.

Cu privire la Art. 8.2 din Contract, contestatoarea consideră că, în condițiile în care termenul de elaborare a Studiului de Fezabilitate Final este de 4 luni, termenul de 30 de zile de aprobare a unui subcontractor este disproportionat și restrictiv, solicitând Consiliului să oblige autoritatea contractantă să ia măsurile necesare de remediere, respectiv să prevadă că termenul de aprobare a unui subcontractor să nu depășească 5 zile lucrătoare.

În ceea ce privește prevederile de la Articolul 8.12 și Articolul 13.2 din Contract, contestatoarea solicită eliminarea acestora.

Referitor la Articolul 16.1 din Contract, contestatoarea solicită Consiliului să oblige autoritatea contractantă să ia măsurile necesare de remediere, respectiv să elimine dispozițiile abuzive și să prevadă că 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 Beneficiarului și vor putea fi folosite de către acesta numai după plata serviciilor executate.

De asemenea, și prevederea din cadrul Art. 18.1 din Contract, respectiv „...Beneficiarul are dreptul să respingă personalul ales de către Prestator”, i se pare contestatoarei ca fiind abuzivă și nelegală respingerea nemotivată a personalului Prestatorului, mai ales în condițiile în care pentru orice astfel de schimbare Prestatorul este penalizat cu 0,1% pe zi din onorariul expertului - invocând în acest sens art. 18.4.(3) din Contract, solicitând Consiliului să oblige autoritatea contractantă să ia măsurile necesare de remediere, respectiv să elimine clauza abuzivă și să prevadă faptul că Beneficiarul are dreptul să respingă membri ai personalul ales de către Prestator numai pentru anumite motive bine întemeiate și justificate prezentate în documentația de atribuire, cu obligația de a specifica și un termen scurt de aprobare/respingere a personalului.

În opinia contestatoare, prevederea Art. 18.4.(5) din Contract este nelegală și abuzivă, respectiv 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.

Contestatoarea solicită Consiliului să oblige autoritatea contractantă să elimine paragraful din cadrul art. 18.4.(5) („În acest caz, Beneficiarul nu va efectua nici o plată pentru perioada absenței expertului sau a absenței înlocuitorului acestuia”) ca fiind o clauza abuzivă.

Art. 19.5 din Contract:

Contestatoarea arată că penalitățile de întârziere sunt disproporționate prin raportare la evenimentul sancționat, mai ales că poate să fie necesară înlocuirea unui membru al personalului ca urmare a decesului sau a unei îmbolnăviri, invalidități, etc., motive neimputabile și în afara controlului Prestatorului.

Penalitățile prevăzute de art. 19.5 (0,05% pe zi din Prețul Contractului) sunt în contradicție cu penalitățile prevăzute în art. 18.4.(3) (0,1% pe zi din onorariul expertului propus inițial), în condițiile în care penalitățile sunt aplicate pentru aceeași cauză: înlocuirea unui membru al personalului.

Contestatoarea solicită Consiliului să oblige autoritatea contractantă să elimine clauzele abuzive și să ia măsurile necesare de remediere, respectiv să prevadă că:

- Beneficiarul va notifica în scris motivele respingerii unui membru al personalului în termen de 3 zile lucrătoare de la data informării primite din partea Prestatorului cu privire la expertul propus spre aprobare, sub sancțiunea decăderii; și

- În situația în care un membru al personalului cheie trebuie înlocuit din alte motive decât cele prevăzute la art. 19.2 din Contract (deces, incapacitate fizică/psihică, demisie), Beneficiarul va fi îndreptățit să solicite Prestatorului, iar acesta va fi obligat la plata unor penalități de întârziere în cuantum de 0,1% pe zi de întârziere din onorariul expertului propus inițial în Ofertă, care vor curge de la data comunicării respingerii expertului propus și până la data aprobării de către Beneficiar a expertului propus de Prestator care să îndeplinească criteriile de calificare prevăzute în documentația de atribuire.

Art. 19.6 din Contract:

În opinia contestatoarei este nelegală și abuzivă neplata onorariului convenit Prestatorului, în condițiile în care Prestatorul ia măsuri pentru a compensa absența temporară a expertului prin

angajarea unui expert temporar, înregistrând cheltuieli ca urmare a mobilizării unui expert temporar conform solicitării Beneficiarului.

Contestatoarea solicită Consiliului să oblige autoritatea contractantă să elimine paragraful din cadrul art. 19.6 („În acest caz, Beneficiarul nu va efectua nici o plată pentru perioada absenței expertului sau a absenței înlocuitorului acestuia”).

Art. 21.2 din Contract:

În opinia contestatoarei este abuzivă și nelegală o astfel de dispoziție, neexistând niciun temei legal în baza căruia autoritatea contractantă să aibă dreptul să se opună cu privire la contul bancar al Prestatorului.

Contestatoarea solicită Consiliului să oblige autoritatea contractantă să elimine articolul 21.2.

Art. 31.4 din Contract:

În opinia contestatoarei 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; și
- durata suspendării poate să depășească și 12 luni (invocând în acest sens art. 31.5 din Contract).

Contestatoarea solicită Consiliului să oblige autoritatea contractantă să elimine clauzele abuzive și să ia măsurile necesare de remediere, respectiv să prevadă că în cazul suspendării Contractului de către Beneficiar, Beneficiarul va achita Prestatorului costurile înregistrate de Prestator ca urmare a suspendării, pe baza de documente justificative.

Art. 33.1 din Contract:

Contestatoarea consideră că dispozițiile art. 33.1 sunt nelegale și abuzive întrucât:

- vinovăția Prestatorului cu privire la săvârșirea infracțiunii de fals în declarații poate fi stabilită numai printr-o hotărâre judecătorească definitivă;
- încălcarea în mod grav a obligațiilor contractuale în cadrul unui contract anterior de achiziție publică poate fi stabilită tot printr-o hotărâre judecătorească definitivă și nu ca urmare a punerii în aplicare a unui pact comisoriu de ultim grad.

Este nelegală aplicarea de către Beneficiar de penalități de întârziere și/sau excluderea Prestatorului de la acordarea de contracte finanțate de Comisia Europeană, pentru motivele invocate în articolul 33.1, în mod arbitrar, în lipsa unei hotărâri judecătorești definitive, numai ca urmare a absenței unui răspuns din partea Comisiei Europene în termen de 30 de zile de la solicitare.

Contestatoarea solicită Consiliului să oblige autoritatea contractantă să elimine clauzele abuzive și să ia măsurile necesare de remediere, respectiv să prevadă că autoritatea contractantă poate aplica sancțiunile specificate în art. 33.1 din Contract numai în baza unei hotărâri judecătorești definitive care stabilește că Prestatorul este vinovat de fals în declarații ori că și-a încălcat în mod grav obligațiile contractuale în cadrul unui contract anterior de achiziție publică.

Art. 33.2 din Contract:

În opinia contestatoarei este vădit excesivă și abuzivă o penalitate de 2% din prețul Contractului pentru încălcarea unor prevederi contractuale ce nu pot fi identificate la data procedurii de atribuire, în condițiile în care Contractul prevede deja obligarea Prestatorului la plata de penalități și daune-interese pentru toate evenimentele de neexecutare, executare cu întârziere sau neconformă a obligațiilor contractuale.

Contestatoarea solicită Consiliului să oblige autoritatea contractantă la eliminarea art. 33.2 ca fiind o clauză abuzivă.

Art. 35.4 și 36.8. din Contract:

În opinia contestatoarei este nelegală și abuzivă clauza prin care se impune Prestatorului să renunțe la dreptul său legal de a solicita despăgubiri pentru pierderea sau prejudiciul suferite.

Contestatoarea solicită Consiliului să oblige autoritatea contractantă să elimine articolele 35.4 și 36.8 ca fiind clauze abuzive.

Art. 37.3 din Contract:

În opinia contestatoarei clauza este contradictorie și nu poate fi aplicată, fiind prevăzute două valori la care se poate raporta despăgubirea: plățile totale efectuate în baza Contractului și Prețul Contractului.

Or, dacă Beneficiarul nu a efectuat nicio plată până la data rezilierii, Prestatorul nu ar avea dreptul la despăgubiri pentru pierderea/prejudiciul suferite.

Contestatoarea solicită Consiliului să oblige autoritatea contractantă să elimine dispozițiile abuzive și să ia măsurile necesare de remediere, respectiv să prevadă că respectiva despăgubire nu va putea avea un quantum care să conducă la depășirea Prețului Contractului.

Art. 38.6 din Contract:

Contestatoarea precizează că, costurile suplimentare nu pot respecta Prețului Contractului; acestea exced Prețului Contractului, altfel contravin noțiunii de costuri suplimentare.

În opinia contestatoarei este nelegală și abuzivă obligarea Prestatorului de a încadra în Prețul Contractului costurile suplimentare determinate de instrucțiunile Managerului de Proiect, fapt pentru care solicită Consiliului să oblige autoritatea contractantă să elimine articolul 38.6 ca fiind o clauză abuzivă.

În cele ce urmează, contestatoarea apreciază că Termenele de prestare a serviciilor sunt imposibil de îndeplinit, respectiv cele de 4 și respectiv 12 luni, fiind insuficiente fizic pentru a putea elabora un proiect corect și funcțional pentru o autostradă de 120 de km.

Este imposibil ca în termen de 4 luni, respectiv 12 luni, să fie elaborate două variante de traseu pentru 120 km de autostradă, să fie efectuate toate studiile de trafic și investigațiile de teren (geotehnice, topografice, arheologice, etc.), să fie identificați toți proprietarii, să fie efectuate consultații publice, să fie obținute și incluse în proiect observațiile Beneficiarului, ale JASPERS, AMPOST și ale autorităților de mediu, astfel încât Studiul de Fezabilitate Final să fie predat în 4 luni de la data de începere.

Contestatoarea consideră că această cerință de elaborare a Studiului de Fezabilitate Final în 4 luni, respectiv 12 luni de la data de începere este de natură a vătăma și păgubi grav viitorul contractant, în condițiile în care acesta este un operator economic serios și responsabil, întrucât este evident pentru orice proiectant profesionist cu experiență că în acest termen extrem de scurt nu poate fi elaborată o documentație corespunzătoare și conformă cu cerințele legale și ale caietului de sarcini.

Contestatoarea precizează că autoritatea contractantă a introdus în documentația de atribuire nenumărate clauze abuzive, prin care transferă absolut toate riscurile (inclusiv cel de neplată a serviciilor) către Prestatorul ce va elabora Studiul de Fezabilitate, probabil considerând că în felul acesta este apărată în viitor, prin angajarea

răspunderii prestatorului în cazul oricăror deficiențe sau lucrări de construcție neconforme, rupând astfel echilibrul contractual. Însă autoritatea contractantă nu are nicio garanție că va putea aplica aceste clauze, recuperând în viitor de la un prestator fără experiența, costuri de asemenea dimensiuni.

Față de cele mai sus menționate, contestatoarea solicită Consiliului să oblige autoritatea contractantă să ia măsurile necesare de remediere, respectiv să prevadă prelungirea corespunzătoare a termenului de elaborare a Studiului de Fezabilitate și, respectiv, prelungirea termenului contractual cel puțin la o durată de 24 de luni.

În ceea ce privește Imposibilitatea obținerii tuturor avizelor, acordurilor, inclusiv acordul de mediu în termenul contractual (12 luni):

Contestatoarea arată că la 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 (12 luni de la data de începere), mai mult, plata fiind condiționată de obținerea Acordului de Mediu (art. 26.5 alin.2 coroborat cu art. 27 din Contract).

Depunerea documentației pentru obținerea Acordului de Mediu se poate face numai după întocmirea Studiului de Fezabilitate Final (inclusiv cu observațiile Beneficiarului și ale altor autorități, dacă există), astfel încât termenul implicit impus de autoritatea contractantă pentru obținerea Acordului de Mediu este de 8 luni.

În opinia contestatoarei acest termen nu este fezabil, întrucât pentru obținerea Acordului de Mediu este obligatorie întocmirea unui Studiu de Evaluare Adecvată, efectuat pe durata a cel puțin 4 anotimpuri (12 luni), fără a lua în calcul și termenele imperative legale impuse conform Calendarului privind obținerea acordului de mediu conform Ordinului 135/2010 privind aprobarea Metodologiei de aplicare a evaluării impactului asupra mediului pentru proiecte publice și private.

Astfel, conform acestui Calendar numai activitățile pe care autoritățile publice de mediu trebuie să le deruleze durează însumat minim 147 de zile, adică 5 luni și jumătate, fără a lua în considerare activitățile de proiectare în sine sau nerespectarea de către autoritățile de mediu a termenelor prevăzute de lege.

Contestatoarea învederează faptul că Acordul de Mediu pentru un proiect complex nu se poate obține mai repede de 18 - 24 de luni,

având în vedere toate evaluările și procedurile legale ce trebuie parcurse.

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

Față de cele mai sus menționate, contestatoarea solicită Consiliului să oblige autoritatea contractantă să elimine cerințele abuzive și să ia măsurile necesare de remediere, respectiv:

- să prevadă prelungirea termenului contractual cel puțin pentru o durată de 24 de luni; și

- să prevadă ca și etapă contractuală distinctă predarea tuturor avizelor/acordurilor/Acordului de Mediu în termen de 24 de luni de la data de începere a contractului, evaluată la maxim 3% din Prețul Contractului.

În continuare, contestatoarea contestă prevederile art. 5.1 din Contract, potrivit cărora durata Contractului este de 12 luni de la Data de începere a Contractului, respectiv cele ale art. 11.6 din Contract, potrivit cărora Prestatorul să mențină în termenele de valabilitate orice aviz/acord/autorizație până la semnarea contractului de execuție lucrări. Aceeași obligație se regăsește și în Caietul de Sarcini, art. 4.1.3.8. „Autorizații, avize și acorduri” (pag. 50 din Caietul de Sarcini), solicitând Consiliului să oblige autoritatea contractantă să ia măsurile necesare de remediere, respectiv să prevadă prelungirea termenului contractual cel puțin pentru o durată de 24 de luni.

Contestatoarea arată că potrivit dispozițiilor art. 3.2. „Riscuri” din Caietul de Sarcini (pag.10, final), Prestatorul este responsabil de elaborarea planurilor de urbanism în aria de desfășurare a traseului proiectului, dacă acestea nu există sau sunt incomplete, costurile suplimentare urmând a fi suportate de Prestator.

Astfel, contestatoarea solicită Consiliului să oblige autoritatea contractantă să ia măsurile necesare de remediere și să anuleze aceste cerințe abuzive în condițiile în care prezenta procedura de atribuire nu are ca obiect elaborarea planurilor de urbanism pe traseul proiectului (traseu în prezent necunoscut, ca urmare fiind imposibilă evaluarea și cuantificarea costurilor unor asemenea servicii).

Contestatoarea aduce la cunoștință că prin documentația de atribuire autoritatea contractantă impune o procedură detaliată unică de întocmire a Propunerii Financiare prin care standardizează în mod

artificial modalitatea de formare a Prețului Contractului, restrângând în acest fel dreptul operatorilor economici de a-și cuantifica și prezenta costurile reale ale serviciilor, acestea fiind reglementate, în principal în cadrul:

- a) Anexei nr. C la Formularul nr.26;
- b) Anexei 1 la Propunerea financiară - Experti;
- c) Anexei 2 la Propunerea financiară - Arheologie;
- d) Anexei 3 la Propunerea financiară - „EIA fără EA”;
- e) Anexei 4 la Propunerea financiară - Studiu geotehnic;
- f) Anexei 5 la Propunerea financiară - Audit;
- g) Contractului de Servicii, articolul 27.

Astfel, contestatoarea arată că potrivit art. 27.1 din Contract, valoarea maximă impusă de autoritatea contractantă pentru Studiul de evaluare a Impactului asupra Mediului este de 1% din Prețul Contractului, iar pentru Studiul de Arheologie este de 5% din Prețul Contractului.

Ca urmare:

- fie operatorul economic este obligat să stabilească Prețul Contractului prin calcule matematice fără legătură cu realitatea;
- fie operatorul economic este obligat să prezinte un cost al Studiului de Arheologie care nu este real, fiindcă altfel Prețul Contractului ar putea să nu acopere serviciile prestate sau să depășească bugetul alocat de autoritatea contractantă.

În oricare dintre situații, autoritatea contractantă obligă în mod abuziv operatorii economici să prezinte Propuneri Financiare fără corespondent în realitate, având ca și consecință imposibilitatea de decontare integrală a serviciilor.

Contestatoarea arată că potrivit dispozițiilor art. 8 „Rapoarte” punctele 5 și 7 din Caietul de Sarcini și ale art. 26 „Aprobarea Rapoartelor și documentelor” și art. 27 „Plăți” din Contract, decontările se vor face numai în baza documentelor justificative prezentate de Prestator din care să rezulte suma exactă de plată pentru fiecare cheltuială în parte, conform Propunerii financiare a Prestatorului, iar prin aplicarea dispozițiilor art. 27.1. alin. (3) literele a) și b) din Contract, prețul Studiului de Fezabilitate Final estimat de Prestator în faza de ofertare nu va fi plătit decât parțial, atât plățile, cât și quantumul acestora fiind la latitudinea discreționară a autorității contractante:

Astfel,

a) dacă valoarea reală a unor servicii decontate este mai mică decât procentul impus de autoritatea contractantă sau dacă autoritatea contractantă nu acceptă anumite documente justificative, diminuând astfel valoarea solicitată de prestator, autoritatea contractantă va deconta numai valoarea rezultată din documentele justificative acceptate (diferența reprezentând un câștig al autorității contractante);

b) dacă valoarea reală a unui Studiu este mai mare decât procentul impus de autoritatea contractantă, autoritatea contractantă va deconta numai procentul impus în mod artificial, diferența urmând a fi inclusă în plata finală de 25% din Prețul Contractului, fără a se ține cont că procentul de 25% reprezintă în fapt contravaloarea unor activități și servicii executate de Prestator. Ca urmare, diferența respectivă nu va mai fi decontată, reprezentând o pierdere a Prestatorului, respectiv un câștig abuziv al autorității contractante.

Astfel, contestatoarea precizează că, prin documentația de atribuire propusă, autoritatea contractantă nu numai că nu respectă dispozițiile Legii 72/2013 privind obligația de a efectua plățile într-un termen de maxim de la recepția serviciilor, dar introduce o procedura abuzivă și nelegală - decontarea pe baza de documente justificative recepționate de autoritatea contractantă, în limita unor procente impuse arbitrar prin documentația de atribuire - având ca și consecința imposibilitatea prestatorului de a încasa prețul ofertat, deși acesta se încadrează în bugetul estimat.

Contestatoarea mai învederează că prin Documentația de Atribuire, autoritatea contractantă impune, ca și modalitate de decontare a prețului serviciilor, decontarea pe bază de documente justificative pentru fiecare articol/cost/cheltuială.

În condițiile în care obiectul Contractului ce face obiectul procedurii de achiziție publică este unul de rezultat (elaborarea și predarea unor documentații tehnice: Studiu de Fezabilitate, Studiu de Arheologie, Documentație de Atribuire), contestatoarea consideră că este neuzuală, abuzivă și nefezabilă decontarea pe bază de documente justificative pentru fiecare articol/cost/ cheltuială.

În condițiile în care operatorul economic nu are în obiectul de activitate doar executarea Contractului ce face obiectul prezentei proceduri, este imposibil de determinat și de justificat cu documente în ce procent o serie de cheltuieli au fost generate doar de acest proiect.

Astfel, cheltuielile cu întreținerea sediilor, cele pentru consumul de apă, curent, gaze, costurile de imprimare, costurile pentru software-ul utilizat, ratele de leasing pentru mașini, chiriile pentru spațiile închiriate, consumul de combustibil, personalul suport al operatorului economic, etc. sunt costuri ale operatorului economic pentru toate activitățile în care acesta este implicat.

Aceste costuri nu pot fi determinate și alocate în mod exact doar pentru un proiect sau altul, iar acceptarea unor documente justificative pentru astfel de cheltuieli este strict la latitudinea autorității contractante.

Totodată, contestatoarea arată că prin Documentația de Atribuire, autoritatea contractantă impune în mod artificial numărul de experți pentru care urmează să fie decontat prețul serviciilor și numărul de zile aprobate pentru decontare, restrângând dreptul operatorilor economici de a cuantifica și prezenta costurile reale ale proiectului:

Contestatoarea arată că operatorul economic este obligat să prezinte costurile experților conform modelului Anexa 1 - Propunerea Financiară. În condițiile în care decontările se fac conform Propunerii Financiare, conform acestui model este decontat un singur inginer proiectant de drumuri, un singur inginer proiectant de poduri, un singur inginer topograf, pentru 22 zile lucrătoare/lună.

Prin Anexa „Etapa 1 - Evaluare Preliminară”, autoritatea contractantă impune ca această evaluare preliminară să fie întocmită de către 2 specialiști, ce vor lucra timp de 7 zile, 8 ore/zi.

Prin Anexa „Etapa 2 - Evaluare de teren (diagnostic intrusiv)”, autoritatea contractantă impune ca această evaluare de teren să fie întocmită de către 4 specialiști, ce vor lucra timp de 30 zile, 8 ore/zi.

Contestatoarea solicită Consiliului să constate că este imposibilă și abuzivă solicitarea de elaborare a Studiului de Fezabilitate pentru 120 km de autostradă de către un singur inginer proiectant de drumuri sau de către un singur inginer proiectant de poduri, ce vor putea lucra numai un număr standard de ore/zile lucrătoare, fără dreptul de a lucra pe baza de ore suplimentare sau în orice alt mod prevăzut de Codul Muncii.

În același sens, contestatoarea solicită Consiliului să constate că este abuzivă solicitarea de elaborare a Evaluării de teren de către 4 specialiști, ce vor lucra timp de 30 zile, 8 ore/zi.

Contestatoarea arată că abuzul este generat nu numai de aceste condiționări artificiale, ci și de faptul că prin Documentația de Atribuire - pct. III Litera A, Anexa 3 Livrabile din Caietul de Sarcini (pg.99), autoritatea contractantă impune decontarea în baza unor așa-ziselor Rapoarte Financiare ce „vor conține documente justificative necesare din care să rezulte suma exactă de plată” și „se vor întocmi în baza Propunerii Financiare a Prestatorului”.

Este însă evident că documentele justificative din care să rezulte suma exactă de plată nu pot respecta Propunerea Financiară, atâta timp cât este îngădită libertatea Prestatorului de a prezenta propria Propunere Financiară, prin stabilirea de către autoritatea contractantă a procentelor maxime în limita cărora se pot „deconta serviciile/documentațiile, respectiv a personalului și a numărului de ore/zile lucrătoare în care acesta va presta serviciile”.

Prin aceste standardizări artificiale și abuzive, operatorii economici nu pot face o Propunere financiară reală rezultată în baza onorariilor experților necesari și timpului de lucru afectat pentru elaborarea serviciilor și, ca urmare, nici nu vor putea deconta sumele indicate prin Propunerea Financiară impusă de autoritatea contractantă.

Contestatoarea învederează faptul că în data de 31 mai 2014 autoritatea contractantă a publicat în SEAP anunțuri de participare la licitație pentru elaborarea a 8 Studii de Fezabilitate pentru autostrăzi, toate Documentațiile de Atribuire și toate cerințele autorității contractante fiind identice pentru toate cele opt proceduri, indiferent de lungimea și de condițiile traseului pentru care se solicită proiectarea sau de bugetul alocat.

Or, este evident că evaluarea preliminară nu poate fi efectuată de către 2 specialiști într-un interval de 7 zile, 8 ore/zi, atât în cazul unui proiect pentru 120 km de autostradă, cât și în cazul unui proiect pentru 150 km de autostradă. Prin aceste dispoziții, autoritatea contractantă avantajează operatorul economic care va elabora Studiul de Fezabilitate pentru Autostrada având o lungime mai mare și discriminează operatorii economici care vor elabora Studiul de Fezabilitate pentru Autostrada având o lungime mai mică.

Astfel, contestatoarea consideră că standardizarea metodologiei de elaborare a Propunerii Financiare, propusă de autoritatea contractantă, este artificială, abuzivă și restrânge dreptul

Prestatorului de a elabora și de a înainta o Propunere financiară bazată pe costuri reale.

Deși această standardizare a Propunerii Financiare și a modului de formare a Prețului Contractului nu ține cont de costurile reale ale Prestatorului, conform dispozițiilor art. 8 „Rapoarte” punctele 5 și 7 din Caietul de Sarcini și ale art. 26 „Aprobarea Rapoartelor și documentelor” și art. 27 „Plăți” din Contract, decontările se pot face numai în baza documentelor justificative prezentate de Prestator din care să rezulte suma exactă de plată pentru fiecare cheltuială în parte, conform Propunerii financiare a Prestatorului.

Or, este evident că suma exactă de plată pentru fiecare cheltuială în parte nu corespunde de la bun început Propunerii Financiare.

Ca urmare, contestatoarea solicită Consiliului să constate că autoritatea contractantă restrânge în mod artificial și abuziv dreptul operatorilor economici de a cuantifica și prezenta în Propunerea Financiară costurile reale ale serviciilor, având drept consecință imposibilitatea de decontare ulterioară a acestora (în condițiile în care decontarea se poate face numai conform Propunerii Financiare, pe baza de documente justificative pentru fiecare cost/cheltuială).

Față de acestea, contestatoarea solicită Consiliului să oblige autoritatea contractantă să elimine dispozițiile/cerințele abuzive de decontare a documentațiilor tehnico-economice pe baza de documente justificative pentru fiecare activitate/articol/cost/cheltuială și să ia măsurile necesare de remediere, respectiv să prevadă decontarea Prețului Contractului în baza Documentațiilor tehnico - economice elaborate de Prestator și aprobate de Beneficiar (Studiu Geotehnic, Studiu de Evaluare a Impactului asupra Mediului, Studiu de Arheologie, Studiu de Fezabilitate Final, Documentația pentru pregătirea Aplicației de Finanțare, Documentația de Atribuire pentru Contractele de Lucrări, Avize/Acorduri).

Contestatoarea apreciază că prin Caietul de Sarcini sunt impuse în sarcina Prestatorului o serie de riscuri care nu pot fi evaluate/cuantificate și nici gestionate de acesta, nu au alocare în modelul de Propunere Financiară și pentru care Prestatorul este obligat să renunțe la dreptul său de a cere costuri suplimentare sau despăgubiri în cazul în care este prejudiciat

Contestatoarea arată că în cadrul caietului de sarcini, prin articolul 3.2. „Riscuri” și Formularul nr. 24 „Asumarea riscurilor

identificate în Caietul de Sarcini și prezentarea metodelor de prevenire și combatere a acestora”, autoritatea contractantă impune în sarcina Prestatorului un număr de 21 de riscuri (dintre care cele mai mult nu pot fi imputate Prestatorului) și obligă în mod abuziv Prestatorul să renunțe la dreptul său de a solicita costuri suplimentare sau despăgubiri în cazul în care este prejudiciat.

Contestatoarea solicită Consiliului să constate că riscurile prezentate nu pot fi evaluate/cuantificate astfel încât să fie incluse în Prețul ofertat, iar Prestatorul nu are autoritatea și mijloace de evitare/minimizare/control al acestora.

Contestatoarea solicită Consiliului să dispună obligarea autorității contractante să ia măsurile necesare de remediere, respectiv să elimine aceste riscuri din cadrul documentației de atribuire.

Prin adresa nr. 92/35660/19.06.2014, înregistrată la Consiliu sub nr. 20210/19.06.2014, autoritatea contractantă ... S.A. a comunicat punctul de vedere referitor la cele patru contestații formulate în cadrul procedurii ce face obiectul cauzei.

În ceea ce privește susținerile contestatoarei S.C. ... S.R.L., potrivit cărora data de intrare în vigoare a contractului nu coincide cu data de începere a contractului, autoritatea contractantă precizează că prezentarea garanției de bună execuție de către prestator în termen de 15 zile de la semnarea contractului este o obligație legală imperativă prevăzută la art. 87 alin. (1) lit. b), raportat la art. 89 din HG nr. 925/2006, ca urmare menținând prevederile art. 5.2 din Contractul de servicii.

Referitor la criticile cu privire la Art. 5.3, autoritatea contractantă propune următoarea măsură de remediere, respectiv modificarea și completarea articolului 5.3 după cum urmează: „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 aceasta perioadă”.

Cu privire la prevederile art. 5.5, autoritatea contractantă susține că are obligația de a respecta toate actele normative în vigoare cu privire la modalitatea de utilizare a fondurilor publice, arătând că durata de implementare a contractului și durata de valabilitate a acestuia sunt noțiuni diferite. Astfel, în timp ce durata de implementare este o perioadă de timp determinată de părți înăuntrul căreia se realizează obiectul contractului, durata de valabilitate începe la data intrării în vigoare a contractului și se încheie la epuizarea convențională sau legală a oricărui efect pe care îl produce. Astfel, autoritatea contractantă invocă prevederile art. 43 alin. (6) lit. a) din Legea nr. 500/2002 și menționează că potrivit prevederilor Caietului de Sarcini, Prestatorul are anumite obligații ulterioare revizuirii Studiului de Fezabilitate/Contractului și totodată acesta are calitatea de Proiectant, în conformitate cu prevederile art. 22 din Legea nr. 10/1995. Prin urmare, Prestatorul va fi responsabil pentru prestația sa și va justifica corespunzător soluțiile alese potrivit prevederilor și condițiilor contractuale, oricând pe durata de viață a Proiectului.

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

De asemenea, autoritatea contractantă propune eliminarea articolului 8.11 și art. 8.12. din Contractul de servicii.

În cazul Art. 8.13, autoritatea contractantă propune următoarea măsură de remediere, respectiv modificarea articolului 8.13 după cum urmează: „În situația în care este necesară înlocuirea unui subcontractant, Prestatorul are obligația de a nu încheia un nou contract de subcontractare cu niciunul/oricare dintre ofertanții declarați necâștigători în cadrul procedurii de atribuire a prezentului contract de servicii, întrucât nerespectarea acestei obligații este

considerată indicator de fraudă potrivit prevederilor OUG nr. 66/2011 cu modificări și completări ulterioare”.

Față de susținerile referitoare la art. 10 coroborat cu art. 11, 18, 19, 20, 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 remediere în caz de încălcare a contractului, prin urmare considerând că o reformulare sau re poziționare a articolelor în cadrul contractului nu ar conferi o putere juridică mai mare decât este în prezent dată în varianta de contract existentă.

Autoritatea contractantă face precizarea că acest contract este unul administrativ, iar părțile contractului administrativ nu se află pe poziție de egalitate juridică, particularul fiind subordonat juridic autorității publice, încheierea, executarea și încetarea contractului administrativ sunt subordonate principiului priorității interesului public față de interesul privat, contractul administrativ cuprinde clauze derogatorii de la dreptul comun, cunoscute drept clauze exorbitante, imperative prin puterea legii, care nu pot face obiectul niciunei negocieri, litigiile care au ca obiect contractele administrative sunt de competența instanțelor de contencios administrativ.

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

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

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

De asemenea, în situația în care notificarea Prestatorului ar suspenda executarea Ordinului Administrativ, astfel cum este propus a fi revizuită clauza contractuală de către contestatoarele, iar această notificare în urma soluționării s-ar constata că este nefondată, neexecutarea Ordinului Administrativ din partea Prestatorului ar produce întâzieri în prestarea serviciilor, ceea ce ar conduce și la posibilitatea Beneficiarului de a solicita penalizări. Un alt aspect este dat de faptul că această posibilitate ar putea duce la notificări repetate ale prestatorului, așadar la suspendări repetate, acest lucru conducând la întâzieri în prestarea serviciilor și întâzieri la plata serviciilor neprestate.

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

În ceea ce privește Art. 13.2, autoritatea contractantă susține că legiuitorul, prin OUG nr. 66/2011, instituie obligația ca, pe parcursul aplicării procedurii de achiziție, beneficiarii - persoane fizice/juridice de drept privat, 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. Având în vedere faptul că această obligație este una imperativă, sub sancțiunea deducerii/excluderii 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 un obiectiv de interes, autoritatea contractantă consideră nefondată propunerea contestatoarei.

În ceea ce privește afirmația contestatoarei, 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 întâziere sau care nu au fost executate, autoritatea contractantă opinează 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 contestatoarei, autoritatea contractantă subliniază faptul că obligația de evitare a conflictelor de interese trebuie să subziste pe întreaga durată a contractului, că Prestatorul nu se poate considera în culpă pentru situațiile apărute ulterior verificării 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.

De asemenea, autoritatea contractantă menționează că penalitatea de 0,1% a fost introdusă având în vedere prevederile art. 1530 din Codul Civil și dispozițiile OUG nr. 66/2011 care prevăd corecții financiare de până la 25% din valoarea contractului pentru încălcări ale regulilor de achiziții publice.

Față de susținerile contestatoarelor referitoare la Art. 16.1, autoritatea contractantă informează că trebuie avut 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, 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.

Referitor la criticile privind art. 18 pct. 3, 4 și 5, precum și art. 11, 19, 20, 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, la art. 18.4 alin. (2) fiind prevăzute penalități în situația în care Prestatorul întârzie în mobilizarea personalului după termenul stabilit în Notificarea Beneficiarului cu privire la Data de începere a Contractului. Sunt stabilite astfel penalități datorate lipsei de reacție a Prestatorului în îndeplinirea obligației de mai sus.

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

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

Astfel, autoritatea contractantă invocă dispozițiile art. 1536 din Codul civil, precum și cele ale art. 1 alin. (1) din Legea nr. 72/2013.

Referitor la prevederile art. 18.1, autoritatea contractantă precizează faptul că situațiile în care aceasta are dreptul să respingă personalul ales de Prestator sunt prevăzute chiar în cuprinsul acestui articol, iar în Anexa I și/sau Anexa II a/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 este îndeplinit nivelul minim de pregătire, calificare și experiență al personalului precum și responsabilitățile acestuia.

Față de aprecierile contestatoarelor privind art. 18.4 (5), autoritatea contractantă menționează că Beneficiarul nu poate fi obligat să plătească un expert temporar care nu îndeplinește criteriile solicitate, pentru că în situația în care le-ar îndeplini, nu ar mai fi

numit expert temporar, acesta nefiind un înlocuitor al expertului înlocuit, drept urmare el nu este evaluat în vederea îndeplinirii cerințele minime din Documentația de atribuire, ci este prevăzut ca o măsură temporară pentru a nu se bloca îndeplinirea activităților de către Prestator, având în vedere durata contractului.

Referitor la art. 19.3, autoritatea contractantă arată 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 contestatoarea. Prejudiciul generat Beneficiarului este dat tocmai de neexecutarea obligațiilor contractuale ale prestatorului, de neîndeplinirea obiectului contractului.

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

Față de considerentele referitoare la art. 19.6, autoritatea contractantă susține că există o interpretare eronată a acestei clauze, astfel că 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. 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.

Referitor la art. 19.8, autoritatea contractantă aduce următoarea măsură de remediere, respectiv modificarea articolului, după cum urmează: „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”.

Având în vedere criticile referitoare la art. 19.9, autoritatea contractantă le consideră nefondate, prin urmare articolul fiind menținut.

Având în vedere criticile referitoare la art. 19.10, coroborate cu art. 19.3, 19.5, 19.6 și 19.8, autoritatea contractantă, de asemenea, le consideră nefondate, reiterând că aceste clauze au fost introduse pentru a descuraja practica uzitată de un număr mare de operatori economici, și anume aceea de a se prezenta la procedura de achiziție publică cu niște experți cheie care îndeplinesc criteriile minime de calificare din Documentația de atribuire, în felul acesta putând fi declarați câștigători, dar ulterior semnării contractului ofertantul declarat câștigător solicită înlocuirea experților din ofertă cu alți experți, care, de cele mai multe, ori nu corespund criteriilor de calificare.

În ceea ce privește art. 21.2, autoritatea contractantă aduce următoarea măsură de remediere, respectiv modificarea articolului după cum urmează: „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”.

În ceea ce privește art. 26.2 și art. 26.5 (2), autoritatea contractantă aduce următoarea măsură de remediere, respectiv modificarea articolului după cum urmează: „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”, respectiv „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)”.

Referitor la art. 27.1, autoritatea contractantă învederează că raportat la prevederile Caietului de Sarcini și serviciile solicitate, servicii care presupun efectuarea unor activități laborioase și numeroase, de care depinde consumul de resurse umane și materiale în cadrul acestui contract, pentru evidențierea costurilor suportate de Prestator este necesară ca acestea să se regăsească într-un Raport financiar.

În ceea ce privește decontarea pe bază de documente justificative, autoritatea contractantă invocă prevederile art. 52 alin. (6) din Legea nr. 500/2002.

Referitor la art. 27.7, autoritatea contractantă menționează că termenul de plată de 60 zile este stabilit în conformitate cu prevederile art. 7 alin. (1) din Legea nr. 72/2013.

În ceea ce privește art. 27.8 (1), autoritatea contractantă aduce următoarea măsură de remediere, respectiv eliminarea acestui articol.

În ceea ce privește art. 27.9 și art. 27.14, autoritatea contractantă menține aceste prevederi.

Cu privire la art. 28.1 coroborate cu dispozițiile art. 28.4, autoritatea contractantă susține că aceste clauze au fost introduse 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.

Cu privire la art. 29.5, autoritatea contractantă încunoștințează 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 definiția instrumentelor de garantare din paragraful anterior, se poate observa că polița de asigurare, certificatul de asigurare sau orice alte documente emise de societățile de asigurări reprezintă instrumente de asigurare și nu instrumente de garantare a plății.

Având în vedere prevederile art. 31.1 coroborat cu 31.2, autoritatea contractantă arată că acestea 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. 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.

În ceea ce privește art. 31.3, autoritatea contractantă aduce următoarea măsură de remediere, respectiv modificarea articolului după cum urmează: „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”.

Având în vedere criticile aduse art. 31.4, autoritatea contractantă le consideră nefondate, având în vedere faptul că suspendarea contractului nu produce efecte doar asupra plăților care trebuie efectuate către Prestator, dar și asupra serviciilor care trebuie prestate pentru Beneficiar. Interesul Beneficiarului este acela de a obține de la Prestator serviciile contractate. 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.

Față de criticile cu privire la prevederile art. 31.6 coroborat cu art. 31.3, art. 31.4 și art. 31.5, autoritatea contractantă le consideră nefondate, invocând astfel art. 8 și art. 3 lit. f) din OUG nr. 34/2006 și art. 36 din Legea nr. 356/2013 a Bugetului de stat pe anul 2014.

Având în vedere art. 32.4, autoritatea contractantă învederează că 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 anularii sau răspunderea contractuală și după încheierea perioadei contractuale, făcând trimitere astfel la art. ... din Codul civil. Mai mult decât atât, deoarece sursa de finanțare a contractelor de servicii este din fonduri europene nerambursabile, 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.

De asemenea, autoritatea contractantă apreciază că a fost înțeleasă în mod eronat clauza de la Articolul 33.1, rezultând 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, iar 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. Totodată, autoritatea contractantă amintește de prevederile art. 181 lit. c¹) din OUG nr. 34/2006.

În ceea ce privește art. 33.2 și art. 35.4, autoritatea contractantă aduce următoarea măsură de remediere, respectiv eliminarea articolelor.

În ceea ce privește Art. 35.6, autoritatea contractantă reiterează faptul că având în vedere că sursa de finanțare a contractelor de servicii este din fonduri europene nerambursabile, 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 art. 36.8, autoritatea contractantă aduce următoarea măsură de remediere, respectiv eliminarea articolului.

Având în vedere art. 37.1, autoritatea contractantă aduce următoarea măsură de remediere, respectiv modificarea articolului după cum urmează: „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 nespicate în Contractul de Servicii sau independente de culpa Prestatorului”.

Cu privire la Art. 37.3, autoritatea contractantă susține că această clauză contractuală oferă posibilitatea Prestatorului de a solicita despăgubiri Beneficiarului în situația în care sunt îndeplinite condițiile menționate la art. 37.1 din Contractul de servicii. Existența art. 37.3 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. ... alin. (1) din HG nr. 925/2006.

Având în vedere art. 38.6 și art. 39.3, autoritatea contractantă aduce următoarea măsură de remediere, respectiv eliminarea articolelor.

În ceea ce privește aspectele atacate de contestatoare cu privire la prevederile Caietului de Sarcini, autoritatea contractantă propune ca măsura de remediere completarea paragrafului 6 de la punctul 3.2 din Caietul de sarcini cu următorul subparagraf, după cum urmează: „Prestatorul își va asuma riscurile generale identificate de Beneficiar prin participarea sa la procedura de achiziție publică, precum și prin semnarea contractului și nu va avea nicio pretenție în cazul apariției acestora sau a altora neidentificate mai jos dar posibil să apară, cu excepția cazurilor în care culpa se datorează unor terțe părți. Lipsa culpei va trebui să fie dovedită de către Prestator”, respectiv 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, astfel: „Prestatorul are obligația obținerii în numele Beneficiarului a avizelor, acordurilor, permiselor, aprobărilor și/sau autorizațiilor în condițiile prevederilor Legii 50/1991 cu modificările și completările ulterioare, coroborate cu art. 26, cap.6 din Legea 255/2010 (care prevede următoarele: „Certificatele de urbanism, avizele, acordurile, permisele sau autorizațiile sunt valabile până la finalizarea executării lucrărilor pentru care au fost eliberate, respectiv până la eliberarea procesului-verbal de recepție finală a lucrărilor”.

Față de aprecierea faptului 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, autoritatea contractantă încunoștințează că

această durată va fi menținută, raportat la dispozițiile Ordinului nr. 135/2010 privind aprobarea Metodologiei de aplicare a evaluării impactului asupra mediului pentru proiecte publice și private prevede etapele necesare parcurgerii procedurii derulate de autoritatea competentă de mediu.

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 dă 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 nu vor fi finalizate în 4 luni de către Prestator, autoritatea contractantă și Prestatorul, de comun acord, vor analiza situația existentă și vor identifica și remedia cauzele care au condus la întârzieri.

În ceea ce privește prevederile art. 4.1.3.8 din Caietul de Sarcini, care se regăsesc și în Contractul de Servicii la punctul 11.6, autoritatea contractantă susține că trebuie avută în vedere măsura de remediere a articolului având ca și conținut: „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, astfel: „Prestatorul are obligația obținerii în numele Beneficiarului a avizelor, acordurilor, permiselor, aprobărilor și/sau autorizațiilor în condițiile prevederilor Legii 50/1991 cu modificările și completările ulterioare, coroborate cu art. 26, cap.6 din Legea 255/2010 (care prevede următoarele: „CertIFICATELE de urbanism, avizele, acordurile, permisele sau autorizațiile sunt valabile până la finalizarea executării lucrărilor pentru care au fost eliberate, respectiv până la eliberarea procesului-verbal de recepție finală a lucrărilor”).

Referitor la prevederile art. 3.2 „Riscuri”, autoritatea contractantă precizează că riscul de întârziere se datorează, în general, întocmirii și depunerii la instituțiile abilitate pentru emiterea de avize, acorduri a unor documentații incomplete, care nu corespund cerințelor legale în vigoare și la care se solicită numeroase completări. Responsabilitatea privind corectitudinea și calitatea documentațiilor întocmite este a Prestatorului. Pentru eliberarea avizelor, acordurilor, permiselor și autorizațiilor necesare există termene imperative impuse

prin legislația națională, termene care se calculează de la data depunerii documentației specifice, documentație ce trebuie să corespundă cerințelor legislației specifice în domeniul respectiv.

Referitor la riscul de întârziere din cauza cerințelor special formulate, autoritatea contractantă face precizarea că acestea au fost introduse tocmai pentru a conștientiza Prestatorul cu privire la calitatea documentațiilor întocmite, respectarea conținutului-cadru al acestora ce este prevăzut în actele normative specifice în vigoare, asigurarea că toate avizele solicitate de autorități au fost obținute, calitatea Raportului privind impactul asupra mediului, în sensul că trebuie atins un grad de conformitate corespunzător.

Referitor la criticile privind prevederile Caietului de Sarcini, art. 4.1.3.6 - Evaluarea impactului asupra mediului, autoritatea contractantă menționează că sintagma „Alte autorități implicate” se referă la acele autorități care emit avize, acorduri necesare la stadiul de Studiu de Fezabilitate (Autoritatea de Sănătate Publică, Romtelecom, AN Apele Române, Pompieri, Direcția Silvică, s.a.m.d.).

De asemenea, autoritatea contractantă încunoștințează că Raportul privind evaluarea impactului asupra mediului este public, acesta se afișează pe site-ul ANPM cu minim 20 de zile înaintea dezbaterii publice tocmai pentru a fi cunoscut de public.

În ceea ce privește termenul de „comunicare verbală”, se înțelege de la sine că pe această cale se poate răspunde la solicitările de clarificări care presupun informații din categoria celor publice, iar în caz contrar Prestatorul va solicita acordul scris prealabil al Beneficiarului.

De asemenea, autoritatea contractantă face trimitere la art. 12 din Ord. MMP nr. 135/2010.

În continuare, autoritatea contractantă arată că o „cerere de consimțire a dezvoltării Proiectului” reprezintă o solicitare de informații din partea publicului în procedura de evaluare a impactului asupra mediului, publicul interesat având oportunitatea de a-și exprima opinia înainte de acordarea consimțământului de dezvoltare. Consultarea publicului este obligatorie în cazul procedurilor de emitere a actelor de reglementare, potrivit legislației în vigoare în domeniul protecției mediului; termenul de „informație colectată” se referă la orice informație necesară derulării procedurii de evaluare a impactului asupra mediului.

Cu privire la criticile aduse împotriva prevederilor caietului de sarcini, art. 4.1.3.6 – Evaluarea impactului asupra mediului, autoritatea contractantă le consideră nefondate, adăugând totodată că Studiul de Fezabilitate întocmit în anul 2008 este disponibil pe site-ul ..., respectiv lungimea autostrăzii Sibiu-Pitești este de 116 km.

Față de cele mai sus menționate, autoritatea contractantă precizează că a respectat în totalitate reglementările legale în vigoare, solicitând astfel respingerea contestațiilor ca nefondate și neîntemeiate.

La dosarul cauzei, autoritatea contractantă a depus la Consiliu sub nr. de înregistrare 21012/26.06.2014 dovada de comunicare a punctului de vedere către cele trei contestatoare, fiind astfel asigurată contradictorialitatea.

Până la data emiterii prezentei decizii, niciuna dintre contestatoare nu a formulat un răspuns cu privire la punctul de vedere al autorității contractante și măsurile de remediere dispuse de aceasta.

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

Procedura de atribuire aplicată de ... DIN ROMÂNIA SA în vederea atribuirii contractului de achiziție publică de servicii având ca obiect „Revizuire/Actualizare Studiu de fezabilitate pentru Autostrada Sibiu-Pitești” este licitație deschisă. Conform anunțului de participare nr. ... publicat în sistemul electronic de achiziții publice (SEAP), data limită de depunere a ofertelor este 23.07.2014, valoarea estimată între 43.422.722 și 51.316.853 RON fără TVA, iar criteriul de atribuire „prețul cel mai scăzut”. Documentația de atribuire a fost publicată în SEAP odată cu anunțul de participare.

Împotriva documentației de atribuire emisă de autoritatea contractantă în vederea derulării procedurii de achiziție publică în cauză, au formulat contestație următorii operatori economici interesați:

- SC ... SRL (contestația nr. ... - dosar nr. ...)
- SC ... SRL (contestația nr. ... - dosar nr. ...);
- SC ... SRL (dosar nr. ...);
- SC ... SRL (dosar .../2014).

Prin decizia nr. ... din ... Consiliul a respins ca nefondată cererea de suspendare a procedurii de atribuire formulată în cadrul contestației nr. ... înaintată de SC ... SRL.

Prin decizia nr. ... din ... Consiliul a conexas dosarul nr. ... la dosarul ... și a respins ca nefondată cererea de suspendare a procedurii de atribuire formulată în cadrul contestației nr. ... înaintată de SC ... SRL.

Analizând pe fond contestațiile, Consiliul constată că cele patru contestatoare au formulat critici cu privire la formularul de contract propus în documentația de atribuire și/sau împotriva unor prevederi ale caietului de sarcini.

Întrucât unele dintre criticile formulate cu privire la modelul de contract sunt comune celor patru contestatoare, Consiliul va proceda la analiza acestora în ordinea articolelor din modelul de contract.

Dispozițiile art. 5.2 au fost criticate de SC ... SRL, în corelare cu art. 5.3. Critica referitoare la art. 5.2 va fi respinsă ca nefondată deoarece intrarea în vigoare a contractului în termen de 15 zile calendaristice de la data semnării acestuia „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 (...) contract”, este conformă cu dispozițiile art. 87 alin. (1) lit. b) și art. 89 din HG nr. 925/2006.

Conținutul art. 5.3. - *„Data de începere a Contractului de servicii va fi notificata 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”*, a fost criticat de către SC ... SRL, SC ... SRL și SC ... SRL.

Astfel, se critică faptul că data de începere a contractului se situează la un moment ulterior intrării sale în vigoare, fără a preciza în concret data la care beneficiarul urmează a notifica prestatorului data de începere a contractului, iar contestatoarea SC ... SRL, solicită Consiliului să „oblige autoritatea contractantă să ia măsurile necesare de remediere, respectiv să prevadă decontarea suplimentară față de Prețul Contractului a costurilor pentru mobilizarea personalului și a echipamentelor, înregistrate de Prestator între data intrării în vigoare a contractului și data de începere a contractului notificată de Beneficiar (pe baza de documente justificative) SAU ca data de începere a contractului să nu fie mai târziu de 15 zile de la data intrării în vigoare a contractului”.

Cu privire la acest articol, în conformitate cu prevederile art.256³ alin.(1) din OUG 34/2006, autoritatea contractantă a publicat în SEAP, la data de 19.06.2014, următoarea măsură de remediere nr. 1: „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”.

Deși, așa cum rezultă din cuprinsul caietului de sarcini, pag. 69 pentru Secțiunea I Sibiu – Boița și Secțiunea 5 – Curtea de Argeș pitești, a fost prevăzut un termen de predare a Studiului de fezabilitate final de 4 luni, ceea ce presupune că autoritatea contractantă este interesată de o livrare rapidă. Cu toate acestea ... și-a rezervat posibilitatea de a menționa în notificare ca dată de începere a contractului tot un termen de 4 luni.

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

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

Conținutul art. 5.5. „Perioada de valabilitate a Contractului se va încheia la epuizarea convențională sau legală a oricărui efect pe care îl produce”, a fost criticat de către, SC ... SRL.

Raportat la dispozițiile art. 1321 – 1322 din Noul cod civil potrivit căroră „Contractul încetează, în condițiile legii, prin executare, acordul de voință al părților, denunțare unilaterală, expirarea termenului, îndeplinirea sau, după caz, neîndeplinirea condiției, imposibilitate fortuită de executare, precum și din orice alte cauze prevăzute de lege; La încetarea contractului părțile sunt liberate de obligațiile

asumate. Ele pot fi însă ținute la repararea prejudiciilor cauzate și, după caz, la restituirea, în natură sau prin echivalent, a prestațiilor primite în urma încheierii contractului”, Consiliul constată că „epuizarea efectelor” contractelor nu constituie o posibilitate legală de încetare a contractului, fapt pentru care constată că o astfel de prevedere conduce la stabilirea unui cadru contractual nedeterminat sub aspectul valabilității, motiv pentru care Consiliul va dispune eliminarea art. 5.5 din proiectul de contract.

Articolul 8.2 - *„Prestatorul trebuie să solicite aprobarea prealabilă în scris a Beneficiarului înainte de încheierea unui contract de subcontractare. Această aprobare va fi acordată avându-se în vedere serviciile care urmează a fi subcontractate și identitatea subcontractantului propus. Introducerea/înlocuirea unui subcontractor nu trebuie să conducă la modificarea propunerii tehnice sau financiare inițiale. Beneficiarul, cu respectarea prevederilor Articolului 6 din prezentul Contract de Servicii, va notifica decizia sa Prestatorului în termen de 30 de zile de la data primirii notificării, motivând decizia sa în cazul respingerii aprobării”,* a fost criticat de către SC ... SRL și SC ... SRL, ambele contestatoare solicitând să se prevadă un termen de aprobare a unui subcontractor care să nu depășească 5 zile lucrătoare.

Cu privire la acest articol, în conformitate cu prevederile art.256³ alin.(1) din OUG 34/2006, autoritatea contractantă a publicat în SEAP, la data de 19.06.2014, următoarea măsură de remediere nr. 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”.*

Constatând că termenul de 10 zile de la data primirii notificării constituie un termen rezonabil pentru aprobarea unui subcontractor, Consiliul va menține măsura de remediere dispusă de autoritatea contractantă.

Art. 8.11 a fost criticat de SC ... SRL, iar prin măsura de remediere nr. 3, autoritatea contractantă a eliminat art. 8.11 din formularul de contract, motiv pentru care critica va fi respinsă ca rămasă fără obiect.

Art. 8.12 a fost criticat de către SC ... SRL și SC ... SRL, iar prin măsura de remediere nr. 4, autoritatea contractantă a eliminat art. 8.12 din formularul de contract, motiv pentru care critica va fi respinsă ca rămasă fără obiect.

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/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”, a fost criticat de către SC ... SRL și SC ... SRL.

SC ... SRL solicită eliminarea art. 8.13 iar SC ... SRL indică următoarea măsură de remediere: „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 respinși în cadrul procedurii de atribuire a prezentului contract de servicii și a căror ofertă financiară a fost inferioară Prestatorului, întrucât nerespectarea acestei obligații este considerată indicator de fraudă potrivit prevederilor OUG nr. 66/2011 cu modificări și completări ulterioare”.

Cu privire la acest articol, în conformitate cu prevederile art.256³ alin.(1) din OUG 34/2006, autoritatea contractantă a publicat în SEAP, la data de 19.06.2014, următoarea măsură de remediere nr. 5: Modificarea articolului 8.13 după cum urmează: „În situația în care este necesară înlocuirea unui subcontractant, Prestatorul are obligația de a nu încheia un nou contract de subcontractare cu niciunul/oricare dintre ofertanții declarați necâștigători în cadrul procedurii de atribuire a prezentului contract de servicii, întrucât nerespectarea acestei obligații este considerată indicator de fraudă potrivit prevederilor OUG nr. 66/2011 cu modificări și completări ulterioare”.

Consiliul apreciază că prin măsura de remediere dispusă, autoritatea contractantă s-a conformat prevederilor O.U.G. nr. 66/2011 și a restrâns interdicția de a încheia un contract de subcontractare doar asupra ofertanților declarați necâștigători, astfel

încât măsura de remediere nr. 5 dispusă de autoritatea contractantă va fi menținută.

Contestatoarea SC ... SRL, 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.

Criticile generale cu privire la art. 10 – Obligații generale ale prestatorului, art. 11 – Obligații specifice ale prestatorului, art. 18 – Personalul și echipamentul, art. 19 – Înlocuirea personalului, art. 20 – Zilele și orele lucrătoare și art. 27 – Plăți, vor fi respinse ca nefondate, dat fiind faptul 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 remedieri în caz de încălcare a contractului.

În acest context, Consiliul nu apreciază ca fiind necesară o reformulare sau o repositionare a articolelor în cadrul contractului, astfel cum a propus contestatoarea.

În ceea ce privește critica autoarei contestației referitoare la existența unui „dezechilibru contractual între drepturile și obligațiile părților”, va fi respinsă ca nefondată pentru următoarele motive:

Definiția contractului de achiziție publică, stipulată de art. 3 lit. f) din OUG nr. 34/2006, este următoarea: *„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”.*

Conform Legii nr. 554/2004 privind contenciosul administrativ Art. 1 alin. (1) lit. c), actul administrativ este „*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*”.

Având în vedere cele mai sus menționate, Consiliul constată că regimul juridic al contractului în discuție este unul special. Fiind un contract cu ajutorul căruia autoritatea contractantă își realizează o parte din sarcinile sale, regimul juridic aplicabil acestui contract este unul preponderent de drept public, având și clauze care pot fi negociate fapt care îi conferă un regim mixt de drept public și privat. Prerogativele de drept public la îndemâna autorității contractante constau în faptul că se încheie contractul pentru realizarea unor sarcini ale interesului public ceea ce pune autoritatea contractantă într-o poziție privilegiată cu posibilitatea de a impune unele clauze în contract, de a controla modul de executare și chiar de reziliere a contractului. Voința autorității contractante ca parte a acestui contract este subordonată realizării interesului general.

Fiind încheiat în vederea realizării unei competențe a administrației publice, acest contract se deosebește de contractul de drept comun, privat, el având o natură juridică preponderent de adeziune și mai puține clauze negociate.

Acesta a fost și motivul pentru care legiuitorul a înțeles să precizeze în mod clar natura juridică a acestui contract, înainte de intrarea în vigoare a OUG nr. 77/2012, contractul de achiziție publică fiind definit ca un „contract comercial”.

Legislația în vigoare în materia achizițiilor publice conține reglementări cu privire la procedura de atribuire a contractelor de achiziție publică și nu reglementări cu privire la conținutul contractelor care urmează a se încheia, ceea ce raportat la cele reținute anterior face ca în realitate conținutul acestora, să rămână, în general, la aprecierea autorității contractante care își cunoaște cel mai bine

interesele, va fi parte în contract și va urmări îndeaproape realizarea 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”,* a fost criticat de către SC ... SRL.

Consiliul are în vedere că, potrivit definiției din contract - „Managerul de Proiect: persoana fizică sau juridică responsabilă cu monitorizarea implementării Contractului de Servicii în numele Beneficiarului” este, ca și Prestatorul, un angajat al beneficiarului, căruia autoritatea contractantă i-a acordat deplină încredere astfel încât Consiliul apreciază 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.

Nimic nu împiedică prestatorul să anunțe și beneficiarului despre notificarea în cauză, respectiv despre existența situației conflictuale/diferendului existente/existent între prestator și managerul de proiect, iar în final dacă situația nu se soluționează în mod direct, pe cale amiabilă, se pot pune în aplicare prevederile art. 39 - Soluționarea litigiilor.

Având în vedere cele mai sus menționate, Consiliul va respinge ca nefondată această critică.

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 oricăror prejudicii decurgând dintr-un astfel de conflict de interese”, a fost criticat de către SC ... SRL, SC ... SRL și SC ... SRL.

În analiza acestei critici, Consiliul are în vedere prevederile art. 66 din O.U.G. nr. 34/2006 conform cărora, 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 și cele ale art.69² din același act normativ, care impun obligația autorității contractante de a preciza în fișa de date/invitația de participare/anunțul de participare numele persoanelor ce dețin funcții de decizie în cadrul autorității contractante, concomitent cu obligarea ofertanților de a prezenta o declarație pe proprie răspundere privind neîncadrarea în prevederile art. 69¹ din O.U.G. nr. 34/2006.

De asemenea, Consiliul are în vedere faptul că, în situația ivirii 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 că nu se justifică plata unei penalități din partea prestatorului.

Prin urmare, se constată că prevederea contractuală este disproporționată, fapt pentru care Consiliul va dispune eliminarea din cuprinsul articolului 13.2 a părții finale constituită de mențiunea: *„În vederea înlăturării oricărui dubiu, Părțile convin că înlocuirea oricărui membru al personalului Prestatorului decurgând dintr-un conflict de interese va fi considerată o nerespectare a obligațiilor contractuale ale acestuia, caz în care acesta va fi obligat la plată către Beneficiar a unei penalități în cuantum de 0,1% din Prețul Contractului pentru fiecare persoană înlocuită. Aceasta nu va aduce atingere dreptului Beneficiarului de a solicita și obține repararea oricăror prejudicii decurgând dintr-un astfel de conflict de interese”.*

Art. 16.1 – „Studiul de Fezabilitate și orice rapoarte și date precum: hărți, diagrame, schițe, instrucțiuni, planuri, statistici,

calcul, 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”, a fost criticat de către SC ... SRL și SC ... SRL.

Consiliul apreciază ca întemeiată această critică deoarece prevederile contractuale trebuie să protejeze atât interesele beneficiarului cât și cele ale prestatorului, astfel încât se impune ca transmiterea dreptului de proprietate a documentelor elaborate de prestator în executarea contractului de servicii, să se facă la momentul plății acestora fiind o garanție a faptului că autoritatea contractantă își va îndeplini obligațiile referitoare la plata contractului.

Astfel, prevederea contractuală privind transferul dreptului de proprietate asupra Studiului de Fezabilitate final și a oricăror rapoarte și date, „..., pe măsură ce sunt produse” va fi înlocuită cu prevederea: „... după plata serviciilor prestate pentru elaborarea respectivelor documente”.

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”, a fost criticat de către SC ... SRL și SC ... SRL.

Raportat la criticile formulate, Consiliul constată că autoritatea contractantă a prevăzut dreptul său de a respinge personalul propus pentru desfășurarea 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.

În aceste condiții, Consiliul va obliga autoritatea contractantă să completeze ultima frază articolului cu menționarea obligației sale de a motiva respingerea personalului ales de prestator, stabilind și un termen de respingere de la data primirii notificării.

Contestatoarea SC VIA DESINGN SRL enunță ca fiind atacate și dispozițiile art. 18.3 și 18.4 (1) din contract, însă în lipsa unor critici concrete, dispozițiile acestor articole vor fi menținute.

Art. 18.4 (2) și (3) – *„(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 Oferta, penalitate ce va fi calculată începând cu data la care propunerea a fost respinsă de către Beneficiar până la momentul transmiterii de către Prestator a unei alte propuneri de personal în conformitate cu cerințele stabilite în Anexa I - Caiet de Sarcini. Noua propunere trebuie transmisă de către Prestator în maxim 30 de zile”, a fost criticat de SC ... SRL și SC ... SRL.

Raportat la critica analizată, în condițiile în care documentația de atribuire conține respectarea unor termene precise de către prestator, Consiliul apreciază că acesta este 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 disproporționată, autoritatea contractantă având posibilitatea de a plăti doar perioada efectiv lucrată de aceștia.

Prin urmare, Consiliul constată caracterul fondat al criticilor, motiv pentru care le va admite și va dispune eliminarea acestor prevederi.

Contestatoarea SC VIA DESINGN SRL critică prevederile art. 18.4 (4) - *„Pentru toată perioada de la data de începere a contractului notificată de către Beneficiar până la data acceptării de către*

Beneficiar a noii propuneri transmise de către Prestator pentru schimbarea personalului, costurile suplimentare generate de înlocuirea personalului incumbă Prestatorului". Consiliul are în vedere că prestatorul are întreaga responsabilitate în ceea ce privește personalul propus pentru derularea contractului, astfel încât în situația în care este necesară înlocuirea unor persoane care au fost deja aprobate de către beneficiar, în măsura în care vor fi generate costuri suplimentare, acestea vor fi suportate de către ofertantul declarat câștigător.

Prin urmare, Consiliul constată caracterul nefondat al criticilor formulate de S.C. ... S.R.L. motiv pentru care le va respinge.

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 sau a absenței înlocuitorului acestuia”, a fost criticat de către SC ... SRL și SC ... SRL.

În soluționarea acestei critici, Consiliul are în vedere aceleași considerente ca în cazul celor reținute în analiza art. 18.4 (2) și (3), ofertantul fiind 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 de luare a oricăror altor măsuri pentru a compensa absența temporară a vreunuia dintre experți.

Prin urmare, Consiliul apreciază că teza a-II-a a articolului criticat este excesivă, motiv pentru care dispune eliminarea mențiunii „În acest caz, Beneficiarul nu va efectua nici o plată pentru perioada absenței expertului sau a absenței înlocuitorului acestuia” din cuprinsul art. 18.4 alin. (5).

În ceea ce privește critica SC ... SRL referitoare la faptul că „prestatorul urmează să suporte penalități de întârziere din prețul total al contractului, indiferent de partea executată din acesta”, Consiliul o apreciază ca fiind întemeiată deoarece reprezintă o încălcare a dispozițiilor Legii nr. 72/2013, potrivit căreia, penalitățile pot fi aplicate doar obligațiilor rămase neexecutate din contract. Sub acest aspect se impune modificarea clauzelor ce permit autorității contractante să aplice penalități de întârziere raportat la întregul preț al contractului.

Art. 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”, a fost criticat de către SC ... SRL și SC ... SRL.

Pentru aceleași considerente avute în vedere la analiza criticilor formulate la art. 18.4 (5) din contract, Consiliul va înlătura clauza penală prevăzută la acest articol.

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”, a fost criticat de către SC ... SRL, SC ... SRL și SC ... SRL.

Cu privire la acest articol, în conformitate cu prevederile art.256³ alin.(1) din OUG 34/2006, autoritatea contractantă a publicat în SEAP, la data de 19.06.2014, următoarea măsură de remediere nr. 6: Modificarea articolului 19.5 din Contractul de servicii după cum urmează: „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. 19.5, prestatorul fiind direct răspunzător de modul în care personalul propus își va îndeplini obligații stabilite, precum și de înlocuire a personalului propus, motiv pentru care va admite criticile formulate de contestatori și va dispune înlăturarea clauzei penale prevăzută la acest articol.

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 nicio plată pentru perioada absenței expertului sau a absenței înlocuitorului acestuia”, a fost criticat de către SC ... SRL, SC ... SRL și SC ... SRL.

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”*.

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”, a fost criticat de către SC ... SRL sub aspectul stabilirii unui termen contractual în care autoritatea contractantă are obligația de a aproba fiecare expert

propus/înlocuit de către prestator ulterior semnării contractului de servicii.

Cu privire la acest articol, în conformitate cu prevederile art.256³ alin.(1) din OUG 34/2006, autoritatea contractantă a publicat în SEAP, la data de 19.06.2014, următoarea măsură de remediere nr. 7: Modificarea articolului 19.8 din Contractul de servicii după cum urmează: „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”.

Constatând că termenul de 10 zile este un termen rezonabil pentru aprobarea și/sau înlocuirea experților, Consiliul va menține măsura de remediere dispusă de autoritatea contractantă și va respinge ca fiind rămasă fără obiect această critică.

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”, a fost criticat de către SC ... SRL .

Constatând că disponibilitatea pentru unii dintre experții tehnici solicitați (Expert Geotehnica și Fundații, Arheolog, etc.) nu trebuie asigurată pentru întreaga perioadă contractuală, ci pentru o perioadă limitată (de exp.: 4 luni), Consiliul apreciază ca fiind întemeiată critica autoarei contestației, fiind necesară modificarea art. 19.8 astfel: „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 în aceeași perioadă pentru care serviciile lor sunt solicitate în cadrul prezentului contract, 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”.

Art. 19.10 – „Nerespectarea obligațiilor cu privire la personalul propus în cadrul ofertei, precum și a personalului propus spre înlocuire de către Prestator potrivit prevederilor articolelor din prezentul Contract 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”, a fost criticat de către SC ... SRL.

Consiliul reține ca fiind relevante în soluționare prevederile O.U.G. nr. 66/2011 și ale H.G. nr. 875/2011 unde, în anexa nr. 1, sunt prezentați indicatorii de fraudă, printre care și cei referitori la costurile suportate cu forța de muncă, motiv pentru care respinge criticile formulate ca fiind neîntemeiate.

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”, a fost criticat de către SC ... SRL, SC ... SRL și SC ... SRL, sub aspectul părții finale, și anume: „Beneficiarul va avea dreptul să se opună deciziei Prestatorului cu privire la contul bancar”.

Cu privire la acest articol, în conformitate cu prevederile art.256³ alin.(1) din OUG 34/2006, autoritatea contractantă a publicat în SEAP, la data de 19.06.2014, următoarea măsură de remediere nr. 8: Modificarea articolului 19.8 din Contractul de servicii după cum urmează: „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”, eliminând partea finală și anume: „Beneficiarul va avea dreptul să se opună deciziei Prestatorului cu privire la contul bancar”, în aceste condiții critica autoarei contestației apare ca fiind rămasă fără obiect.

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” , a fost criticat de către SC ... SRL, SC ... SRL și SC ... SRL.

Cu privire la acest articol, în conformitate cu prevederile art.256³ alin.(1) din OUG 34/2006, autoritatea contractantă a publicat în SEAP, la data de 19.06.2014, următoarea măsură de remediere nr. 9: Modificarea articolului 26.2 din Contractul de servicii după cum urmează: „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”.

Întrucât autoritatea contractantă a stabilit un termen de emitere a notificării sale (indiferent dacă acesta conține un accept sau un refuz) este implicit că neemiterea ei echivalează cu o acceptare. În consecință, Consiliul consideră că se impune completarea clauzei, așa cum a fost conținută de măsura de remediere nr. 9, că, în cazul lipsei notificării în termen se consideră că rapoartele sau documentele sunt aprobate de beneficiar (concordant cu solicitarea SC ... SRL). În același timp, Consiliul consideră neîntemeiate solicitările aceleiași contestatoare de obligare a autorității contractante la emiterea unui răspuns în 3 zile de la solicitarea prestatorului și la plata unei penalități corelative depășirii termenului acesta.

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

Art. 27.1 conform căruia plățile se fac conform unui tabel este criticat de către contestatoarea SC ... SRL sub următoarele aspecte:

- să se elimine condiționarea plăților de aprobarea Rapoartelor financiare cuprinzând documentele justificative ale cheltuielilor;
- să se prevadă efectuarea plăților în baza:
 - a) studiilor/activităților executate de Prestator, recepționate de autoritatea contractanta; și
 - b) facturilor emise de Prestator conform Propunerii financiare;

- să se elimine clauzele privind verificarea și aprobarea tuturor documentelor justificative pentru fiecare cheltuială a prestatorului.

Aceste critici trebuie analizate prin raportare la prevederile punctului III, Litera A, Anexa 3 Livrabile din Caietul de Sarcini (pg.99) Rapoarte Financiare: *„Rapoartele financiare intermediare vor detalia toate activitățile, studiile, zilele efectiv lucrate de fiecare expert în parte, onorariile experților, toate costurile și cheltuielile la care este îndreptățit acesta, cu respectarea condițiilor contractuale. Rapoartele financiare intermediare se vor emite după aprobarea studiilor, rapoartelor, etc. de către Beneficiar. Aceste rapoarte financiare vor conține documente justificative necesare din care să rezulte suma exactă de plată. Se vor întocmi în baza Propunerii Financiare a Prestatorului”.*

Analizând susținerile părților, Consiliul apreciază că nu pot fi reținute susținerile autorității contractante referitoare la necesitatea decontării pe bază de documente justificative, respectiv invocarea dispozițiilor art. 52 alin. (6) din Legea nr. 500/2002 care prevede că: *„Efectuarea plăților, în limita creditelor bugetare aprobate, se face numai pe bază de acte justificative, întocmite în conformitate cu dispozițiile legale, și numai după ce acestea au fost lichidate și ordonanțate potrivit prevederilor art. 24 și 25, după caz”*, deoarece în speță, acte justificative, sunt contractul, documentul care consemnează recepționarea de către autoritatea contractantă a studiilor/activităților executate de prestator, raportul financiar aprobat expres sau tacit, factura eliberată de către prestator după parcurgerea etapelor prevăzute în contract, și în nici un caz documentele justificative (chitanțe, bonuri, facturi) care stau la baza costurilor înregistrate de prestator în executarea serviciilor.

Constatând că în speță urmează a se atribui un contract de servicii, Consiliul apreciază că este excesivă clauza conform căreia autoritatea contractantă impune decontarea prețului contractului pe baza documentelor justificative pentru toate costurile și cheltuielile la care este îndreptățit Prestatorul, *„din care să rezulte suma exactă de plată”*.

În condițiile în care obiectul Contractului ce face obiectul procedurii de achiziție publică este unul de rezultat (elaborarea și predarea unor documentații tehnice: Studiu de Fezabilitate, Studiu de Arheologie, Documentație de Atribuire, etc.), iar conform modelului de Propunere Financiară, Anexa C la Formularul nr. 26 din Formulare,

fiecare documentație tehnică și activitate a Prestatorului este prețuită în mod distinct cu un preț fix, Consiliul apreciază că documentul justificativ pentru plata serviciilor executate este factura emisă de Prestator, după parcurgerea etapelor prevăzute în contract, inclusiv recepția serviciilor ce urmează a fi plătite, cu respectarea prețului prevăzut în Propunerea Financiară pentru respectiva documentație, astfel încât Consiliul apreciază că este excesivă condiționarea plăților de verificarea/recepția tuturor documentelor justificative pentru fiecare articol/cost/cheltuială a Prestatorului.

În acest sens urmează a se elimina din întreaga documentație de atribuire orice clauză ori referire privind verificarea și aprobarea de către beneficiar a documentelor justificative care stau la baza costurilor înregistrate de prestator în executarea serviciilor, precum și cuprinderea acestora în cadrul rapoartelor financiare, a căror utilitate este însă constatată de către Consiliu.

În consecință, Consiliul va admite în parte criticile contestatoarei cu privire la acest aspect, eliminând din cuprinsul întregii documentații de atribuire clauzele ori referirile privind verificarea și aprobarea de către beneficiar a tuturor documentelor justificative pentru fiecare cheltuială a prestatorului, însă menținând obligația prezentării de către prestator, înainte de efectuarea plății de către beneficiar, a rapoartelor financiare din care să rezulte valoarea fiecărei documentații tehnice așa cum este aceasta menționată în propunerea financiară.

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. Pentru prezentul Contract de servicii termenul contractual de plată este prevăzut la 60 de zile, având în vedere complexitatea rapoartelor, volumul mare al documentelor de verificat și aprobat înainte de realizarea plăților, precum și accesul la fondurile necesare efectuării plăților, fiind vorba despre un proiect de infrastructură rutieră de interes major”, a fost criticat de către SC ... SRL.

Consiliul constată că termenul de plată de 60 de zile este în conformitate cu dispozițiile art. 7 alin. (1) din Legea nr. 72/2013, iar prin măsura de remediere dispusă cu privire la art. 26.2, respectiv „completarea clauzei, așa cum a fost conținută de măsura de remediere nr. 9, că, în cazul lipsei notificării în termen se consideră că

rapoartele sau documentele sunt aprobate de beneficiar”, a fost introdusă acceptarea tacită. Astfel, solicitarea contestatoarei ca în cadrul art. 27.7 să se prevadă că plata serviciilor executate se face „în termen de maxim 60 de zile de la aprobarea expresă sau tacită a acestora”, apare ca fiind rămasă fără obiect, întrucât art. 27.7 face vorbire generic despre aprobarea Rapoartelor de către Beneficiar, iar având în vedere măsurile de remediere dispuse de Consiliu cu privire la art. 26.2, în cadrul prezentului contract vor putea exista atât aprobări exprese cât și aprobări tacite.

Art. 27.8 alin. (1) a fost criticat de către SC ... SRL.

Cu privire la acest articol, în conformitate cu prevederile art.256³ alin.(1) din OUG 34/2006, autoritatea contractantă a publicat în SEAP, la data de 19.06.2014, măsura de remediere nr. 11, prin care a eliminat articolul 27.8 (1) din Contractul de servicii, în aceste condiții critica rămânând fără obiect.

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)”, a fost criticat de către SC ... SRL și SC ... SRL care consideră clauza în dezechilibru cu penalitățile percepute de beneficiar.

Consiliul apreciază ca fiind nefondată această critică având în vedere natura juridică specială a contractului de achiziție publică la Consiliul s-a referit în prezenta motivare, precum și faptul că prin măsurile dispuse de Consiliu și măsurile de remediere luate de către autoritatea contractantă au mai fost eliminate din penalitățile care urmau a fi percepute prestatorului.

Pe de altă parte, Consiliul constată că respectiva clauză a fost impusă cu respectarea dispozițiilor art. 20 alin. (21) din Legea privind măsurile pentru combaterea întârzierii în executarea obligațiilor de plată a unor sume de bani rezultând din contracte încheiate între profesioniști și între aceștia și autorități contractante nr. 72/2013 conform cărora „În raporturile dintre profesioniști și între aceștia și autoritățile contractante, dobânda legală penalizatoare se stabilește la nivelul ratei dobânzii de referință plus 8 puncte procentuale”.

În aceste condiții, criticile formulate de cele două contestatoare mai sus menționate sunt neîntemeiate.

Art. 27.14 (b) a fost criticat de către SC ... SRL. (în cuprinsul contestației se menționează în mod greșit art. 27.13), precum și de SC ... SRL. Articolul în discuție prevede următoarele: „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” și a fost criticat de către SC ... SRL.

Analizând criticile formulate, Consiliul apreciază că acestea sunt întemeiate întrucât autoritatea contractantă nu a detaliat împrejurările care interferează sau amenință să interfereze cu finalizarea cu succes a contractului, lăsând la libera apreciere a beneficiarului să stabilească dacă acestea sunt de natură să suspende executarea contractului. Sintagma „orice altă împrejurare” are un caracter general care poate da naștere unor abuzuri, motiv pentru care Consiliul va dispune eliminarea lit. b) din art. 27.14. al contractului.

Art. 28.4 – „Comisioanele bancare rezultate din restituirea sumelor datorate Beneficiarului vor fi suportate în întregime de către Prestator”, a fost criticat de către SC ... SRL prin raportare la prevederile art. 28.1 care prevede următoarele: „Prestatorul va restitui orice sume convenite Beneficiarului și care i-au fost plătite în plus față de valoarea certificată, în 30 de zile de la primirea unei cereri în acest sens”.

Consiliul va respinge ca neîntemeiată această critică, considerând relevante susținerile autorității contractante din cadrul punctului de vedere referitoare la faptul că „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. (...). Având în vedere că plata se face după emiterea facturilor, considerăm 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”.

Astfel fiind, de vreme ce la virarea sumelor necuvenite prestatorului, autoritatea contractantă este cea care suportă comisioanele bancare, este normal ca, la restituirea sumelor necuvenite, cel care a beneficiat de uzul acestora o anumită perioadă de timp să suporte comisioanele bancare presupuse de restituirea sumelor bănești în discuție.

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:

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

2. 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”, a fost criticat de către SC ... SRL sub aspectul acceptării și a unei polițe de asigurare, sens în care se solicită eliminarea punctului 2 și a ultimului alin. al articolului.

Considerând ca fiind relevante susținerile autorității contractante din cuprinsul punctului de vedere, Consiliul reține 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 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”.

Art. 90 (1) din HG nr. 925/2006 stipulează că: „De regulă, garanția de bună execuție se constituie printr-un instrument de garantare emis în condițiile legii de o societate bancară sau de o societate de asigurări, care devine anexă la contract. Prevederile art. 86 alin. (2)-(4) se aplică în mod corespunzător”.

În aceste condiții, întrucât societățile de asigurare emit și scrisori de garanție pe care le menționează ca făcând parte din polița de asigurare, împreună cu Condițiile speciale și Condițiile generale, Consiliul apreciază că în speță se impune menținerea clauzelor contestate, ca o măsură de protecție a autorității contractante, deoarece, în practică, pot apărea contradicții majore între prevederile Condițiilor Speciale și Condițiilor Generale ale poliței (care trebuie acceptate de Beneficiar prin semnarea Condițiilor) și prevederile Scrisorii de Garanție, situație în care poate deveni imposibilă plata sumei asigurate în eventualitatea întocmirii unei cereri de plata transmisă societății de asigurări de către Beneficiar.

În plus, aceeași impunere este prevăzută pentru toți operatorii economici interesați la procedura de atribuire, motiv pentru care critica va fi respinsă ca nefondată.

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” și 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”, au fost criticate de către SC ... SRL.

Consiliul reține ca fiind relevante precizările autorității contractante exprimate în punctul de vedere 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, (...) 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. 30 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.

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”, a fost criticat de către SC ... SRL, SC ... SRL și SC ... SRL.

Cu privire la acest articol, în conformitate cu prevederile art.256³ alin.(1) din OUG 34/2006, autoritatea contractantă a publicat în SEAP, la data de 19.06.2014, următoarea măsură de remediere nr. 12: 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”.

Raportat la aspectele criticate și măsurile de remediere dispuse de către autoritatea contractantă, Consiliul va respinge această critică.

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 această

suspendare. În cazul în care Beneficiarul suspendă executarea Contractului de servicii, durata acestuia se va prelungi cu perioada în care a fost suspendat”, a fost criticat de către SC ... SRL, SC ... SRL și SC ... SRL.

În condițiile în care suspendarea contractului produce efecte asupra plăților care trebuie efectuate către Prestator, dar și asupra serviciilor care trebuie prestate pentru Beneficiar, Consiliul apreciază că o plată pentru un serviciu suspendat, așadar pentru un serviciu neprestat/nerecepționat reprezintă o plată nedatorată.

Astfel, suspendarea contractului de servicii are efecte asupra ambelor părți contractante, în consecință solicitările contestatoarelor pentru plata cheltuielilor suplimentare, apar ca fiind neîntemeiate, motiv pentru care critica va fi respinsă.

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”, a fost criticat de către SC ... SRL și SC ... SRL.

Consiliul reține ca fiind relevante susținerile autorității contractante din punctul de vedere conform căroră acest articol are la bază dispozițiile art. 36 din Legea nr. 356/2013 a Bugetului de stat pe anul 2014 potrivit căroră *„(1) În termen de 30 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”.

În condițiile în care clauza criticată este impusă în virtutea unor obligații legale exprese, criticile vor fi respinse ca nefondate.

Art. 32.4 – *„Pentru orice prejudiciu cauzat prin executarea în mod necorespunzător de către Prestator a Serviciilor care fac obiectul prezentului Contract, Beneficiarul va avea dreptul la despăgubiri, inclusiv în perioada executării lucrărilor de construcții aferente. Valoarea despăgubirilor o reprezintă cheltuielile suportate de Beneficiar cu remedierea lucrărilor executate în mod necorespunzător ca urmare a neconformităților documentațiilor efectuate de către Prestator, neconformități rezultând din nerespectarea de către Prestator a obligațiilor ce-i revin prin prezentul contract și a prevederilor HG nr. 28/2008 privind aprobarea conținutului-cadru al documentației tehnico-economice aferente instituțiilor publice, precum și a structurii și metodologiei de elaborare a devizului general pentru obiective de investiții și lucrări de investiții. Cu titlul de exemplu, menționăm în acest context neconformități privind studii geotehnice, geologice, hidrologice, hidrogeotehnice, fotogrametrice, topografii, studii de stabilitate a terenului, situația existentă a unităților, etc.”, a fost criticat de către SC ... SRL.*

Constatând natura complexă a contractului de achiziție în cauză, așa cum reiese aceasta din cuprinsul caietului de sarcini pag. 13 – 14 și următoarele, Consiliul apreciază că în cazul întocmirii unor documentații neconforme de către prestator ca urmare a nerespectării obligațiilor ce-i revin prin prezentul contract și a prevederilor HG nr. 28/2008, se impune ca acesta să răspundă și după împlinirea duratei contractului, aprobarea de către beneficiar a documentației tehnico-economice și plata de către acesta a serviciilor efectuate de prestator, respectiv după restituirea garanției de bună execuție asupra căreia se puteau ridica pretenții oricând pe parcursul derulării contractului de servicii.

Astfel, Consiliul apreciază că la momentul aprobării documentației tehnico-economice se face o verificare formală a respectării prevederilor HG nr. 28/2008, fiind posibil ca neconformitatea documentațiilor privind studii geotehnice, geologice, hidrologice, hidrogeotehnice, fotogrametrice, topografii, studii de stabilitate a terenului, situația existentă a unităților etc., să poată fi

constată abia ulterior, respectiv în perioada executării lucrărilor de construcții aferente.

În aceste condiții, pe baza unei acțiuni în justiție întemeiată pe răspunderea contractuală, beneficiarul ar putea obține despăgubiri, respectiv cheltuielile suportate de acesta cu remedierea lucrărilor executate în mod necorespunzător ca urmare a neconformităților documentațiilor efectuate de către Prestator, neconformități rezultând din nerespectarea de către Prestator a obligațiilor ce-i revin prin prezentul contract și a prevederilor HG nr. 28/2008.

Aceasta cu atât mai mult cu cât art. 43 alin.(6) lit. a) din Legea nr. 500/2002 prevede că: „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”.

Având în vedere cele mai sus menționate, Consiliul va respinge ca nefondată această critică a contestatoarei.

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 datorită 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 30 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 30 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”, a fost criticat de SC ...

SRL în sensul solicitării de a se stipula că autoritatea contractanta poate aplica sancțiunile specificate în art.33.1 numai în baza unei hotărâri judecătorești definitive care stabilește că Prestatorul este vinovat de fals în declarații ori că și-a încălcat în mod grav obligațiile contractuale în cadrul unui contract anterior de achiziție publică.

Consiliul va respinge ca nefondată această critică raportat la susținerile autorității contractante referitoare la faptul că în baza 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 sau tentativă 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 pentru Lupta antifraudă 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 consecință, vinovăția prestatorului se va stabili de organele competente și în condițiile legii, motiv pentru care Consiliul va respinge ca nefondată această critică.

Art. 33.2 a fost criticat de către SC ... SRL și SC ... SRL.

Cu privire la acest articol, în conformitate cu prevederile art.256³ alin.(1) din OUG 34/2006, autoritatea contractantă a publicat în SEAP, la data de 19.06.2014, măsura de remediere nr. 13, prin care a eliminat articolul 33.2 din Contractul de servicii, în aceste condiții critica rămânând fără obiect.

Art. 34.3 „Valoarea penalităților va fi de 0,05%/zi de întârziere din Prețul contractului”, a fost criticat de către SC ... SRL.

Consiliul apreciază această critică ca fiind întemeiată deoarece reprezintă o încălcare a dispozițiilor Legii nr. 72/2013, potrivit căroră, penalitățile pot fi aplicate doar obligațiilor rămase neexecutate din contract. Sub acest aspect se impune modificarea clauzei în discuție.

Art. 35.4 a fost criticat de către SC ... SRL și SC ... SRL.

Cu privire la acest articol, în conformitate cu prevederile art.256³ alin.(1) din OUG 34/2006, autoritatea contractantă a publicat în SEAP, la data de 19.06.2014, măsura de remediere nr. 14, prin care a

eliminat articolul 35.4 din Contractul de servicii, în aceste condiții critica rămânând fără obiect.

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” a fost criticat de către SC ... SRL.

Constatând că exprimarea „orice prejudiciu care este descoperit după finalizarea contractului de servicii, ...” este ambiguă, Consiliul apreciază că în speță se impune eliminarea integrală a prevederilor articolului în discuție, pentru respectarea dispozițiilor art. 33 alin. (1) din OUG nr. 34/2006.

Art. 36.8 a fost criticat de către SC ... SRL și SC ... SRL.

Cu privire la acest articol, în conformitate cu prevederile art.256³ alin.(1) din OUG 34/2006, autoritatea contractantă a publicat în SEAP, la data de 19.06.2014, măsura de remediere nr. 15, prin care a eliminat articolul 36.8 din Contractul de servicii, în aceste condiții critica rămânând fără obiect.

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”, a fost criticat de SC ... SRL care a solicitat să se prevadă că despăgubirea nu va avea un quantum care să conducă la depășirea prețului contractului.

Analizând clauza criticată, Consiliul reține că aceasta oferă posibilitatea Prestatorului de a solicita despăgubiri Beneficiarului în situația în care sunt îndeplinite condițiile menționate la art. 37.1 din Contractul de servicii, care prevede că: „În urma unui preaviz de 14 zile acordat Beneficiarului, Prestatorul poate rezilia Contractul de Servicii dacă Beneficiarul nu își îndeplinește obligația de plată conform articolului 27 din Contractul de Servicii”.

Constatând caracterul ambiguu al frazei „Această despăgubire nu va putea avea un quantum care să conducă la depășirea plăților totale efectuate în baza Contractului de Servicii a Prețului Contractului”, precum și ineficiența acesteia în situația în care beneficiarul nu a

efectuat nicio plată până la data rezilierii, Consiliul va admite critica eliminând din cuprinsul art. 36.3 sintagma „plăților totale efectuate în baza Contractului de Servicii a”. În acest caz prejudiciul se va stabili și achita pe baza înțelegerii părților sau în urma unei acțiuni în justiție.

Art. 38.6 a fost criticat de către SC ... SRL și SC ... SRL.

Cu privire la acest articol, în conformitate cu prevederile art.256³ alin.(1) din OUG 34/2006, autoritatea contractantă a publicat în SEAP, la data de 19.06.2014, măsura de remediere nr. 17, prin care a eliminat articolul 38.6 din Contractul de servicii, în aceste condiții critica rămânând fără obiect.

Art. 39.3 a fost criticat de către SC ... SRL și SC ... SRL .

Cu privire la acest articol, în conformitate cu prevederile art.256³ alin.(1) din OUG 34/2006, autoritatea contractantă a publicat în SEAP, la data de 19.06.2014, măsura de remediere nr. 18, prin care a eliminat articolul 39.3 din Contractul de servicii, în aceste condiții critica rămânând fără obiect.

În continuare, Consiliul procedează la analiza criticilor pe care fiecare din cele patru contestatoare le-a formulat cu privire la conținutul Caietului de sarcini.

Primul aspect care va fi analizat reprezintă critica, ce se regăsește atât în cadrul contestației nr. ... formulată de SC ... SRL, cât și în cadrul contestațiilor depuse de SC ... SRL și SC ... SRL, referitoare la prelungirea termenului de elaborare a Studiului de Fezabilitate și prelungirea termenului contractual. SC ... SRL solicită „prelungirea duratei contractului cel puțin la o durată de 24 de luni”.

Analizând Fișa de date a achiziției, Consiliul reține că la punctul II.1.5) - Descrierea succintă a contractului sau a achiziției/achizițiilor, autoritatea contractantă a menționat că obiectul contractului îl reprezintă:

„1. Revizuirea/Actualizare Studiu de fezabilitate pentru Autostrada Sibiu-Pitești, 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 Sibiu-Pitești;

3. Pregătirea documentației de atribuire pentru contractele de lucrări aferente Proiectului Autostrada Sibiu-Pitești, 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)”.

De asemenea, în cadrul caietului de sarcini, la punctele 4.1.1. și 4.1.2., autoritatea contractantă a menționat că Studiul de fezabilitate elaborat de către prestator va sta la baza elaborării Documentației de atribuire pentru contractul de execuție lucrări, prezentând Sumarul activităților, investigațiilor, serviciilor de proiectare, analizelor, evaluărilor, studiilor, etc. pe care Prestatorul le va presta și realiza, în vederea elaborării studiului de fezabilitate, și care va include, fără a se rezuma la, următoarele servicii: ANALIZA LEGISLAȚIEI ȘI A REGLEMENTĂRILOR ÎN VIGOARE; STUDIUL DE TRAFIC; STUDIUL PRIVIND ALTERNATIVE DE TRASEU; INVESTIGAȚII DE TEREN: Studii hidrologice și hidraulice detaliate; Studii geotehnice detaliate – Anexa 1; Studii topografice detaliate; Studiul arheologic - Anexa 2; Alte investigații de sol și materiale; Identificarea proprietarilor, a suprafețelor de teren afectate și raportul de evaluare a acestora; Identificarea utilităților publice; Studiul pedologic; ACTIVITĂȚI DE PROIECTARE: Lucrări de drum, noduri rutiere; Lucrări de poduri/pasaje, podețe și ziduri de sprijin, Consolidări, terasamente și lucrări hidrotehnice; Lucrări de tuneluri; Conectarea rețelei locale de drumuri; Dotări autostradă; Siguranța circulației rutiere; Planul de operare și întreținere; EVALUAREA IMPACTULUI ASUPRA MEDIULUI: Raportul privind impactul asupra mediului (RIM); Studiul de Evaluare Adecvată (SEA); Alte studii de specialitate (S.Sp.M); Planul de management de mediu (PMM); ANALIZA COST - BENEFICIU ȘI MODELUL FINANCIAR; AUTORIZAȚII AVIZE ȘI ACORDURI; ASISTENȚA BENEFICIARULUI ÎN SUSȚINEREA APLICAȚIEI DE FINANȚARE; PREGĂTIREA DOCUMENTAȚIEI DE ATRIBUIRE”:

La punctul 4.3. din același document (pag. 53), autoritatea contractantă a menționat Scopul serviciilor pentru pregătirea documentației de atribuire a contractului pentru proiect și asistența acordată beneficiarului pe durata desfășurării procedurii de achiziție publică, și anume: „Prestatorul va pregăti documentația de atribuire a contractului și va acorda asistență beneficiarului până la atribuirea definitivă a contractului de către beneficiar (...)”.

Relevante în soluționarea acestei critici , sunt și prevederile Caietului de sarcini de la punctele 6.2. și 8.1. , conform cărora

serviciile vor fi îndeplinite de către prestator într-o perioadă de 12 luni de la data începerii contractului, fiind prevăzute, printre altele, următoarele date calendaristice:

- Studiul de fezabilitate preliminar:

- 3 luni de la începere pentru Secțiunea 1 Sibiu-Boița și Secțiunea 5 Curtea de Argeș – Pitești;
- 11 luni de la începere pentru Secțiunea 2 Boița-Racovița, Secțiunea 3 Racovița-Văleni, Secțiunea 4 Văleni-Curtea de Argeș și Secțiunea 6 DN73C Jigveni-Râmnicu Vâlcea

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

- Studiul de fezabilitate final:

- 4 luni de la începere pentru Secțiunea 1 Sibiu-Boița și Secțiunea 5 Curtea de Argeș – Pitești;
- 12 luni de la începere pentru Secțiunea 2 Boița-Racovița, Secțiunea 3 Racovița-Văleni, Secțiunea 4 Văleni-Curtea de Argeș și Secțiunea 6 DN73C Jigveni-Râmnicu Vâlcea.

Analizând conținutul documentației de atribuire, respectiv obiectul principal al serviciilor ce pot fi prestate, este cât se poate de evident că termenele impuse pentru Secțiunile 1 și 5 (3 luni Studiul de fezabilitate preliminar și 4 luni Studiul de fezabilitate final) precum și durata contractului (12 luni) sunt insuficiente.

Impunerea termenelor de 3 și 4 luni pentru Secțiunea 1 Sibiu-Boița și Secțiunea 5 Curtea de Argeș – Pitești, apare ca fiind disproporționată, deoarece trebuie efectuate toate investigațiile de teren (geotehnice, topografice, arheologice, etc.), să fie identificați toți proprietarii, să fie efectuate consultații publice, să fie elaborate proiecte pentru două variante de traseu, să fie obținute și incluse în proiect observațiile JASPERS, AM POST etc.

În analiza acestor critici, se rețin și următoarele prevederi din caietul de sarcini, cap. 8.1. pct. 4, respectiv: Prestatorul va respecta structura Studiului de fezabilitate pe volume, și va cuprinde: „*Studiul de Fezabilitate final care va include toate observațiile Beneficiarului, agenției JASPERS, AMPOST altor autorități implicate în procesul de aprobare și avizare, Raportului de Audit de Siguranță Rutieră, Rezultatul consultațiilor publice, a părților terțe și a autorităților de*

mediu, inclusiv detalii complete pentru toate schimbările aduse la Proiect”, „Avizele, Acordurile, Permisele și alte aprobări obținute se vor preda pe măsură ce se emit, cu predarea unui volum complet împreună cu Acordul de Mediu și cu documentațiile procedurii de mediu care au stat la baza emiterii Acordului de mediu, în termenul contractual”.

Trebuie avut în vedere și faptul că durata contractului de servicii ce urmează a fi atribuit este de 12 luni de la data de începere a contractului, iar obiectul contractului mai cuprinde pe lângă „1. Revizuirea/Actualizare Studiu de fezabilitate pentru Autostrada Sibiu-Pitești (...)” și: „2. Pregătirea documentației necesare în vederea transmiterii aplicației de finanțare din Fonduri Structurale pentru Proiectul Autostrada Sibiu-Pitești; 3. Pregătirea documentației de atribuire pentru contractele de lucrări aferente Proiectului Autostrada Sibiu-Pitești, 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)”.

Stabilirea unui termen de 0 luni pentru activitățile 2 și 3 din obiectul contractului (zero luni - pentru că Studiul de fezabilitate final pentru Secțiunile 2, 3, 4 și 6 se predă la 12 luni de la începere) în care în mod evident nu se pot realiza cele două tipuri de servicii (de la pct. 2 și 3 din obiectul contractului) apare ca fiind excesivă, în condițiile în care acestea se vor realiza pe baza datelor și informațiilor cuprinse în Studiul de fezabilitate final, pentru care, în mod eronat, a fost stabilit un termen de realizare de 4 luni pentru Secțiunea 1 Sibiu-Boița și Secțiunea 5 Curtea de Argeș – Pitești. Termenul de 12 luni pentru Secțiunea 2 Boița-Racovița, Secțiunea 3 Racovița-Văleni, Secțiunea 4 Văleni-Curtea de Argeș și Secțiunea 6 DN73C Jigveni-Râmnicu Vâlcea apare ca fiind acoperitor, motiv pentru care acesta din urmă va fi menținut de Consiliu.

Consiliul reține că raportat la volumul și complexitatea serviciilor ce urmează să fie prestate în cadrul contractului, termenele de 3 și 4 luni impuse de autoritatea contractantă pentru Secțiunea 1 Sibiu-Boița și Secțiunea 5 Curtea de Argeș – Pitești, precum și durata contractului de 12 luni sunt disproporționate și abuzive, relevante în cauză fiind prevederile art. 17 din OUG nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare potrivit cărora autoritatea contractantă are

obligatia de a respecta principiile prevazute la art. 2 alin. (2) in relatia cu operatorii economici interesați să participe la procedura de atribuire, printre care și principiul proporționalității prevăzut la art. 2 alin. (2) lit. e) din OUG nr. 34/2006, 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 volumul și complexitatea serviciilor ce urmează să fie prestate în cadrul contractului atunci când a impus termenele de mai sus, motiv pentru care se impune acordarea unui termen mai lung de predare pentru Studiul de Fezabilitate preliminar și Studiul de Fezabilitate Final, corespunzător Secțiunilor 1 și 5, cât și o majorare a duratei contractului.

Astfel, Consiliul stabilește că termene de 3 și 4 luni corespunzătoare Secțiunilor 1 și 5 trebuie majorate cu cel puțin 1 lună, proporțional cu activitățile care trebuie realizate.

În raport de susținerile autorității contractante din punctul de vedere conform căroră „în ceea ce privește Acord de mediu va aducem 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”, rezultă că după întocmirea studiului de fezabilitate final (12 luni de la începere) este necesar un interval de aprox. 5 luni pentru obținerea Acordului de Mediu. Se va avea în vedere, inclusiv perioada necesară elaborării documentației de atribuire aferentă atribuirii contractului de lucrări, precum și perioada necesară pentru atribuirea de către beneficiar a contractului de lucrări. Așa cum rezultă din punctul 4.3. al caietului de sarcini (pag. 53 - 54), „Prestatorul va pregăti documentația de atribuire a contractului și va acorda asistență beneficiarului până la atribuirea definitivă a contractului de către beneficiar (...)”.

În consecință, Consiliul apreciază că se impune ca autoritatea contractantă să majoreze cu cel puțin 5 luni durata contractului.

Impunerea unor termene nerealiste pentru finalizarea prestațiilor din cadrul contractului generează posibilitatea de prejudiciere a ofertanților, cât și posibilitatea ca autoritatea contractantă să nu beneficieze de servicii de calitate, situație în care ar putea fi nevoită să parcurgă o serie de etape litigioase și să efectueze noi cheltuieli.

Cel de-al doilea aspect care va fi analizat se referă la art. 4.1.3.8. din Caietul de sarcini, dispoziție criticată atât de contestatoarea SC ... SRL, care a solicitat modificarea art. 4.1.3.8 din Caietul de sarcini „Autorizații, avize, acorduri”, în sensul în care „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”, cât și de SC ... SRL care a criticat cerința abuzivă de prestare a unor servicii în afara termenului contractual (art. 11.5 din contract și art. 4.1.3.8 din caietul de sarcini).

Cu privire la acest articol, în conformitate cu prevederile art.256³ alin.(1) din OUG 34/2006, autoritatea contractantă a publicat în SEAP, la data de 19.06.2014, următoarea măsură de remediere nr. 20, care constă în înlocuirea punctului 4.1.3.8 din Caietul de sarcini, care are următorul conținut: „ 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”, 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»)”.

Se constată astfel că, prin măsura de remediere publicată s-a creat un echivoc, în sensul posibilității de interpretare a prelungirii responsabilității elaboratorului SF de menținerea în termen de valabilitate a avizelor, acordurilor, permiselor, aprobărilor și/sau autorizațiilor până la eliberarea procesului-verbal de recepție finală a lucrărilor, respectiv până la epuizarea perioadei de garanției acordată acestora de către un posibil viitor executant.

Într-o astfel de situație, Consiliul se va raporta la prevederile art. 1321-1322 din NCC - „Contractul încetează, în condițiile legii, prin executare, acordul de voință al părților, denunțare unilaterală, expirarea termenului, îndeplinirea sau, după caz, neîndeplinirea condiției, imposibilitate fortuită de executare, precum și din orice alte cauze prevăzute de lege; La încetarea contractului părțile sunt liberate de obligațiile asumate. Ele pot fi însă ținute la repararea prejudiciilor cauzate și, după caz, la restituirea, în natură sau prin echivalent, a prestațiilor primite în urma încheierii contractului”, și art. 1875 alin. (2) – „Beneficiarul este obligat să obțină toate autorizațiile cerute de lege pentru executarea lucrării. În vederea executării acestei obligații, antreprenorul trebuie să coopereze cu beneficiarul, furnizându-i informațiile necesare pe care le deține sau pe care ar trebui să le dețină în considerarea specializării sale”.

Este adevărat că art. 26 din Legea nr. 255/2010 privind exproprierea pentru cauză de utilitate publică, necesară realizării unor obiective de interes național, județean și local prezintă conținutul invocat de autoritatea contractantă, dar, spre a înlătura orice echivoc, autoritatea contractantă trebuia să precizeze că, odată obținute și predate beneficiarului „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”, astfel cum reglementează textul legal invocat, nefiind necesară impunerea vreunei obligații de menținere a valabilității respectivelor documente de către prestator.

Prin urmare, autoritatea contractantă va fi obligată la rectificarea punctului 4.1.3.8 din Caietul de sarcini, la modul: „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, dar nu mai târziu de expirarea contractului de servicii”.

Cu privire la termenul de transmitere a acordului de mediu, contestatoarea SC ... SRL, referitor la art. 3.1. - Ipoteze privind prestarea serviciilor, paragraf 1, pag. 10, propune extinderea termenului de transmitere a Acordului de Mediu până la data emiterii de Autoritățile Competente de Protecția Mediului, iar SC ... SRL solicită să se prevadă ca și etapă contractuală distinctă predarea tuturor avizelor/acordurilor/Acordului de Mediu în termen de 24 de

luni de la data de începere a contractului, evaluată la maxim 3% din Prețul Contractului;

De asemenea, contestatoarea SC ... SRL solicită:

- referitor la art. 6.2, modificarea termenului de transmitere a acordului de mediu din „4 luni de la începere”, cu sintagma „în termen de 10 zile de la data emiterii Acordului de către Autoritățile Competente de Protecția Mediului”;

- se solicită ca Termenul de transmitere a acordului de mediu să fie același pentru toate secțiunile, respectiv „în termen de 10 zile de la data emiterii Acordului de către Autoritățile Competente de Protecția Mediului”, deoarece pentru secțiunile 1 și 5 s-a solicitat transmiterea acordului de mediu la 4 luni de la începerea contractului;

Având în vedere măsura de remediere dispusă de Consiliu referitoare la majorarea cu cel puțin 5 luni a duratei contractului, Consiliul apreciază că în cadrul acestui termen prestatorul poate obține Acordul de mediu, așa încât vor fi respinse solicitările contestatoarelor de modificare a termenului de transmitere a acordului de mediu, rămânând nemodificate prevederile Caietului de sarcini cap. 8.1. pct. 4, respectiv: „Avizele, Acordurile, Permisele și alte aprobări obținute se vor preda pe măsură ce se emit, cu predarea unui volum complet împreună cu Acordul de Mediu și cu documentațiile procedurii de mediu care au stat la baza emiterii Acordului de mediu, în termenul contractual”.

În ceea ce privește solicitarea contestatoarei SC ... SRL de a se prevede ca și etapă contractuală distinctă „predarea tuturor avizelor/acordurilor/Acordului de Mediu în termen de 24 de luni de la data de începere a contractului, evaluată la maxim 3% din Prețul Contractului”, aceasta va fi respinsă, Consiliul constatând că nu este necesară includerea unei noi etape contractuale

„evaluată la maxim 3% din Prețul Contractului”, cu atât mai mult cu cât una dintre criticile contestatoarei vizează faptul că autoritatea contractantă impune în mod artificial valoarea unor componente ale serviciilor de proiectare ca și procent din prețul contractului.

Cu privire la această critică se mai rețin susținerile autorității contractante referitoare la faptul că nu se solicită obținerea Acordului de mediu pe secțiuni, relevante în acest sens fiind prevederile Caietului de sarcini, punctul 4.1.3.6. conform căroră „La momentul finalizării procedurii de mediu și după obținerea Acordului de Mediu, prestatorul are obligația de a transmite la ... tot dosarul care să

conțină documentațiile complete și toată corespondența care a stat la baza emiterii Acordului de Mediu cât și a celorlalte Acte de Reglementare obținute în timpul procedurii”.

În continuare, Consiliul procedează la analiza solicitării contestatoarei SC ... SRL de eliminare a art. 3.2 Riscuri, paragraf 4 (pag. 10) – „Prestatorul își va asuma riscurile generale identificate de Beneficiar, prin participarea sa la procedura de atribuire 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 privire la acest articol, în conformitate cu prevederile art.256³ alin.(1) din OUG 34/2006, autoritatea contractantă a publicat în SEAP, la data de 19.06.2014, următoarea măsură de remediere nr. 19, care constă în introducerea unui nou subparagraf după cum urmează: „Prestatorul își va asuma riscurile generale identificate de Beneficiar prin participarea sa la procedura de achiziție publică precum și prin semnarea contractului și nu va avea nicio pretenție în cazul apariției acestora sau a altora neidentificate mai jos dar posibil să apară, cu excepția cazurilor în care culpa se datorează unor terțe părți. Lipsa culpei va trebui să fie dovedită de către Prestator”.

Luând act de măsura de remediere dispusă de autoritatea contractantă, Consiliul apreciază că aceasta nu satisface interesul contestatoarei de vreme ce SC ... SRL nu a făcut o susținere în acest sens, deși a primit punctul de vedere al autorității contractante. Pentru acest motiv Consiliul procedează la analiza pe fond a solicitării contestatoarei și apreciază că este util ca în cadrul caietului de sarcini autoritatea contractantă să identifice un set de riscuri generale, care pot fi cuantificate de ofertanți la depunerea ofertei, însă nu se pot impune în sarcina prestatorului decât acele riscuri care într-o oarecare măsură depind de acesta, puteau/trebuiau să fie prevăzute, fiind cuantificabile și în nici un caz riscuri care nu sunt identificate, nu pot fi prevăzute și nici măsurate. La întocmirea propunerii financiare, ofertanții trebuie să ia în calcul aceste elemente de risc identificate de către autoritatea contractantă. Apariția pe parcursul derulării contractului a unor riscuri pe care prestatorul nu le putea prevedea în mod rezonabil, poate conduce din partea acestuia la revendicări de timp suplimentar și/sau bani.

În soluționarea acestei critici, Consiliul va avea în vedere dispozițiile Capitolului IV – Răspunderea civilă, Secțiunea a-2-a cauze

exoneratoare de răspundere art. 1351 din NCC care stipulează următoarele:

„(1) Dacă legea nu prevede altfel sau părțile nu convin contrariul, răspunderea este înlăturată atunci când prejudiciul este cauzat de forță majoră sau caz fortuit.

(2) Forța majoră este orice eveniment extern, imprevizibil, absolut invincibil și inevitabil.

(3) Cazul fortuit este un eveniment care nu poate fi prevăzut și nici împiedicat de către cel care ar fi fost chemat să răspundă dacă evenimentul nu s-ar fi produs.

(4) Dacă, potrivit legii, debitorul este exonerat de răspundere contractuală pentru un caz fortuit, el este de asemenea, exonerat și în caz de forță majoră”.

Având în vedere cele de mai sus, Consiliul apreciază că măsura de remediere nr. 19 ar trebui să aibă un alt cuprins, pentru a corespunde interesului ambelor părți, motiv pentru care va obliga autoritatea contractantă la modificarea acesteia în sensul următor: „Prestatorul își va asuma riscurile generale identificate de Beneficiar prin participarea sa la procedura de achiziție publică precum și prin semnarea contractului și nu va avea nicio pretenție în cazul apariției acestora, cu excepția cazurilor în care culpa se datorează unor terțe părți sau unor motive neimputabile acestuia. Lipsa culpei va trebui să fie dovedită de către Prestator”.

Următorul aspect care va fi analizat se referă la criticile comune aparținând atât contestatoarei SC ... SRL (contestația nr. ... - dosar nr. ...) cât și contestatoarei SC ... SRL care se referă la un set de riscuri generale identificate de către autoritatea contractantă în cadrul caietului de sarcini la punctul 3.2. Contestatoarele au solicitat eliminarea acestora din cadrul caietului de sarcini sau, după caz, recunoașterea dreptului prestatorului de a solicita de la autoritatea contractantă anumite costuri suplimentare generate de efectuarea unor activități în plus față de cele preconizate la încheierea contractului.

Astfel, cu privire la:

- Riscul de întârziere între data efectivă de atribuire a contractului și data de începere a prestării serviciilor și investigațiilor care poate influența planificarea globală a proiectului (ex. investigațiile de teren solicitate să fie realizate în timpul iernii);

Consiliul apreciază că prin măsurile de remediere dispuse cu privire la art. 5.3. din contract, respectiv „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”, iar „Data de începere din notificare nu poate depăși 1 lună dar nu mai puțin de 5 zile de la notificare”, Consiliul apreciază că dat fiind termenele clare stipulate, acest risc nu mai este sub controlul niciuneia dintre părți, depinzând doar de factori externi voinței părților, motiv pentru care trebuie eliminat.

- Riscul de întârzieri în obținerea avizelor din partea Autorităților Române, ori plângerile apărute în perioada consultațiilor publice (ex. probleme de mediu, probleme de patrimoniu cultural, etc.) cu impact asupra termenului de finalizare și livrare a studiului de fezabilitate sau a altor servicii și lucrări solicitate conform caietului de sarcini.

Consiliul apreciază că acest risc poate depinde într-o bună măsură și de prestator motiv pentru care va fi menținut.

- Riscul ca planurile de urbanism în aria de desfășurare a traseului proiectului să nu existe sau să fie incomplete. Prestatorul este responsabil de elaborarea acestora în cazul în care nu există sau sunt incomplete. Costurile suplimentare care vor fi suportate de către Prestator.

Consiliul apreciază că acest risc nu depinde de prestator și nu se pot transfera în sarcina acestuia costurile de realizare a acestor documente de vreme ce, la depunerea ofertei, nu se dețin informații cu privire la aceste aspecte, pentru a se putea evalua costul elaborării sau completării planurilor de urbanism în aria de desfășurare a traseului proiectului, motiv pentru care acest risc va fi eliminat, cu atât mai mult cu cât existența acestor planuri de urbanism trebuie aprobată conform dispozițiilor art. 36 alin. (5) lit. c) din Legea nr. 215/2001 de către autoritățile deliberative.

- Riscul să apară întârzieri și/sau alte dificultăți în obținerea de către Prestator a tuturor avizelor, acordurilor, permiselor și a autorizațiilor necesare, având în vedere implicarea mai multor autorități și instituții în emiterea acestora, care pot impune diverse condiții și/sau constrângeri. Imposibilitatea de obținere de către Prestator la timp sau chiar deloc a unuia sau mai multor avize/acorduri poate genera riscuri care pot conduce la imposibilitatea

de obținere a Acordului de Mediu sau a altor autorizații necesare, fapt ce ar determina blocarea realizării proiectului.

Consiliul apreciază că acest risc poate depinde într-o bună măsură și de prestator motiv pentru care va fi menținut.

- Riscul ca anumite ONG-uri și/sau alte organizații similare să reclame și/sau să conteste la CE (Comisia Europeană) studiile și/sau documentațiile elaborate, fapt ce ar putea determina întârzieri majore în implementarea Proiectului și costurile suplimentare care vor fi suportate de către Prestator.

Consiliul apreciază că acest risc nu este sub controlul prestatorului motiv pentru care trebuie eliminat.

- Riscul ca pe parcursul derulării serviciilor solicitate în cadrul acestui caiet de sarcini să apară modificări în legislația și reglementările tehnice aplicabile în domeniul mediului, eventual pot apărea noi arii protejate Natura 2000 sau anumite arii Natura 2000 să fie extinse, iar pentru schimbările apărute pe parcurs, Prestatorul trebuie să țină cont de acestea și va face toate demersurile în vederea obținerii documentelor de reglementare în domeniul protecției mediului.

Consiliul apreciază că apariția acestui risc pe parcursul derulării serviciilor trebuie asumată de către prestator motiv pentru care trebuie menținut. Documentațiile elaborate trebuie să fie în concordanță cu prevederile legislative în vigoare. Se va analiza, de la caz la caz, în funcție de momentul în care apare acest risc, dacă se impune sau nu prelungirea termenului de prestare a serviciilor.

▪ Risc de întârziere din cauza cerințelor speciale formulate de către autoritatea competentă de mediu sau Ministerul Culturii și Patrimoniului Național, în cazul în care traseul propus va afecta situri arheologice cunoscute, identificate sau descoperite în cadrul investigațiilor specifice de teren.

Întrucât la acest moment nu se cunoaște dacă traseul propus va afecta situri arheologice, acest risc nu poate fi asumat de către prestator, motiv pentru care va fi eliminat. Se va analiza de la caz la caz, în funcție de momentul în care apare acest risc, dacă se impune sau nu prelungirea termenului de prestare a serviciilor.

În continuare, Consiliul procedează la analiza următoarelor critici ce aparțin contestatoarei SC ... SRL și au fost menționate în cadrul contestației nr. ... - dosar nr. ...:

- se critică „Riscul și consecințele aferente unor soluții tehnice greșite sau neadaptate, definite de Prestator și rezultate ca urmare a unor investigații/studii geotehnice, hidrologice, topografice, etc. defectuoase sau de slabă calitate sau rezultate în urma unor activități de proiectare defectuoase”.

Consiliul apreciază că apariția acestui risc depinde exclusiv de prestator, motiv pentru care va fi menținut. În calitate de profesionist acesta trebuie să răspundă pentru calitatea serviciilor prestate și soluțiilor propuse, avizarea proiectului de către beneficiar neexonerându-l de răspundere.

- se critica „Riscul ca pe parcursul derulării serviciilor solicitate în cadrul acestui caiet de sarcini să apară modificări în legislația și reglementările tehnice aplicabile în desfășurarea activităților de proiectare, investigațiilor, studiilor, analizelor, etc., necesare elaborării studiului de fezabilitate. Prestatorul va face toate demersurile pentru completarea/ajustarea/refacerea serviciilor și lucrărilor desfășurate până la momentul apariției acestor schimbări și prestarea restului serviciilor și lucrărilor neefectuate în baza noilor cerințe legislative”.

Consiliul apreciază că apariția acestui risc pe parcursul derulării serviciilor trebuie asumată de către prestator motiv pentru care trebuie menținut. Documentațiile elaborate trebuie să fie în concordanță cu prevederile legislative în vigoare. Se va analiza de la caz la caz, în funcție de momentul în care apare acest risc, dacă se impune sau nu prelungirea termenului de prestare a serviciilor.

- se critică „Riscul de întârziere în prestarea serviciilor, în baza observațiilor sau cerințelor speciale formulate de către autoritățile competente de mediu, de către ... ariilor naturale protejate (Situri Natura 2000), de către ONG-uri și/sau alte organizații similare, de către publicul participant la dezbaterile publice sau alți factori implicați în derularea procedurilor de mediu”.

Reținând susținerile autorității contractante referitoare la explicarea sintagmei „cerințe speciale formulate”, în sensul că acestea „sunt informații sau investigații suplimentare solicitate în mod legal, astfel încât raportul la studiul de evaluare a impactului asupra mediului să fie conform cu cerințele exprimate în îndrumarul întocmit de autoritatea competentă de mediu și cu ceea ce este acceptat a fi o bună practică în procesul de evaluare a impactului asupra mediului care să permită luarea deciziei în ce privește emiterea acordului de

mediu”, Consiliul apreciază că acest risc poate depinde într-o oarecare măsură și de prestator motiv pentru care va fi menținut.

- se critică „Riscul de întârziere în cazul în care traseul propus poate fi afectat de arii naturale protejate (situri Natura 2000) și alte asemenea, din cauza cerințelor și a oricărui studii de specialitate, inclusiv studii de evaluare adecvată impuse de autoritățile competente de mediu sau de către ... ariilor naturale protejate, etc. În astfel de situații elaborarea studiilor este obligația Prestatorului care va elabora studiile suplimentare”.

Consiliul va menține acest risc, întrucât apariția lui ar putea fi generată de o lipsă de informații imputabilă prestatorului. La pagina 121 din Caietul de sarcini se menționează în mod clar că traseul aprobat afectează Natura 2000 astfel încât în elaborarea ofertei prestatorul trebuie să ia în calcul această ipoteză, cu atât mai mult cu cât în Caietul de Sarcini, la capitolul 4.1.3.6 - Evaluarea impactului asupra mediului, alin. 2 se precizează: „Prestatorul este responsabil de parcurgerea procedurii de evaluare a impactului asupra mediului, cu realizarea etapelor procedurale conform legislației în vigoare cu eventuale modificări și completări ulterioare”, prevedere care nu a făcut obiectul unei contestații.

- se solicită definirea clară a noțiunii „alte autorități implicate” sau eliminarea acestei expresii din cadrul art. 4.1.3.6. – „Prestatorul are obligația de a elabora Raportul privind impactul asupra mediului RIM, Studiul de Evaluare Adecvata (SEA), alte studii de specialitate (S.SpM) necesare sau impuse de către Autoritățile competente pentru protecția mediului sau alte Autorități implicate, cu parcurgerea tuturor etapelor procedurilor de mediu și obținerea efectivă a Acordului de Mediu precum și a tuturor documentelor de reglementare necesare.

În cadrul punctului de vedere autoritatea contractantă a precizat faptul că „Alte autorități implicate” se referă la acele autorități care emit avize, acorduri necesare la stadiul de Studiu de Fezabilitate (Autoritatea de Sănătate Publică, ROMTELECOM, AN Apele Romane, Pompieri, Direcția Silvică, s.a.m.d.).

Raportat la precizările mai sus menționate, Consiliul apreciază că acestea trebuie aduse la cunoștința tuturor operatorilor economici interesați, cu respectarea principiului transparenței stipulat la art. 2 alin. (2) lit. d) din OUG nr. 34/2006, prin intermediul unei clarificări publicate în SEAP.

- se solicită eliminarea paragrafului 5 al art. 4.1.3.6. - „Prestatorul va ține cont de posibilitatea că, față de ariile naturale protejate care au fost identificate în timpul elaborării RIM, este posibil ca ulterior, sau în cursul implementării contractului să fie desemnate alte arii naturale protejate sau să fie modificate limitele ariilor naturale protejate, pentru care Prestatorul va fi responsabil cu identificarea acestora, cu elaborarea oricărui studii de evaluare necesare și inclusiv cu obținerea actelor de reglementare.

Consiliul va admite această critică, întrucât susținerile contestatoarei sunt pertinente, aceasta neputând controla sau prognoza declararea ariilor Natura 2000 și nici extinderea limitelor acestora. Ca urmare a acestui fapt, Prestatorul nu poate să își asume elaborarea studiilor de evaluare pentru arii naturale protejate ce pot fi desemnate după finalizarea Studiului de Fezabilitate, fără plata unei sume suplimentare

În acest sens, Consiliul reține că în Fișa de date a achiziției la punctul II.2.1), autoritatea contractantă a menționat că valoarea minimă a intervalului de la secțiunea II.2.1 (43.422.722 lei) reprezintă valoarea estimată a prezentei proceduri (sumă care include și cheltuielile diverse și neprevăzute în procent de 10% din valoarea serviciilor), în funcție de care se va elabora și evalua oferta, iar valoarea maximă a intervalului de la secțiunea II.2.1 (51.316.853 lei) reprezintă valoarea estimată ce conține și valoarea posibilelor suplimentări. În acest sens, Consiliul reține conținutul Notei 3 care prevede următoarele: „Eventualele servicii similare care ar putea fi achiziționate ulterior de către Autoritatea Contractantă se vor realiza la prețurile unitare/activitățile/onorariile oferite de către contractor în Propunerea Financiară depusă în cadrul acestei proceduri de achiziție”.

- se solicită definirea noțiunilor de „terț” și „comunicare verbală și/sau în scris” și corelarea paragrafului 11 al art. 4.1.3.6. „Prestatorul va avea obligația împreună cu Expertul de Mediu desemnat de a răspunde verbal și/sau în scris la orice clarificare solicitată de autorități, de publicul interesat, de terți, de reprezentanții JASPERS sau din partea Comisiei Europene”, cu prevederile art. 10.5 din contract „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 niciun

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”.

Consiliul reține ca fiind relevante următoarele susțineri ale autorității contractante din cadrul punctului de vedere: „Prevederea la care se face referire se află în cadrul capitolului 4, punctul 4.1.3.6. Evaluarea impactului asupra mediului și se referă la informații privind impactul asupra mediului. De asemenea, la același punct paragraful 9 se specifică că:

«Prestatorul va avea obligația de a preda la Beneficiar, RIM, SEA, sau alte studii de specialitate cu cel puțin 10 zile înainte de predarea acestora către autoritatea competentă privind protecția mediului». Raportul privind evaluarea impactului asupra mediului este public, acesta se afișează pe site-ul ANPM cu minim 20 de zile înaintea dezbaterii publice tocmai pentru a fi cunoscut de public. Prevederea din Caietul de Sarcini menționată se referă la informații privind evaluarea impactului asupra mediului, iar aceste informații sunt publice.

În ceea ce privește termenul de «comunicare verbala» se înțelege de la sine ca pe această cale se poate răspunde la solicitările de clarificări care presupun informații din categoria celor publice, iar în caz contrar Prestatorul va solicita acordul scris prealabil al Beneficiarului.

De asemenea, în cadrul procedurii de evaluare a impactului asupra mediului pot exista solicitări de informații, observații, comentarii, propuneri la care se răspunde în scris și în acest caz Prestatorul va solicita acordul scris prealabil al Beneficiarului.

Terții sunt persoane străine de contract, care nu au participat nici direct și nici prin reprezentare la încheierea contractului.

«Terții» pot fi reprezentați de «public» care în contextul legislației specifice de mediu are următoarea semnificație «una sau mai multe persoane fizice sau juridice» și, în concordanță cu legislația ori practica națională, «asociațiile, organizațiile sau grupurile acestora»”.

Raportat la susținerile autorității contractante, Consiliul apreciază că nu se impune o definiție a noțiunilor de „terț” și „comunicare verbală și/sau în scris” și nici nu există o necorelare între cele două prevederi invocate de către contestatoare.

- se solicită în cadrul paragrafului 12 al art. 4.1.3.6 modificarea paragrafului „Informații privind suprafețele de pădure ce urmează a fi scoase din circuitul silvic la nivel de U.A. și UP, cât și speciile de arbori și arbuști ce vor fi defrișate” cu sintagma „Informații privind suprafețele de pădure ce urmează a fi scoase din circuitul silvic”.

Consiliul va respinge această critică deoarece Prestatorul va solicita informații privind suprafețele de pădure ce urmează a fi scoase din circuitul silvic la Direcțiile Silvice. Acordul de mediu este un act administrativ emis de către autoritatea competentă pentru protecția mediului și este public. Scoaterea definitivă sau ocuparea temporară a terenurilor din fond forestier se realizează în conformitate cu prevederile Ordinului nr. 924/2011 în baza căruia se emite avizul respectiv, aviz care are un conținut cadru obligatoriu și în care se solicită numărul, data și emitentul actului administrativ al autorității competente pentru protecția mediului cât și datele din acesta referitoare la suprafața totală de pădure defrișată, localizarea acesteia pe UP și UA. Mai mult, în Contractul de Servicii la art. 9. Asigurarea informațiilor de către Beneficiar la punctul 9.2. se specifică: „Beneficiarul va colabora, atât cât este posibil, cu Prestatorul pentru furnizarea informațiilor pe care acesta din urmă le poate solicita în mod rezonabil pentru realizarea contractului”.

- se solicită eliminarea paragrafului 16 al art. 4.1.3.6. „Prestatorul va obține în numele Beneficiarului Declarația autorității responsabile privind monitorizarea Siturilor Natura 2000”, deoarece intră în contradicție cu prevederile art. 12 din Ordinul 135/2010.

Consiliul va respinge ca nefondată această critică deoarece în cuprinsul caietului de sarcini la punctul 4.1.3.6., ultimul paragraf, s-a prevăzut că „Prestatorul va lua în considerare ca alternativă de traseu recomandată să nu afecteze ariile protejate de tip Natura 2000, rezervații naturale etc.”, și în această situație prestatorul are obligația de a obține în numele beneficiarului Declarația autorității responsabile privind monitorizarea Siturilor Natura 2000.

- se solicită eliminarea paragrafului 19, punctul 2 al art. 4.1.3.6. „Orice cerere de consimțire a dezvoltării Proiectului și orice informație colectată este pusă la dispoziția publicului în timp rezonabil”, deoarece autoritatea contractantă solicită încălcarea prevederilor legale privind confidențialitatea și punerea la dispoziția publicului a unor informații cu caracter clasificat”.

Consiliul va respinge ca nefondată această critică raportat la dispozițiile art. 10.5 din contract precum și la faptul că cerința criticată face parte din punctul 4.1.3.6 și se referă la informații privind impactul asupra mediului.

Astfel, se rețin ca fiind relevante următoarele explicații ale autorității contractante cuprinse în cadrul punctului de vedere: „O «cerere de consimțire a dezvoltării Proiectului» reprezintă o solicitare de informații din partea publicului în procedura de evaluare a impactului asupra mediului, publicul interesat având oportunitatea de a-și exprima opinia înainte de acordarea consimțământului de dezvoltare. Consultarea publicului este obligatorie în cazul procedurilor de emitere a actelor de reglementare, potrivit legislației în vigoare în domeniul protecției mediului. Modalitatea de realizare a participării publicului la luarea deciziei este prevăzută în Ord. MMP nr. 135/2010 (...) termenul de «informație colectată» se referă la orice informație necesară derulării procedurii de evaluare a impactului asupra mediului”;

- referitor la art. 7.1., paragraful 6, pct. 1 – Experți cheie, se solicită înlocuirea titlaturii de „expert economist în economia mediului” cu „expert evaluator de mediu”.

Consiliul apreciază ca fiind întemeiată această critică raportat la dispozițiile art. 1 și art. 3 alin. (2) din Ordinul ministrului mediului nr. 1026/2009 privind aprobarea condițiilor de elaborare a raportului de mediu, raportului privind impactul asupra mediului, bilanțului de mediu, raportului de amplasament, raportului de securitate și studiului de evaluare adecvată, coroborate cu prevederile art. 16 alin. (6) din Ordinul ministrului mediului și pădurilor nr. 135/2010 privind aprobarea Metodologiei de aplicare a evaluării impactului asupra mediului pentru proiecte publice și private, motiv pentru care dispune înlocuirea în cuprinsul documentației de atribuire a titlaturii de „expert economist în economia mediului” cu „expert evaluator de mediu”.

- se solicită, referitor la anexa 5 – Cerințe speciale, paragraful 1, completarea paragrafului având ca text „Noul Studiu de Fezabilitate va ține cont de existența studiilor de Pre-Fezabilitate întocmite în 1994 și în 19... și de studiul de fezabilitate întocmit în 2008”, cu sintagma „studii ce vor fi puse la dispoziția Prestatorului, în termen de 10 zile de la semnarea contractului”.

În cadrul punctului de vedere autoritatea contractantă precizează că Studiul de fezabilitate întocmit în anul 2008 este disponibil pe site-ul ... la adresa <http://www.....ro/SFSibiu-Pitesti>. Din verificare documentației de atribuire publicată în SEAP atașată anunțului de participare nr. ..., Consiliul constată că acest studiu de fezabilitate este publicat și în SEAP.

În ceea ce privește studiile de Pre-Fezabilitate întocmite în 1994 și în 19..., Consiliul constată că deși acestea au fost menționate în cuprinsul caietului de sarcini la anexa 5 – Cerințe speciale, paragraful 1, autoritatea contractantă nu a menționat modalitatea și termenul în care acestea vor fi puse la dispoziția prestatorului, astfel încât critica este întemeiată în parte, urmând ca autoritatea contractantă să aducă la cunoștința operatorilor economici interesați aceste informații care lipsesc.

- se solicită, referitor la anexa 5, Cerințe speciale, Cap. Evaluare adecvată (EA) punctul 12, completarea paragrafului având ca text „Acest caiet de sarcini trebuie citit împreună cu Raportul Analizei Deficiențelor întocmit în Iunie 2013 ce a analizat omisiunile din cadrul studiului de evaluare adecvată existent”, cu sintagma „Raportul Analizei Deficiențelor întocmit în Iunie 2013 va fi pus la dispoziția Prestatorului, în termen de 10 zile de la semnarea contractului”;

Consiliul constată ca fiind întemeiată această critică deoarece, deși Raportul Analizei Deficiențelor întocmit în Iunie 2013 a fost enunțat în caietul de sarcini anexa 5, Cerințe speciale, Cap. Evaluare adecvată (EA) punctul 12, autoritatea contractantă nu a menționat modalitatea și termenul în care acesta va fi pus la dispoziția prestatorului, astfel încât critica este întemeiată, urmând ca autoritatea contractantă să aducă la cunoștința operatorilor economici interesați această informație care lipsește.

- se solicită, referitor la Anexa 5 Cerințe speciale – Cap. Următorii pași, paragraf 2, modificarea paragrafului astfel: „în mod particular, cerințele pentru realizarea de studii pentru *Canis lupus*, *Lutra lutra*, *Lynx lynx*, *Ursus arctos*, *Castor fiber*, și toate speciile de lilieci, reptile, amfibieni, nevertebrate și specii de păsări protejate în cadrul ariilor de protecție avifaunistică (SPA) trebuie să fie descrise”.

Critica autoarei contestației vizează faptul că autoritatea contractantă solicită realizarea unor studii pentru specii nedefinite în nomenclatoarele biologice folosind termeni ca „amfibiile” și „păsări SPA”.

În cadrul punctului de vedere autoritatea contractantă a precizat că formularea „specii de păsări SPA”] se referă la specii de păsări protejate în cadrul ariilor de protecție avifaunistică, SPA însemnând ariile de protecție specială avifaunistică, iar termenul „amfibii” va fi asimilat cu „amfibieni”.

Raportat la precizările mai sus menționate, Consiliul apreciază că acestea trebuie aduse la cunoștința tuturor operatorilor economici interesați, cu respectarea principiului transparenței stipulat la art. 2 alin. (2) lit. d) din OUG nr. 34/2006, prin intermediul unei clarificări publicate în SEAP.

În continuare, Consiliul procedează la analiza următoarelor critici ce aparțin contestatoarei SC ... SRL:

- se critică faptul că autoritatea contractantă impune în mod artificial valoarea unor componente ale serviciilor de proiectare ca și procent din prețul contractului.

În analiza acestei critici, Consiliul constată că în temeiul art. 27.1. din contract plățile se fac conform următorului tabel:

Nr. crt.	Plăți	Valoare maximă (Lei, fara TVA)
1.	Plata avans Recuperarea integrala a avansului acordat va fi realizata pana la Plata finala	<i>reprezentând 15% din Pretul Contractului</i>
2.	Plati intermediare pe baza acceptarii de catre Beneficiar a urmatoarelor studii, insotite de Rapoartele financiare aprobate aferente fiecarui studiu: - Studii geotehnice pentru Sectiunile 1 si 5 ale autostrazii - Studii geotehnice pentru Sectiunile 2, 3, 4 si 6 ale autostrazii - Studii de evaluare a Impactului asupra Mediului pentru Sectiunile 1 si 5 ale autostrazii - Studii de evaluare a Impactului asupra Mediului pentru Sectiunile 2, 3, 4 si 6 ale autostrazii - Studiile de arheologie pentru Sectiunile 1 si 5 ale autostrazii	<i>reprezentând 45% din Pretul Contractului din care:</i> - <i>reprezentand 10% din Pretul Contractului</i> - <i>reprezentand 25% din Pretul Contractului</i> - <i>reprezentand 1% din Pretul Contractului</i> - <i>reprezentand 2% din Pretul Contractului</i> - <i>reprezentand 2% din Pretul Contractului</i>

	- Studiile de arheologie pentru Sectiunile 2, 3, 4 si 6 ale autostrazii	- reprezentand 5% din Pretul Contractului
	Plata intermediara pe baza acceptarii de catre Beneficiar a Studiului de Fezabilitate Final pentru Sectiunea 1 si Sectiunea 5 ale autostrazii , a aprobarii Raportului/Rapoartelor Financiar/e si a acceptarii Auditului de siguranta aferent acestor Sectiuni.	(reprezentand 10% din Pretul Contractului)
3.	Plata intermediara pe baza acceptarii de catre Beneficiar a Studiului de Fezabilitate Final pentru Sectiunile 2, 3, 4 si 6 ale autostrazii , a aprobarii Raportului/Rapoartelor Financiar/e, a acceptarii Auditului de siguranta aferent acestor Sectiuni	(reprezentand 20% din Pretul Contractului)
4.	Plata finala pe baza indeplinirii tuturor activitatilor mentionate in Anexa I - Caietul de sarcini si a Raportului Financiar Final	(reprezentand 25% din Pretul Contractului)
	Total Pret Contract	

În analiza acestei critici, Consiliul are în vedere și faptul că în cadrul măsurilor de remediere dispuse a fost eliminată clauza conform căreia autoritatea contractantă impune decontarea prețului contractului pe baza documentelor justificative pentru toate costurile și cheltuielile la care este îndreptățit Prestatorul, „din care să rezulte suma exactă de plată”.

Consiliul va admite și această critică motivat de faptul că modul de decontare face ca ofertanții să prezinte de fapt propuneri financiare care nu au corespondent în realitate, aceștia stabilind valoarea fiecărui serviciu prestat prin aplicarea unui procent la valoarea contractului și nu în funcție de costurile reale ale fiecărei activități. Conform dispozițiilor Legii 72/2014 plățile trebuie efectuate în termen de maxim 60 de zile de la recepție, prin urmare Consiliul nu poate reține susținerile autorității contractante referitoare la faptul că „prestatorul își poate recupera costurile aferente serviciilor prestate în cadrul plății finale conform art. 27.3.(3) din contractul de servicii”, urmând a fi dispuse măsuri de remediere în legătură cu acest aspect.

- autoritatea contractantă impune în mod artificial numărul de experți pentru care urmează să fie decontat prețul serviciilor și numărul de zile aprobate pentru decontare, restrângând dreptul

operatorilor economici de a cuantifica și prezenta costurile reale ale proiectului.

Consiliul apreciază ca fiind întemeiată această critică, deoarece din verificarea prevederilor documentației de atribuire se constată că susținerile contestatoarei sunt întemeiate.

Astfel, conform documentației de atribuire operatorul economic are obligația de a prezenta costurile experților conform modelului Anexa 1 - Propunerea Financiară. În condițiile în care decontările se fac în baza Propunerii Financiare, conform acestui model este decontat un singur inginer proiectant de drumuri, un singur inginer proiectant de poduri, un singur inginer topograf, pentru 22 zile lucrătoare/lună.

Prin Anexa „Etapa 1 - Evaluare Preliminară”, autoritatea contractantă impune ca această evaluare preliminară să fie întocmită de către 2 specialiști, ce vor lucra timp de 7 zile, 8 ore/zi.

Prin Anexa „Etapa 2 - Evaluare de teren (diagnostic intrusiv), autoritatea contractantă impune ca această evaluare de teren să fie întocmită de către 4 specialiști, ce vor lucra timp de 30 zile, 8 ore/zi.

În aceste condiții, Consiliul apreciază că este excesiv ca autoritatea contractantă să impună un număr fix de experți. Se poate solicita ca ofertanții să dispună cel puțin de un anumit număr de experți, însă pentru realizarea în bune condiții a contractului este necesar să li se permită ofertanților să stabilească în mod unilateral nr. de experți necesari.

Autoritatea contractantă a standardizat modul de prezentare a propunerii financiare, introducând condiționări artificiale ceea ce va conduce la faptul că ofertanții vor prezenta propuneri financiare nereale.

În acest condiții, se impune ca autoritatea contractantă să corecteze documentele criticate oferind astfel posibilitatea ofertanților de a înainta o propunere financiară bazată pe costuri reale.

- se critică următoarele riscuri menționate în caietul de sarcini la art. 3.2.:

- „În cazul în care apar condiții geotehnice, hidrologice, de mediu, etc. diferite, la momentul elaborării Proiectul Tehnic și/sau la execuția Proiectului, în comparație cu studiile geotehnice, etc., efectuate în cadrul Studiului de Fezabilitate și/sau traseul recomandat sau soluțiile tehnice definite de Prestator se dovedesc a fi neviabile,

Prestatorul își va asuma consecințele aferente cu privire la costurile suplimentare rezultate ale Proiectului”

Analizând riscul contestat, Consiliul apreciază că acesta se referă atât la „condiții geotehnice, hidrologice, de mediu, etc. diferite” care nu au putut fi prevăzute la momentul prestării serviciilor cât și la situația în care acestea apar ca urmare a faptului că prestatorul nu a executat în mod corespunzător obiectul prezentului contract.

Consiliul apreciază că acest risc trebuie nuanțat în sensul că prestatorul nu poate să își asume costurile suplimentare generate de apariția unor condiții geotehnice, hidrologice, de mediu, etc. neprevăzute, diferite între momentul elaborării studiului de fezabilitate și momentul execuției proiectului. Însă acesta este responsabil în situația în care condițiile geotehnice, hidrologice, de mediu, etc. diferite apar ca urmare a faptului că prestatorul nu a executat în mod corespunzător obiectul prezentului contract.

- Riscul de a întâmpina dificultăți în efectuarea măsurătorilor, studiilor, analizelor, investigațiilor, etc., necesare a fi efectuate pe amplasamentul proiectului (relief, acces dificil, etc.) și care pot conduce la întâzieri în procesul de proiectare și la costuri suplimentare. Nu intră în responsabilitatea Beneficiarului crearea pentru Prestator a accesului pentru efectuarea măsurătorilor/lucrărilor geotehnice sau de alta natură/studiilor, etc.

Consiliul constată că apariția acestui risc pe parcursul derulării serviciilor trebuie asumată de către prestator motiv pentru care trebuie menținut. Susținerile contestatoarei se referă exclusiv la situația în care unii deținători nu înțeleg să respecte prevederile art. 12 alin. (1) din HG nr. 53/2011. Consiliul apreciază că în condițiile în care există prevedere legală în sensul că „Deținătorii cu orice titlu ai imobilelor afectate de elaborarea variantei finale a studiului de fezabilitate pe coridorul de expropriere sunt obligați, după o prealabilă și obligatorie înștiințare efectuată de către expropriator, să permită accesul pentru efectuarea măsurătorilor topografice, a studiilor geotehnice și a oricăror operațiuni necesare studiului de fezabilitate, documentațiilor de urbanism și amenajare a teritoriului, precum și a studiilor de teren arheologice”, autoritățile administrației publice locale și forțele de ordine publică sunt obligate să își dea concursul pentru ducerea la îndeplinire a prevederilor legale.

- Riscul ca în cazul în care Prestatorul ar putea obține unul sau mai multe avize favorabile care conțin anumite condiții, unele dintre

condiții/constrângeri să se suprapună și să nu poată fi corelate/realizate concomitent.

Consiliul apreciază că acest risc nu este sub controlul prestatorului motiv pentru care trebuie eliminat.

- Riscul de întârziere în elaborarea studiilor de evaluare a proprietăților afectate și a studiilor pedologice, etc., datorită lipsei cadastrului general la nivel național, sau dificultăților în identificarea proprietarilor terenurilor aferente coridorului autostrăzii, etc.

Întrucât motivarea criticii privește exclusiv sintagma „lipsa cadastrului general la nivel național”, în condițiile în care apariția acestei situații nu este sub controlul prestatorului, Consiliul apreciază că se impune a fi eliminată din cuprinsul prevederii următoarea sintagmă: „lipsei cadastrului general la nivel național, sau”.

- Riscul de întârziere în implementarea activităților conform caietului de sarcini datorită observațiilor/cerințelor din partea AM POST/JASPERS, asupra calității/nivelului investigațiilor de teren, studiul de trafic, analiza cost-beneficiu, studiul de traseu, etc. Modificările generate de observațiile transmise de AMPOST/JASPERS vor fi efectuate de Prestator fără a beneficia de costuri suplimentare.

Consiliul va menține acest risc ce poate apărea „datorită calității/nivelului investigațiilor de teren, studiul de trafic, analiza cost-beneficiu, studiul de traseu, etc.”, realizate de prestator, observațiile din partea AM POST/JASPERS privind aceste aspecte.

- Riscul privind întârzierea în mobilizarea personalului Prestatorului.

Consiliul va menține acest risc deoarece în condițiile modificării conținutului art. 5.3., apariția acestui risc depinde exclusiv de prestator.

În final, Consiliul procedează la analiza solicitării contestatoarelor SC ... SRL și SC ... SRL de prelungire a termenului de depunere a ofertelor.

Consiliul nu a considerat necesar să suspende procedura de atribuire motivat de faptul că data limită de depunere a ofertelor este 23.07.2014. Însă, având în vedere faptul că unele critici ale contestatoarelor s-au dovedit a fi întemeiate, urmând a fi dispuse măsuri de remediere în sensul celor evocate în motivarea deciziei, pe care autoritatea contractantă le va aduce la îndeplinire în termen de 10 zile de la primirea deciziei, Consiliul apreciază că în speță se

impune decalarea termenului de depunere a ofertelor cu cel puțin 10 zile față de cel actual.

Luând în considerare aspectele de fapt și de drept mai sus menționate, constatând că unele critici ale contestatoarelor sunt întemeiate, în temeiul dispozițiilor art. 278 alin. (2) și (4) din OUG nr. 34/2006, Consiliul va admite în parte contestațiile formulate de SC ... SRL, SC ... SRL și SC ... SRL și va obliga autoritatea contractantă, ca, în termen de 15 zile de la primirea deciziei Consiliului, să remedieze documentația de atribuire corespunzător criticilor admise, cu respectarea celor evocate în motivare, să aducă modificările astfel efectuate la cunoștința operatorilor economici interesați de participarea la această procedură, să stabilească o nouă dată limită pentru depunerea ofertelor decalată cu cel puțin 15 zile față de cea actuală și să aplice dispozițiile art. 50¹ din OUG nr. 34/2006.

În temeiul art. 278 alin. (5) din OUG nr. 34/2006, Consiliul va respinge ca nefondate capetele de cerere privind anularea procedurii de atribuire, formulate în contestațiile depuse de SC ... SRL și SC ... SRL întrucât în cauză pot fi dispuse măsuri de remediere.

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 din O.U.G. nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare.

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

PREȘEDINTE COMPLET

...

MEMBRU COMPLET

...

...

MEMBRU COMPLET

Redactată în 6 exemplare originale, conține 112 pagini.