



# CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

Str. Stavropoleos nr. 6, sector 3, ... cod poștal 030084, România  
Tel: +4 021.310.46.41 Fax: +4 021.890.07.45 și +4 021.310.46.42 www.cnsr.ro

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

## DECIZIE

Nr. ... / ... / ...

Data: ...

Prin contestația nr. 6.004/... înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. ... depusă de ... cu sediul în ... .. CUI ... și adresa aleasă pentru comunicarea actelor de procedură la ... bd. Alexandru Ioan Cuza nr. 28A, ... .. privind procedura de licitație deschisă pentru atribuirea contractului de servicii de revizuire/actualizare studiu de fezabilitate pentru "drum de legătură ... km 47+600 - km 66+204, ...", coduri CPV 71241000-9 și 71322500-6, cu data de deschidere a ofertelor 24.07.2014, organizată de ... cu sediul în ... .. CUI 16054368, în calitate de autoritate contractantă, contestatoarea a solicitat remedierea modelului de contract și a documentelor conexe, precum și suspendarea procedurii de atribuire până la soluționarea contestației sale. Prin decizia sa nr. ... .. Consiliul s-a pronunțat asupra capătului de cerere de suspendare a procedurii de atribuire, respingându-l ca nefondat. Pe rol, în prezent, se află celălalt capăt de cerere din contestație.

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

## DECIDE:

În temeiul art. 278 alin. (2) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii, cu modificările și completările

ulterioare, pentru și *în limita* considerentelor evocate în motivarea prezentei, admite contestația ... nr. 6.004/ ... în contradictoriu cu ... și obligă autoritatea contractantă ca, în termen de cel mult douăzeci de zile de la data primirii prezentei decizii, să remedieze documentația de atribuire astfel cum rezultă din motivarea de mai jos.

Măsurile de remediere dispuse vor fi aduse la cunoștința operatorilor economici, prin publicarea lor în Sistemul Electronic de Achiziții Publice, de îndată ce vor fi adoptate, însă înainte de data limită de depunere a ofertelor. Totodată, Consiliul obligă autoritatea contractantă să stabilească o nouă dată de depunere și deschidere a ofertelor, nu mai devreme de zece zile de la data postării în SEAP a respectivelor măsuri de remediere.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți. Împotriva ei se poate formula plângere, în termen de zece zile de la comunicare.

## MOTIVARE

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 266 alin. (1) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, să soluționeze contestația de față, prin care operatorul economic ... reclamă ca fiind abuzive, disproporționate și ilegale unele clauze ale modelului de contract aferent procedurii de atribuire menționată în partea introductivă, inițiată de ... prin anunțul de participare nr. ... publicat în SEAP la 23.05.2014.

În motivarea demersului său, contestatoarea afirmă că:

- durata contractului și data începerii efective a furnizării serviciilor de către prestator nu sunt determinate clar;
- termenele la care urmează a se efectua plățile de către autoritate nu sunt clar determinate și sunt excesiv condiționate;
- penalizările pe care autoritatea le poate aplica sunt excesive (10% din valoarea contractului pentru aproape orice încălcare), însă prestatorul nu poate aplica niciun fel de penalități;
- prestatorul este obligat să transfere autorității toate drepturile de proprietate intelectuală asupra documentației realizate în temeiul contractului, fără să fi încasat contravaloarea acesteia;
- există interdicții și restrângeri excesive în legătură cu subcontractarea.

În legătură cu durata contractului, se aduc în discuție două aspecte: (i) termenul în sine de valabilitate a contractului, respectiv de prestare a serviciilor; (ii) modalitatea de determinare a datei de începere a contractului.

Față de primul aspect, modelul de contract conține două clauze ce pot fi considerate contradictorii, de natură a genera incertitudine și repercusiuni asupra intereselor și drepturilor eventualului

câștigător. Astfel, la art. 5.1 din model se arată: "*Durata prezentului Contract de Servicii este de 6 luni de la Data de începere a contractului*"; însă art. 5.5 prevede: "*Perioada de valabilitate a Contractului se va încheia la epuizarea convențională sau legală a oricărui efect pe care îl produce*". Se ridică întrebarea: care este momentul de epuizare a duratei contractului, cel indicat la art. 5.1 sau cel determinat conform art. 5.5? O interpretare extensivă și cu rea-credință a art. 5.5. poate duce la considerarea de către autoritatea contractantă a contractului ca fiind valabil și după împlinirea termenului de la art. 5.1.

În ceea ce privește cel de-al doilea aspect, respectiv modalitatea de determinare a datei de începere a prestării serviciilor, contestatoarea apreciază că o atare situație constituie o condiție abuzivă, disproporționată în defavoarea câștigătorului, de natură a produce grave prejudicii acestuia. Astfel, la art. 5.3 din model se dispune: "*Data de începere a Contractului de servicii va fi notificată de către Beneficiar după data intrării în vigoare a Contractului, sub condiția îndeplinirii integrale și în mod cumulativ a cerințelor prevăzute la art. 5.2 din Contractul de servicii. Pana 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*". Textul contractual indicat nu include nicio dată până la care autoritatea să fie obligată să emită notificarea de începere a prestării serviciilor, însă prestatorului îi este impus să păstreze activă toată echipa de proiect pe toată perioada, începând cu data semnării contractului și până la data indicată de beneficiar în notificare.

Din analiza prevederilor art. 27 din modelul de contract, se poate observa că, în privința plăților intermediare și a celei finale, autoritatea a introdus o serie de clauze și condiții abuzive, potrivit următoarelor etape:

- a) finalizare serviciu (de către prestator);
- b) verificare și acceptare serviciu (din punct de vedere tehnic);
- c) întocmire așa-zis raport financiar cu cheltuielile efectuate pentru realizarea respectivului serviciu (de către prestator);
- d) verificare raport financiar (de către autoritate);
- e) efectuare plată la 60 de zile de la data aprobării raportului financiar.

În tabelul de la art. 27.1 se indică procentul maxim din prețul contractului ce poate fi plătit o dată ce un anumit serviciu a fost finalizat și acceptat de autoritate. Însă, autoritatea condiționează plata de aprobarea raportului financiar întocmit de prestator, prin care se detaliază cheltuielile avute de acesta pentru finalizarea serviciului. O atare condiționare constituie atât un non-sens juridic, cât și o clauză abuzivă, pur potestativă în favoarea autorității, care

poate prelungi în mod nedeterminat emiterea aprobării pentru raportul financiar. Un atare raport nu își găsește aplicabilitatea, dat fiind că, atât timp cât sunt prevăzute procentaje din valoarea contractului ce urmează a fi achitate pentru anumite servicii acceptate de autoritatea contractantă, este lipsită de importanță justificarea de către prestator a cheltuielilor suportate cu realizarea respectivului serviciu.

De exemplu, pentru realizarea studiilor geotehnice autoritatea urmează a-i achita prestatorului 35% din prețul contractului. La momentul finalizării acestor studii, prestatorul le depune spre verificare și acceptare de către autoritate, iar după ce le acceptă, autoritatea trebuie să achite 35% din prețul contractului, deci achită ceva ce ea însăși a aprobat. Se ridică întrebarea: ce importanță are raportul financiar prin care prestatorul trebuie să își justifice cheltuielile cu întocmirea studiilor geotehnice, atât timp cât, prin contract, s-a convenit deja suma ce urmează a fi achitată pentru aceste studii? Răspunsul îl reprezintă amânarea, după propria voință a autorității, a momentului efectuării plății pentru serviciul deja prestat și acceptat.

Textul art. 27.7 din contract se află în contradicție cu Legea nr. 72/2013 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, art. 6 alin. (1) lit. c): *"Autoritățile contractante execută obligația de plată a sumelor de bani rezultând din contractele încheiate cu profesioniști cel târziu la: 30 de zile calendaristice de la recepție sau verificare, dacă prin lege sau prin contract se stabilește o procedură de recepție ori de verificare pentru certificarea conformității mărfurilor sau serviciilor, iar autoritatea contractantă a primit factura ori cererea echivalentă de plată la data recepției sau verificării ori anterior acestei date."*

Contractul nu se încadrează în ipoteza de la art. 7 alin. (1) din lege, cum pretinde autoritatea prin teza finală a art. 27.7 din contract, respectiv că termenul de 60 de zile ar fi necesar 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 rutiera de interes major"*. În orice caz, termenul de plată curge de la data aprobării acestor rapoarte/documentații – oricum, autoritatea a avut un termen nedeterminat pentru a le verifica, iar după ce a finalizat verificările pretinde un termen de plată dublu (60 de zile, în loc de 30).

Autoritatea și-a rezervat dreptul discreționar și disproporționat față de viitorul contractant de a aplica penalități pentru o serie întreagă de aspecte, după cum reiese din clauzele de la art. 8.10,

12.5, 13.2, 14.2, 16.4, 18.4, 19.3, 19.5, 28.2, 30.10, 30.13, 33.2, 34.3, 34.5 și 39.3.

Cea mai abuzivă dintre clauzele penalizatoare este cea de la art. 34.5 lit. b), ce instituie în sarcina viitorului prestator o obligație extrem de oneroasă, anume aceea de a executa gratuit toate serviciile contractuale dacă autoritatea contractantă îi solicită acest fapt, dacă însăși autoritatea a reținut în sarcina prestatorului penalități de 30% din valoarea contractului.

Existența întregului corp de clauze penalizatoare în cadrul modelului de contract creează premisele executării contractului într-un climat conflictual.

Și prevederile art. 16.1 din modelul de contract sunt abuzive: *"Studiul de Fezabilitate si orice rapoarte si date precum: hărți, diagrame, schite, instrucțiuni, planuri, statistici, calcule, baze de date, software si înregistrări justificative ori materiale achiziționate, compilate ori elaborate de către Prestator sau de către personalul său salariat ori contractat in executarea Contractului de Servicii vor deveni proprietatea exclusivă a Beneficiarului. pe masura ce sunt produse, dacă nu se prevede altfel. După incetarea Contractului de Servicii, Prestatorul va remite toate aceste documente si date Beneficiarului. Prestatorul nu va utiliza documente si date ale proiectului/Contractului in scopuri care nu au legătură cu Contractul de Servicii fără acordul scris prealabil al Beneficiarului."*

Clauza este abuzivă întrucât prestatorul va fi obligat să transfere automat și exclusiv către beneficiar proprietatea intelectuală asupra tuturor documentațiilor realizate, fără a se prevedea obligația corelativă a beneficiarului de a achita prețul acestor servicii. În plus, clauza este lipsită de logică dacă este analizată în contextul întregului contract. Cum poate deveni beneficiarul proprietar al unei documentații pe care încă nu a verificat-o și încă nu a acceptat-o?

Din analiza prevederilor art. 8 al contractului se poate observa tendința autorității de a îngreuna derularea în bune condiții a contractului în ceea ce privește relația cu eventualii subcontractori. Sunt abuzive prevederile art. 8.13 și 8.14:

*"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 necăstigători/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."*

*"Art. 8.14 - Nerespectarea obligațiilor cu privire la declararea/înlocuirea subcontractanților de către Prestatorul potrivit prevederilor Articolului 8 din Contractul de Servicii va fi considerată*

*o încălcare a prezentului contract, întrucât este considerată indicator de fraudă potrivit prevederilor OUG nr. 66/2011 cu modificări și completări ulterioare și poate fi sancționată potrivit prevederilor Articolului 326 din Codul Penal."*

Ordonanța de urgență nr. 66/2011 nu prevede că ar putea fi considerată fraudă subcontractarea către categoriile de operatori economici menționați la art. 8.13 (respectiv ofertanții declarați necâștigători/terții susținători/subcontractanții acestora în cadrul aceleiași proceduri de atribuire). Nu este admisibilă încadrarea în aceeași categorie cu ofertanții necâștigători/terții susținători a subcontractanților, ceea ce este abuziv. Subcontractantul nu este membru al asocierii ofertante, ci este un simplu operator interesat de executarea/prestarea unor servicii în favoarea unui alt operator (indiferent cine ar fi) în schimbul obținerii unui venit.

Data fiind necesitatea elaborării unor studii specializate de geotehnică, arheologie, impact asupra mediului, prin inserarea unei asemenea interdicții se creează premisele restrângerii nejustificate a concurenței și premisele pentru suportarea, în final, a unor prejudicii de către chiar autoritatea. Societățile specializate în efectuarea unor asemenea studii sunt în număr restrâns pe piața românească.

În punctul său de vedere nr. 92/35667/19.06.2014 asupra contestației, înregistrat la Consiliu cu nr. 20217/19.06.2014, autoritatea contractantă susține, în apărare, cu privire la durata de implementare a contractului, că ea constituie o noțiune diferită de perioada de valabilitate a acestuia. Astfel, în timp ce durata de implementare este o perioadă de timp determinată de parti inaustrul careia se realizează obiectul contractului, perioada de valabilitate începe la data intrării în vigoare a contractului și se încheie la epuizarea convențională sau legală a oricărui efect pe care îl produce.

Efectele contractului se produc, sub anumite aspecte, și după încheierea perioadei de implementare, fără o prevedere explicită. În acest sens, nulitatea contractului prin existența unor vicii de consimțământ la încheierea lui sau neindeplinirea culpabilă a unor obligații reieșite din contract, dar constatate ulterior, determină posibilitatea anularii sau răspunderea contractuală și după încheierea perioadei contractuale. Codul civil prevede la art. 1170 că părțile trebuie să acționeze cu bună credință la încheierea contractului și pe tot timpul executării sale. Ele nu pot înlătura sau limita această obligație. Totodată, la art. 1531 C. civ. se prevede: "*Creditorul are dreptul la repararea integrală a prejudiciului pe care l-a suferit din faptul neexecutării.*"

De asemenea, conform caietului de sarcini și Legii nr. 10/1995, prestatorul, care este și proiectant, are anumite obligații ulterioare revizuirii studiului de fezabilitate/contractului, pe durata de viață a proiectului.

Având în vedere cele menționate și art. 43 alin. (6) lit. a) din Legea nr. 500/2002: "Ordonatorilor principali de credite li se interzice efectuarea de cheltuieli pentru achiziționarea și/sau elaborarea studiilor de fezabilitate și a altor studii aferente obiectivelor de investiții, în oricare dintre următoarele situații: a) dacă în ultimii 5 ani bugetari au fost întocmite și înregistrate în contabilitate studii având același obiect; în această situație se procedează la actualizarea studiilor existente", autoritatea consideră ca observațiile contestatorului sunt nefondate și menține redactarea actuală a art. 5.1 și 5.5 din modelul de contract.

În ceea ce privește data de începere a prestării serviciilor, autoritatea propune următoarea măsură de remediere:

*"Art. 5.3 - Data de începere a Contractului de servicii va fi notificată de către Beneficiar după data "intrării în vigoare a Contractului, dar nu mai târziu de 5 zile lucrătoare de la data intrării în vigoare a contractului, sub condiția îndeplinirii integrale și în mod cumulativ a cerințelor prevăzute la art. 5.2 din Contractul de servicii. Până la data specificată în Notificarea Beneficiarului, Prestatorul va fi mobilizat atât din punct de vedere al personalului cât și din punct de vedere al echipamentelor/utilajelor necesare desfășurării activității. Data de începere din notificare nu poate depăși 4 luni de la data emiterii notificării. Beneficiarul este exonerat de orice costuri suplimentare pentru această perioadă."*

În privința termenului de plată, întrucât activitatea experților va fi monitorizată în cadrul rapoartelor financiare, pentru a putea fi decontate sumele aferente activităților desfășurate de aceștia, au fost introduse prevederile art. 27.1 și 27.3 în cadrul contractului de servicii. De altfel, contestatorul a ignorat mențiunea că "Plățile intermediare se vor efectua pe baza acceptării de către beneficiar a următoarelor studii, însoțite de rapoartele financiare aprobate, aferente fiecărui studiu". Prin art. 27.3 din contractul de servicii, autoritatea a detaliat în mod concret prevederea din cadrul tabelului cuprins la art. 27.1.

În ceea ce privește decontarea pe baza documentelor justificative, potrivit art. 52 alin. (6) din Legea nr. 500/2002: *"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."*

O altă remarcă a contestatorului privește art. 27.7 din contract, considerat că încalca art. 6 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 72/2013.

*"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 plata 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 rutiera de interes major."*

Termenul de plata de 60 zile menționat la art. 27.7 este stabilit în conformitate cu art. 7 alin. (1) din Legea nr. 72/2013. În ceea ce privește plățile intermediare și plata finală în termen de 60 de zile de la aprobarea rapoartelor, potrivit art. 6 alin. (2) din Legea nr. 72/2013 "în cazuri justificate în mod obiectiv de natura sau caracteristicile contractului, procedura de recepție sau verificare poate avea o durată mai mare de 30 de zile calendaristice, dacă sunt stabilite expres în contract și în documentația achiziției atât termenul de recepție, cât și motivele obiective".

Recepția serviciilor efectuată de către achizitor în baza verificării și aprobării rapoartelor este o diligență necesară în cadrul unui contract de asemenea anvergură, iar interesul atingerii obiectivului contractului este de interes public. Data de la care începe să curgă termenul de plata, respectiv aprobarea rapoartelor se încadrează în prevederile legii.

Contestatorul susține și că, în cuprinsul modelului de contract, autoritatea și-a rezervat, discreționar și disproporționat față de viitorul contractant, dreptul de a aplica penalități pentru o serie întreagă de aspecte. Penalitățile, scoase din context de către contestator, sunt prevăzute pentru situații diverse și nu se vor aplica nici discreționar și nici disproporționat față de viitorul contractant, ci doar dacă acesta din urmă își încalcă obligațiile la care s-a angajat și nu respectă prevederile contractuale și ale caietului de sarcini. Autoritatea are obligația de a se asigura că lucrările pe care le contractează vor fi la un nivel tehnic corespunzător, lucru ce nu se poate realiza dacă viitorul contractant va transmite către terți o parte din lucrări, terți care nu au fost aprobați în prealabil de beneficiar și care nu se știe dacă respectă criteriile de calificare, dacă au experiența și pregătirea necesară unor astfel de lucrări. De astfel de situații încearcă autoritatea să se protejeze prin clauzele 8.10 și 13.2 din viitorul contractul administrativ, care nu se bazează pe principii de egalitate.

Este de preferat declararea tuturor subcontractanților la momentul ofertării, care să aibă experiența în domeniul proiectării și personalul de specialitate aferent, astfel încât să-și îndeplinească obligațiile cu profesionalism, iar înlocuirea lor să fie o situație excepțională, nu o regulă. Schimbarea subcontractanților fără aprobarea prealabilă în scris a beneficiarului constituie o abatere de la lege. Penalitatea a fost introdusă ca măsură asiguratorie pentru autoritate în cazul apariției unui prejudiciu datorat schimbării



subcontractantului fara aprobarea prealabilă în scris a beneficiarului sau in cazul încredințării serviciilor de către subcontractant către terțe părți.

În ceea ce privește despăgubirea de 5% din prețul contractului în cazul în care prestatorul sau prepușii săi încalcă secretul profesional, este foarte important ca atât prestatorul cât și prepușii săi să se asigure că secretul profesional va fi păstrat, iar sancțiunea prevăzută are rolul de a îi asigura că această obligație va fi luată în serios. Menționează că această despăgubire nu se va aplica dacă se respectă obligațiile la care s-au angajat.

De asemenea, consideră ca documentele pe care prestatorul le va transmite către Beneficiar, precum și toate studiile întocmite de acesta nu sunt elaborate în scopul valorificării lor de către achizitor, ci în scopul asigurării unei necesități a autorității contractante, mai exact realizării unui obiectiv de interes public. Documentația care face obiectul procedurii de achiziție este creată în scopul realizării unui obiectiv investitional 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 transmis; poate avea însă o valoare didactică, dar și această valoare este restrânsă ca interes. Această documentație este compusă din informații asupra cărora se pot exercita drepturi de proprietate intelectuală. Potrivit art. 11.1 din contractul de servicii, prestatorul are obligația de a revizui/actualiza studiul de fezabilitate, de a pregăti documentația necesară în vederea transmiterii aplicației de finanțare din fonduri structurale și de a acorda asistență beneficiarului până la obținerea aprobării AM-POST și a Comisiei Europene, de a pregăti documentația de atribuire pentru contractul de lucrări, precum și de a asigura asistența 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 art. 73 din Hotărârea Guvernului nr. 925/2006).

Având în vedere art. 66, 68, 69, 69 ind. 1 și art. 70 din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006, autoritatea are obligația de a lua toate măsurile necesare pentru a evita situațiile de natură să determine apariția oricărui tip de conflict de interese și/sau manifestarea unei concurențe neloiale. În temeiul art. 10-15 din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 66/2011, beneficiarii persoane fizice/juridice de drept privat trebuie să ia toate măsurile necesare pentru a evita situațiile de natură să determine apariția unui conflict de interese, și anume a situației în care există legături între structurile acționariatului beneficiarului și ofertanții acestuia, între membrii comisiei de evaluare și ofertanți sau în care ofertantul câștigător deține pachetul majoritar de acțiuni în două firme

participante pentru același tip de achiziție (art. 14). Având în vedere faptul că acesta 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, obiectiv de interes național, autoritatea consideră că propunerea contestatorului nu este fondată.

Un posibil conflict de interese ar putea genera o pierdere a fondurilor din care se vor plăti serviciile prestate și, implicit, o suspendare a acestora, situație în detrimentul ambelor părți.

Și penalitatea de la art. 13.2 a fost introdusă ținându-se cont de prevederile Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 66/2011.

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 obligațiile executate cu întârziere sau care nu au fost executate, 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, în scopul de a preîntâmpina un astfel de caz și de a sublinia importanța respectării acestei obligații din partea prestatorului.

În ceea ce privește celelalte susțineri ale contestatorului, autoritatea subliniază că obligația de evitare a conflictelor de interese trebuie să subziste pe întreaga durată a contractului, că prestatorul nu se poate considera în culpă pentru situațiile apărute ulterior verificărilor cerințelor din caietul de sarcini. S-a avut în vedere și art. 1530 C. civ.

Fiecare parte are obligația de a evita un posibil conflict de interese oricând în perioada de derulare a contractului de servicii pentru a respecta, printre altele, prevederile art. 70 din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006.

Fata de observațiile contestatorului cu privire la penalitatea menționată la art. 16.4, autoritatea arată că studiul de fezabilitate și celelalte documente nu sunt elaborate în scopul valorificării acestora de către achizitor, ci în scopul asigurării unei necesități a autorității contractante, mai exact realizării unui obiectiv de interes public, motiv pentru care transmiterea proprietății la momentul elaborării documentelor nu crează un prejudiciu pentru prestator, autoritatea asumându-și prin contract obligația de plată a acestora. În speța este vorba de dreptul de folosință. Documentația care face obiectul procedurii de achiziție este creată în scopul realizării unui obiectiv investitional cu caracteristici particulare, nu poate fi folosită în alte

scopuri. Studiul pe care il elaboreaza ofertantul nu are nevoie de o protectie impotriva beneficiarului, deoarece el are un caracter absolut, este destinat in exclusivitate scopului propus, nu poate fi transmis (poate avea insa o valoare didactica, dar si aceasta valoare este restransa ca interes). Aceasta documentație este compusa din informații asupra carora se pot exercita drepturi de proprietate intelectuala, de către achizitor, nu de către ofertant.

La art. 18.4 alin. (2) sunt prevăzute penalități în situația în care prestatorul intarzie in mobilizarea personalului dupa termenul stabilit in notificarea beneficiarului cu privire la data de începere a contractului. Sunt stabilite 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 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 avea personalul necesar, coroborat cu faptul că pe tot parcursul contractului prestatorul are obligația de a lua toate măsurile necesare pentru a asigura in mod continuu personalul salariat ori contractat (art. 18.5), pentru a nu se ajunge la imposibilitatea de executare a îndatoririlor contractuale, și costurile suplimentare generate de înlocuirea personalului nu pot incumba decât prestatorului.

Codul civil, la art. 1.536 prevede: *"în cazul altor obligații decât cele având ca obiect plata unei sume de bani, executarea cu întârziere dă întotdeauna dreptul la daune-interese egale cu dobânda legală, calculată de la data la care debitorul este în întârziere asupra echivalentului în bani al obligației, cu excepția cazului în care s-a stipulat o clauză penală ori creditorul poate dovedi un prejudiciu mai mare cauzat de întârzierea în executarea obligației."* Din interpretarea acestor dispoziții rezultă posibilitatea ca daunele-interese să depășească dobânda legală, în situația în care creditorul poate dovedi un prejudiciu mai mare cauzat de întârzierea în executarea obligației.

Penalitățile sunt stabilite în contract în situația în care prestatorul nu își respectă obligațiile. Din experiența in implementarea contractelor de infrastructura rutiera, este un fapt bine cunoscut ca exista o fluctuatie foarte mare a personalului. In scopul diminuării acestei situatii si in vederea obligării prestatorului de a face toate demersurile necesare in vederea asigurării unui

inlocuitor care sa indeplineasca cerințele minime de calificare din documentația de atribuire, in timp cat mai scurt, autoritatea contractanta a prevăzut penalitatile de 0,1%/zi din onorariul expertului in virtutea prevederilor art. 1530 și 1536 C. civ., coroborate cu prevederile art. 120 ind. 1 C. proc. fisc.

Nici criticile referitoare la penalitatea de la art. 19.3 și 28.2 nu sunt fondate.

Plata excesiva se poate face doar prin emiterea unor facturi reprezentând servicii prestate care nu corespund cu stadiul fizic real de indeplinire al acestora. Vina pentru plata sumelor necuvenite poate aparține prestatorului care a emis factura pentru sume care nu erau cuvenite.

Fata de susținerile contestatorului cu privire la penalitatile al căror quantum nu este clar identificat, facturate de autoritatea contractanta cand aceasta considera ca nu a recuperat avansul, conform dispozițiilor art. 5 alin. (2) din Hotărârea Guvernului nr. 264/2003: *"Sub sancțiunea solicitării de daune-interese, beneficiarul de avans nu are dreptul de a utiliza avansul în alt scop decât cel pentru care a fost destinat, potrivit contractului încheiat."*, iar conform art. 7 alin. (2): *"în cazul neîndeplinirii sau îndeplinirii necorespunzătoare a părții de contract pentru care s-a acordat avans, recuperarea sumelor de către ordonatorul de credite se face cu perceperea dobânzilor și penalităților de întârziere existente pentru creanțele bugetare, calculate pentru perioada de când s-a acordat avansul și până în momentul recuperării."*

În conformitate cu prevederile art. 120 alin. (1) din Codul de procedura fiscala: *"Dobânzile reprezintă echivalentul prejudiciului creat titularului creanței fiscale ca urmare a neachitării de către debitor a obligațiilor de plată la scadență și se calculează pentru fiecare zi de întârziere, începând cu ziua imediat următoare termenului de scadență și până la data stingerii sumei datorate inclusiv."*, iar potrivit dispozițiilor alin. (7) din cadrul aceluiași articol *"Nivelul dobânzii este de 0,03% pentru fiecare zi de întârziere."*

Art. 120 ind. 1 din Codul de procedura fiscala prevede: *"Penalitățile de întârziere reprezintă sancțiunea pentru neîndeplinirea obligațiilor de plată la scadență și se calculează pentru fiecare zi de întârziere, începând cu ziua imediat următoare termenului de scadență și până la data stingerii sumei datorate inclusiv. Dispozițiile art. 120 alin. (2) - (6) sunt aplicabile în mod corespunzător. Nivelul penalității de întârziere este de 0,02% pentru fiecare zi de întârziere. Penalitatea de întârziere nu înlătură obligația de plată a dobânzilor."*

Institutiile de control care au atributii de a verifica contractele de achiziție publica ce au ca sursa de finanțare fondurile nerambursabile pot constata nevinovatia/vinovatia prestatorului.

Deoarece de la momentul întocmirii contractului și până la semnare și implementarea efectivă pot avea loc modificări la nivelul legislației, pentru a evita modificarea clauzelor contractului cu privire la penalitățile pentru nerecuperarea avansului, autoritatea contractantă consideră ca aprecierile contestatorului sunt nefondate și menține prevederile art. 30.10 din contractul de servicii.

Fata de aprecierile contestatorului cu privire la penalitățile de 0,05% de la data acordării avansului până la data plății finale menționate la art. 30.13, potrivit art. 4 alin. (3) din Hotărârea Guvernului nr. 264/2003: "*Garanția de returnare a avansului trebuie să fie acoperitoare atât pentru recuperarea avansului acordat, cât și pentru repararea prejudiciilor ce ar putea fi aduse prin imobilizarea fondurilor publice, în cazul neîndeplinirii sau îndeplinirii necorespunzătoare a obligațiilor contractuale ce derivă din acordarea avansului.*" Prin urmare, susținerile contestatorului sunt nefondate și se mențin prevederile art. 30.13.

Având în vedere corelarea cu celelalte clauze contractuale care cuprind penalități pentru neîndeplinirea obligațiilor contractuale de către prestator, autoritatea contractantă propune ca măsura de remediere eliminarea prevederilor art. 33.2 din contract. Se asemenea, se elimină și prevederile art. 39.3.

Contestatorul susține că art. 16.1 este abuziv, constituind bazele unei situații prejudiciante pentru viitorul contractor, însă studiul de fezabilitate și celelalte documente nu sunt elaborate în scopul valorificării lor de către achizitor, ci în scopul asigurării unei necesități a autorității contractante, mai exact realizării unui obiectiv de interes public (construcție autostrazi). 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.

În baza art. 27.1 din contract, operatorul economic declarat castigator va primi o plată în avans de maximum 15%, pe care va trebui mai apoi să o justifice conform Hotărârii Guvernului nr. 264/2003 și Legii 500/2002. Nu se poate considera că prestatorul nu va fi remunerat pentru documentele predate beneficiarului.

Contestatorul afirmă că, din analiza prevederilor art. 8 din cuprinsul modelului de contract, se observă tendința manifestată de autoritatea contractantă în sensul îngreunării excesive a derulării în bune condiții a contractului în ceea ce privește relația cu eventualii subcontractanți. Ca măsură de remediere, autoritatea propune modificarea art. 8.13 după cum urmează: "*Art. 8.13 - În situația în care este necesară înlocuirea unui subcontractant, Prestatorul are obligația de a nu încheia un nou contract de subcontractare cu niciunul/oricare dintre ofertanții declarați necâștigători în cadrul procedurii de atribuire a prezentului contract de servicii, întrucât*

*nerespectarea acestei obligații este considerată indicator de fraudă potrivit prevederilor OUG nr. 66/2011 cu modificări și completări ulterioare."*

Fata de aprecierile contestatorului vizavi de art. 8.14. din contract, autoritatea aduce la cunostinta ca sursa de finanțare a contractului de servicii o reprezintă fondurile nerambursabile și, ca atare, are obligația de a respecta art. 2 alin. (2), art. 45 și 204 din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006, precum și art. 8 din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 66/2011 privind prevenirea, constatarea și sancționarea neregulilor apărute în obținerea și utilizarea fondurilor europene și/sau a fondurilor publice naționale aferente acestora, cu normele de aplicare, pentru a evita apariția unor situații de fraudă.

Considera ca este de preferat ca operatorii economici să își declare toți subcontractanții la momentul elaborării ofertei, în cadrul formularului inclus în documentația de atribuire, sub sancțiunea faptei de fals în declarații. De asemenea, ar trebui ca subcontractanții să aibă experiența în domeniul proiectării și personalul de specialitate aferent, astfel încât să-și îndeplinească obligațiile cu profesionalism, iar înlocuirea lor să fie o situație excepțională, nu o regulă.

Atât timp cât nu se pot impune criteriile de calificare pentru subcontractanți, limitarea subcontractării de către autoritatea contractantă este posibilă. În consecință, introducerea unei cerințe prin care autoritatea contractantă limitează subcontractarea la un anumit procent din valoarea contractului publică nu excede prevederilor legale în domeniu, numai în măsura în care această limitare a fost prevăzută ca urmare a faptului că autoritatea contractantă se află în imposibilitatea de a verifica criteriile de calificare pentru subcontractanți.

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

Art. 8.13 din contract respecta prevederile art. 13 din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 66/2011: *"Beneficiarii persoane fizice/juridice de drept privat nu au dreptul de a angaja persoane fizice sau juridice care au fost implicate în procesul de verificare/evaluare a cererilor de finanțare în cadrul procedurii de selecție pe parcursul unei perioade de cel puțin 12 luni de la semnarea contractului de finanțare. Autoritățile cu competențe în gestionarea fondurilor europene au obligația să solicite instanței anularea contractului de finanțare care a fost încheiat, în cazul încălcării prevederilor alin. (1)."*

Totodată, art. 96 alin. (2) din Hotărârea Guvernului nr. 925/2006 prevede: *"pe parcursul derulării contractului, contractantul nu are dreptul de a înlocui subcontractantii nominalizați în oferta fără acceptul autorității contractante, iar eventuala înlocuire a acestora nu trebuie să conducă la modificarea propunerii tehnice sau financiare inițiale"*.

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

Contestatia privește anumite clauze contractuale, scoase din contextul articolelor care asigură o anumită succesiune logică a ideilor și o coerență a reglementării contractuale.

Autoritatea nu a impus restricții nejustificate față de potențialii ofertanți. Selecția lor se va face în baza unor criterii obiective, cu asigurarea principiului proportionalității.

Simpla enunțarea că anumite clauze sunt abuzive nu poate conduce la ideea că autoritatea încearcă să introducă anumite clauze ce au drept scop prejudicierea ofertantului castigator, ci poate arăta că persoanele contestate nu au capacitatea tehnică de a fi participante în procedura de achiziție.

"Operatorii economici care au formulat contestațiile nu pot fi considerate persoane vatamate, întrucât din contestațiile depuse nu rezultă care este vătămarea fizică, morală sau materială pe care au suferit-o prin citirea propunerii de contract de achiziție (spunem citirea propunerii de contract, întrucât contestatorii sunt posibili ofertanți nu castigatorii; pentru a fi castigatori trebuie să demonstreze capacitatea tehnică de a realiza obiectivul care face obiectul procedurii de achiziție)."

Din examinarea materialului probator administrat, aflat la dosarul cauzei, după verificarea din oficiu a competenței generale, materiale și teritoriale, potrivit art. 131 alin. (1) C. proc. civ., și după deliberare, Consiliul reține că, prin anunțul de participare nr. ... publicat în Sistemul Electronic de Achiziții Publice – SEAP la 23.05.2014, autoritatea contractantă ... a inițiat o procedură de licitație deschisă în vederea achiziționării de servicii constând, în principal, în:

a) revizuirea/actualizarea studiului de fezabilitate pentru obiectivul "drum de legătură ... km 47+600 - km 66+204, ...";

b) pregătirea documentației necesare în vederea transmiterii aplicației de finanțare din fonduri structurale pentru obiectivul antemenționat;

c) pregătirea documentației de atribuire pentru contractele de lucrari aferente obiectivului antementionat, precum și asigurarea asistenței beneficiarului pe durata procedurii de achiziție publică.

Serviciile sunt estimate valoric la maximum 5.336.829 lei, fără TVA, valoare indicată la pct. II.2.1) din anunțul de participare. Documentația de atribuire a fost postată în SEAP la 23.05.2014, alături de anunț. Ulterior consultării acestei documentații, considerând că mai multe clauze ale modelului de contract sunt abuzive și contravin dispozițiilor legale, respectiv că documentația prezintă unele neclarități, ... a atacat-o în termenul legal la Consiliu, mai precis în ultima zi a acestuia, prin contestația care formează obiectul prezentei cauze.

Asupra aspectelor sesizate de petentă, din înscrisurile aduse de părțile aflate în litigiu Consiliul constată că ... deși impută autorității diverse formulări insuficiente sau necorespunzătoare ale prevederilor documentației, nu a apelat la mecanismul clarificării acesteia, reglementat primar la art. 78 din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006:

*"Art. 78. - (1) Orice operator economic interesat are dreptul de a solicita clarificări privind documentația de atribuire.*

*(2) Autoritatea contractantă are obligația de a răspunde, în mod clar, complet și fără ambiguități, cât mai repede posibil, la orice clarificare solicitată, într-o perioadă care nu trebuie să depășească, de regulă, 3 zile lucrătoare de la primirea unei astfel de solicitări din partea operatorului economic.*

*(3) Autoritatea contractantă are obligația de a transmite răspunsurile - însoțite de întrebările aferente - către toți operatorii economici care au obținut, în condițiile prezentei ordonanțe de urgență, documentația de atribuire, luând măsuri pentru a nu dezvălui identitatea celui care a solicitat clarificările respective."*

Dacă s-ar fi recurs la acest mecanism legal, premisele erau de rezolvare pe cale amiabilă a divergențelor dintre operatorul economic și autoritatea contractantă.

Vizavi de clauzele contractuale care o nemulțumesc pe reclamantă, este de subliniat că orice contract de achiziție publică este un contract administrativ, nu unul comercial (civil), în lumina definiției contractului de achiziție publică și a Legii contenciosului administrativ nr. 554/2004. Fiind un contract cu ajutorul căruia administrația publică (sau entitățile asimilate) își realizează o parte din sarcinile sale, avându-se în vedere și obiectul său, se consideră că regimul juridic aplicabil contractelor administrative este unul exorbitant de drept public. Prerogativele de putere publică ale administrației au la bază faptul că administrația încheie contractul în scopul de a satisface un interes general. În virtutea acestor prerogative, administrația are posibilitatea de a impune clauze exorbitante în contract, de a controla modul de executare a



contractului și de a dispune rezilierea contractului atunci când interesul public nu mai primește prin executarea contractului o satisfacție completă și continuă.

Orice contract cu o autoritate publică centrală sau locală cuprinde clauze ce pot fi considerate exorbitante pentru particulari, dată fiind calitatea aparte a beneficiarului și destinația vizând interesul public a contractului. În consecință, și contractele de achiziție publică presupun anumite rigori pe care trebuie să le accepte cei care doresc să se implice într-o relație contractuală cu statul sau entitățile publice ale sale. Nimic nu oprește contestatorul să nu participe la licitația în curs dacă nu dorește să își asume clauzele exorbitante pe care le presupune orice contract administrativ, cum sunt cele enumerate la art. 2 lit. c) din Legea contenciosului administrativ nr. 554/2004, în rândul cărora se situează și contractele de achiziție publică. Aceeași lege organică a contenciosului administrativ instituie regula conform căreia principiul libertății contractuale este subordonat principiului priorității interesului public.

Criticile contestatoarei au fost sintetizate de aceasta după cum urmează:

- durata contractului și data începerii efective a furnizării serviciilor de către prestator nu sunt determinate clar;
- termenele la care urmează a se efectua plățile de către autoritate nu sunt determinate clar și sunt condiționate excesiv;
- penalizările pe care autoritatea le poate aplica sunt excesive (10% din valoarea contractului pentru aproape orice încălcare), însă prestatorul nu poate aplica niciun fel de penalități;
- prestatorul este obligat să transfere autorității toate drepturile de proprietate intelectuală asupra documentației realizate în temeiul contractului, fără să fi încasat contravaloarea acesteia;
- există interdicții și restrângeri excesive în legătură cu subcontractarea.

Referitor la durata contractului, cu certitudine aceasta reprezintă un element esențial al oricărui contract de achiziție publică, marcând temporal momentul de început și cel de sfârșit al obligațiilor pe care și le asumă părțile, de regulă. La expirarea termenului pentru care a fost încheiat, contractul încetează, iar părțile sunt liberate de obligațiile asumate (art. 1.322 C. civ.). Obligațiile contractuale pot fi pure și simple, obligații simple sau afectate de modalități. Obligația este afectată de termen atunci când executarea sau stingerea ei depinde de un eveniment viitor și sigur. Termenul este suspensiv atunci când, până la împlinirea lui, este amânată scadența obligației, respectiv extinctiv atunci când, la împlinirea lui, obligația se stinge (1.411 și 1.412 C. civ.).

În anunțul de participare, pct. II.3) – *Durata contractului/acordului-cadru/SAD sau termenul de finalizare*, autoritatea a

menționat: "6 luni începând de la data atribuirii contractului", mențiune care nu corespunde întocmai cu cea de la pct. II.3) – *Durata contractului/acordului-cadru/SAD sau termenul de finalizare din fișa de date a achiziției: "6 luni începând de la data atribuirii contractului/emiterii ordinelor de începere a serviciilor sau lucrărilor"*.

Așadar, conform anunțului durata începe să curgă de la data atribuirii, în vreme ce, potrivit fișei de date, ea începe să curgă de la emiterea "ordinelor" de începere a "serviciilor sau lucrărilor".

Niciunul dintre cele două repere nu permite informarea corectă a operatorilor economici întrucât, pe de o parte, niciun contract de achiziție publică nu își poate produce efectele de la data atribuirii lui, respectiv să înceapă de la această dată, știut fiind că atribuirea – care nu echivalează cu semnarea contractului – constituie o manifestare de voință prin care se finalizează evaluarea ofertelor și se concretizează în actul juridic constituit de raportul procedurii, aprobat de conducătorul autorității contractante. Altfel spus, atribuirea contractului precede semnarea lui cu minimum 11 zile, conform termenelor de așteptare de la art. 205 alin. (1) și art. 206 alin. (3) din ordonanță. Mai mult, în situația contestării atribuirii, data semnării contractului se decalează cu perioada de soluționare a contestației, în interiorul căreia îi este interzisă autorității semnarea contractului atribuit. Ofertantul căruia îi este atribuit contractul nu dobândește instantaneu calitatea de contractant, ci doar după semnarea acestuia de către ambele părți.

În ipoteza autorității se ajunge la concluzia, eronată, că durata contractului începe să curgă mai înainte de a fi semnat. Dacă autoritatea dorea să raporteze această durată la momentul încheierii (semnării) contractului, atunci trebuia să se exprime în această direcție.

Pe de altă parte, momentul de început al duratei nu poate fi stabilit alternativ, cum apare în fișa de date a achiziției – "*data atribuirii contractului/emiterii ordinelor de începere a serviciilor sau lucrărilor*". Autoritatea trebuie să se hotărască asupra unui unic moment, care să nu fie lăsat la discreția sa, cum se desprinde din redactarea actuală, din care nu se înțelege câte ordine de începere sunt necesare sau la ce lucrări se referă ele (contractul fiind de servicii).

Confuzia este agravată de clauzele art. 5 din modelul de contract, invocate de contestatoare, unde se precizează:

*5.1 Durata prezentului Contract de Servicii este de 6 luni de la Data de începere a contractului.*

*5.2 Data intrării în vigoare a Contractului va fi în termen de 15 zile calendaristice de la data semnării Contractului, sub conditia constituirii Garantiei de Bună Executie, în forma, pentru perioada si*

*în cuantumul agreeat de Beneficiar, precum și în termenul și condițiile prevăzute la Articolul 29 din prezentul Contract.*

*5.3 Data de începere a Contractului de servicii va fi notificată de către Beneficiar după data intrării în vigoare a Contractului, sub condiția îndeplinirii integrale și în mod cumulativ a cerințelor prevăzute la art. 5.2 din Contractul de servicii. Pana 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. [...]*

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

Se observă că autoritatea operează cu mai multe noțiuni (*durata contractului, data atribuirii contractului, data emiterii "ordinelor" de începere a "serviciilor sau lucrărilor", data intrării în vigoare a contractului, data de începere a contractului, perioada de valabilitate a contractului*), pe care nu numai că nu le stăpânește, dar nici nu le explică operatorilor economici. Legislația pe linie de achiziție publică nu împiedică utilizarea noțiunilor enumerate, însă îi prescrie autorității să precizeze în cadrul documentației de atribuire orice cerință, criteriu, regulă și alte informații necesare pentru a asigura ofertantului o informare completă, corectă și explicită cu privire la modul de aplicare a procedurii de atribuire [art. 33 alin. (1) din ordonanță]. În speță, semnificația noțiunilor este atât neclară, cât și contradictorie pe alocuri, deci contrară art. 33 alin. (1) din ordonanță.

Se impune ca autoritatea să menționeze o unică dată de începere a duratei contractului (durată care, într-adevăr, poate fi de 6 de luni), de exemplu, data semnării lui, data prezentării la autoritate a garanției de bună execuție, data recepționării de către contractant a ordinului de începere a serviciilor etc, dată care, însă, nu poate fi cea a atribuirii contractului, ci ulterioară, din motivele mai sus expuse. De altminteri, din motivarea contestatoarei reiese că problema vizează și durata contractului (6 luni), nu numai momentul de la care începe să curgă această durată, mai cu seamă că ofertantul contractant este ținut să își mobilizeze din timp personalul și echipamentele/utilajele necesare desfășurării activității.

În consecință, pentru a respecta rigorile art. 33 alin. (1) din ordonanță, dar și pentru a evita eventuale neplăceri în etapa de implementare a contractului, autoritatea va trebui să coreleze noțiunile în discuție pe care le utilizează în anunțul de participare, fișa de date a achiziției și modelul contractului de servicii, precum și să le atribuie o semnificație dincolo de echivoc.

Prin clauza 5.5 din modelul de contract, conform căreia *perioada de valabilitate a contractului se va încheia la epuizarea*

*convențională sau legală a oricărui efect pe care îl produce, deci o valabilitate incertă și greu determinabilă, autoritatea anihilează clauza. 5.1, în care a stabilit că durata contractului este fixă, de 6 luni. Cele două clauze pot fi menținute, nefiind contrare legii, însă trebuie corelate, eventual prin circumstanțierea că durata contractului se referă strict la îndeplinirea obligațiilor contractuale [principale] la care se angajează fiecare debitor (art. 1.226 C. civ.), iar perioada de valabilitate acoperă altceva. De altminteri, clauza 5.5 poate fi eliminată, în condițiile în care există următoarele norme substituente în Codul civil:*

*- art. 1.322. - 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.*

*- art. 1.350. - (1) Orice persoană trebuie să își execute obligațiile pe care le-a contractat.*

*(2) Atunci când, fără justificare, nu își îndeplinește această îndatorire, ea este răspunzătoare de prejudiciul cauzat celeilalte părți și este obligată să repare acest prejudiciu, în condițiile legii.*

Evident, răspunderea contractuală intervine și în ipoteza în care valabilitatea contractului a expirat, chiar dacă nu există trecută de părți o clauză în acest sens. În punctul său de vedere nr. 92/35667/19.06.2014 asupra contestației, în mod judicios autoritatea sesizează că unele "efecte" ale contractului se întind după expirarea perioadei de implementare, însă lămuririle aduse în punctul de vedere trebuiau să figureze în documentația de atribuire, pentru a risipi îndoiala operatorilor economici.

Legea nu interzice ca unele clauze ale contractului sau obligații ce derivă din acesta să supraviețuiască duratei lui, însă aceeași lege interzice utilizarea unei documentații de atribuire ambiguë, cum se vedește a fi cea în discuție (modelul de contract fiind parte integrantă din documentația de atribuire).

În ceea ce privește data de începere a prestării serviciilor, însăși autoritatea contractantă, în punctul său de vedere, consideră că este necesară revizuirea actualei clauze 5.3, după cum urmează:

*"Art. 5.3 – Data de începere a Contractului de servicii va fi notificata de către Beneficiar după data "intrării în vigoare a Contractului, dar nu mai târziu de 5 zile lucratoare de la data intrării în vigoare a contractului, sub condiția îndeplinirii integrale și în mod cumulativ a cerințelor prevăzute la art. 5.2 din Contractul de servicii. Pana la data specificata în Notificarea Beneficiarului, Prestatorul va fi mobilizat atat din punct de vedere al personalului cat și din punct de vedere al echipamentelor/utilajelor necesare desfasurarii activitatii. Data de incepere din notificare nu poate depasi 4 luni de la data emiterii notificării. Beneficiarul este exonerat de orice costuri suplimentare pentru aceasta perioada."*

Consiliul ia act că autoritatea contractantă, în urma primirii contestației în referință, a adoptat măsura de remediere a modelului de contract, clauza 5.3, prin actul [CN151022/010] *Masuri de remediere ...pdf*, publicat în SEAP la 19.06.2014, în acord cu normele art. 256 ind. 3 alin. (1) din ordonanța privind achizițiile publice – "*după primirea unei contestații, autoritatea contractantă are dreptul de a adopta măsurile de remediere pe care le consideră necesare ca urmare a contestației respective*".

Până la acest moment, nici ... și nici alt operator economic nu au reclamat măsura de remediere adoptată de autoritate, context în care se prezumă că sunt de acord cu ea. De altminteri, la acest moment contestarea ei ar fi tardivă.

Relativ la termenele de plată, relevant este art. 27 – *Plăți*, din modelul de contract, cu următorul cuprins:

"27.1. Plățile se vor face în lei, în contul (bancar/de trezorerie) notificat de Prestator Beneficiarului. Plățile vor fi efectuate conform următorului tabel:

Nr. crt.	Plăți	Valoare maxima (lei, fara TVA)
1.	Plata avans Recuperarea integrala a avansului acordat va fi realizata pana la Plata finala	reprezentând 15% din Prețul Contractului
2.	Plăți intermediare pe baza acceptarii de către Beneficiar a următoarelor studii, insotite de Rapoartele financiare aprobate aferente fiecărui studiu: Studii geotehnice Studii de evaluare a Impactului asupra Mediului Studiul de arheologie	reprezentând 45% din Prețul Contractului din care: reprezentând 35% din Prețul Contractului reprezentând 3% din Prețul Contractului reprezentând 7% din Prețul Contractului
3.	Plata intermediara pe baza acceptarii de către Beneficiar a Studiului de Fezabilitate Final, a aprobarii Raportului Financiar si a acceptarii Auditului de siguranța	(reprezentând 30% din Prețul Contractului)
4.	Plata finala pe baza indeplinirea tuturor activitatilor mentionate in Anexa I - Caietul de sarcini si a Raportului Financiar Final	(reprezentând 25% din Prețul Contractului)
	Total Pret Contract	

**27.2. Avansul poate fi acordat in valoare de maxim 15% din Pretul Contractului. Recuperarea integrala a avansului acordat va fi realizata pana la Plata finala.** In situatia solicitarii platii în avans, aceasta se va pune in aplicare cu respectarea prevederilor Hotararii Guvernului nr. 264/2003 privind stabilirea actiunilor si categoriilor de cheltuieli, criteriilor, procedurilor si limitelor pentru efectuarea de plati in avans din fonduri publice, republicata, cu modificarile si completarile ulterioare si conform prevederilor Legii 500/2002 cu modificările si completările ulterioare.

27.3. (1) **Plati intermediare**, aferente punctului 2 din tabelul de la Articolul 27.1, in valoare de **maxim 45%** din Pretul Contractului se vor efectua numai dupa aprobarea de catre Beneficiar a Rapoartelor Financiare aferente fiecarei plati. Rapoartele Financiare vor fi transmise de Prestator catre Beneficiar numai dupa acceptarea studiilor respective (Studii geotehnice, Studiul de evaluare a Impactului asupra Mediului, Studiul de arheologie).

(2) **Plata intermediara**, aferenta punctului 3 din tabelul de la Articolul 27.1, in valoare de **maxim 30%** din Pretul Contractului se va efectua numai dupa aprobarea de catre Beneficiar a Raportului Financiar. Raportul Financiar va fi transmis de Prestator catre Beneficiar numai dupa acceptarea Studiului de Fezabilitate Final si Auditului de siguranta.

(3) Valoarea reala a prestatiei pentru realizarea Studiului de Fezabilitate final, poate sa difere de valoarea Platiilor intermediare, si anume maxim 75% din Pretul contractului.

a) In conditiile in care, din documentele justificative prezentate in cadrul fiecarui Raport Financiar rezulta o valoare mai mica de 75% din Pretul contractului, Beneficiarul

va aproba si va plati valoarea rezultata din serviciile prestate pentru fiecare studiu in parte.

b) In conditiile in care, din documentele justificative prezentate in cadrul fiecarui Raport Financiar rezulta o valoare mai mare de 75% din Pretul contractului, Beneficiarul va aproba si va plati maxim 75% din Pretul contractului. Diferenta de valoare ramasa de plata va fi inclusa in Plata Finala reprezentand maxim 25% din Pretul contractului.

27.4. Valorile mentionate in tabelul de la articolul 27.1 reprezinta sumele maximale ce pot fi platite de catre Beneficiar in baza Rapoartelor transmise in conformitate cu prevederile Anexei I - Caietul de sarcini, insotite obligatoriu de documentele relevante privind:

a) **PERSONALUL**: pontajele expertilor vizate de catre reprezentantii Beneficiarului, sarcinile îndeplinite, activitatile prestate/lucrarile executate si zilele efectiv lucrate de către fiecare expert;

b) **STUDIILE REALIZATE**: studiul geotehnic, studiul de evaluare impact asupra mediului, studiul arheologic, studiul audit siguranta rutiera, etc.

27.5. **(1) Plata studiilor geotehnice** se va face in conformitate cu preturile prezentate in Formularul de Propunere Financiara – Anexa III a Contractului de Servicii si in baza numarului de foraje si probe per foraj/sondaj supuse analizei de laborator pe fiecare categorie de foraj si pe fiecare categorie de lucrari (podete, poduri, tunele, viaducte, pasaje, consolidari, drum, etc) si in baza numarului de foraje/sondaje realizate pentru fiecare categorie de lucrari (podete, poduri, tunele, viaducte, pasaje, consolidari, drum, etc) in functie de tipul de relief, de lungimea traseului si de activitatile necesare intocmirii studiului geotehnic.

**(2) Plata studiilor geotehnice**, in quantum de maxim 35% din Pretul Contractului, se poate realiza si prin plati intermediare/particulare lunare. In functie de stadiul de realizare a lucrarilor de foraje si analizelor de laborator, in baza fiselor de foraj si buletinelor de laborator, se pot realiza plati lunare in quantum de **maxim 20%** din Pretul Contractului. Fisele de foraj si buletinele de laborator se vor transmite la sfarsitul fiecărei luni, insotite de cate un Raport financiar. Quantumul de maxim 15% din Pretul Contractului se va plati in baza **studiilor geotehnice finale**, asa cum este specificat in Anexa I - Caietul de sarcini.

27.6. **Plata valorii finale** a Contractului de Servicii se realizeaza ținând cont de valoarea Maximă a contractului, de deducerea sumelor plătite deja, si de Raportul final aprobat.

27.7. **Platile intermediare si Plata finala** se vor efectua in termen de 60 de zile de la data primirii facturii sau in termen de 60 de zile de la data aprobarii Rapoartelor de catre Beneficiar, in situatia in care factura este emisa anterior aprobarii Rapoartelor. Pentru prezentul Contract de servicii termenul contractual de plata este prevazut la **60 de zile**, avand in vedere complexitatea rapoartelor, volumul mare al documentelor de verificat si aprobat inainte de realizarea platilor, precum si accesul la fondurile necesare efectuării platilor, fiind vorba despre un proiect de infrastructura rutiera de interes major.

27.8. (1) Termenul limita de plata de 60 zile prevazut la articolul 27.7 va expira la data la care contul Beneficiarului este debitat. Beneficiarul poate suspenda termenul de plata pentru orice alta suma facturata contestata de catre Managerul de Proiect, prin notificarea Prestatorului in sensul ca acea parte a facturii este neacceptata, fie deoarece suma respectiva nu este datorata, fie că documentele aferente nu pot fi avizate si Beneficiarul consideră că sunt necesare mai multe verificări, fie ca se depaseste pragul maxim.

(2) În astfel de cazuri, Beneficiarul va returna factura pentru clarificari, modificari sau informatii suplimentare, care trebuie depuse în termen de 30 de zile de la solicitare. Suspendarea termenului de plata se va încheia la data la care Beneficiarul va aproba factura corect întocmita si fundamentata in mod corespunzator prin Rapoarte Lunare de Progres si orice alte documente corespunzatoare, aprobate de Beneficiar si va fi efectuata conform prevederilor Articolului 27 din prezentul Contract.

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. Dobanda penalizatoare se va percepe pentru

perioada scursă între data termenului limită de plată (inclusiv) și data la care este debitat contul Beneficiarului (exclusiv).

27.10. Platile datorate de către Beneficiar se vor efectua în lei, în contul bancar/de trezorerie notificat de către Prestator Beneficiarului.

27.11. Toate facturile trebuie însoțite de copii sau extrase ale Rapoartelor corespunzătoare prevăzute în Anexa I Caietul de Sarcini.

27.12. Plata finală se va face după îndeplinirea de către Prestator a tuturor obligațiilor sale în legătură cu executarea Serviciilor conform prevederilor Anexei I Caietul de Sarcini.

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

27.14. În cazul în care oricare din următoarele evenimente intervine și persistă, Beneficiarul poate suspenda, total sau parțial, platile 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."

Citind explicațiile din punctul de vedere al ..., a cărei calitate de autoritate contractantă nu este tăgăduită în speță, Consiliul concluzionează că, prin cerința prezentării rapoartelor financiare de către contractantul prestator, autoritatea a dorit să se asigure că sumele ce urmează a fi decontate au corespondent în cheltuielile suportate de prestator în îndeplinirea contractului. Compania invocă necesitatea decontării pe bază de documente justificative, în sensul art. 52 alin. (6) din Legea nr. 500/2002 privind finanțele publice: "*Efectuarea plăților, în limita creditelor bugetare aprobate, se face numai pe bază de acte justificative, întocmite în conformitate cu dispozițiile legale [...]*".

Argumentele aduse de Companie sunt întemeiate în aparență, însă, privite prin prisma datelor concrete ale speței, doza de temeinicie este limitată, respectiv caracterul lor nu este în întregime fondat. În speță, autoritatea urmărește să achiziționeze nu rapoarte financiare, în sine, ci diverse studii și activități de specialitate. Doar pentru acestea din urmă se justifică plata prețului cerut de ofertant, nu și pentru rapoartele financiare. Altfel spus, indiferent dacă există sau nu rapoarte financiare, obiectul pentru care a fost încheiat contractul și a cărui contravaloare este supusă obligației de plată din partea autorității contractante îl reprezintă diversele studii și activități de specialitate livrate de prestator, context în care documentele justificative prescrise de legislația financiară se impun a fi limitate la cele care le privesc. În altă ordine de idei, autoritatea nu decontează rapoarte financiare, în sine, ci serviciile oferite și prestate efectiv de contractant (obiectul obligației – art. 1.226 C. civ.). Prețul ofertat, deci determinat, poate și trebuie să fie plătit dacă prestatorul și-a îndeplinit obligațiile contractuale, indiferent de existența sau nu a rapoartelor financiare. Cu toate acestea, acolo

unde prețul activităților nu a fost determinat în prealabil de părți, aducerea unor documente justificative (de genul facturilor și actelor de recepție) este necesară, după cum reiese și din interpretarea coroborată a următoarelor normelor legale:

- art. 1.851 C. civ.: (1) Prin contractul de antrepriză, antreprenorul se obligă ca, pe riscul său, să execute o anumită lucrare, materială ori intelectuală, sau să presteze un anumit serviciu pentru beneficiar, în schimbul unui preț.

- art. 1.854 C. civ.: (1) Prețul antreprizei poate consta într-o sumă de bani sau în orice alte bunuri sau prestații.

(2) Prețul trebuie să fie serios și determinat sau cel puțin determinabil.

(3) Atunci când contractul nu cuprinde clauze referitoare la preț, beneficiarul datorează prețul prevăzut de lege ori calculat potrivit legii sau, în lipsa unor asemenea prevederi legale, prețul stabilit în raport cu munca depusă și cheltuielile necesare pentru executarea lucrării ori prestarea serviciului, avându-se în vedere și uzanțele existente.

- art. 1.855 C. civ.: Contractul este de vânzare, iar nu de antrepriză, atunci când, potrivit intenției părților, executarea lucrării nu constituie scopul principal al contractului, avându-se în vedere și valoarea bunurilor furnizate.

- art. 1.865 C. civ.: (1) Atunci când, cu ocazia încheierii contractului, prețul lucrărilor sau al serviciilor a făcut obiectul unei estimări, antreprenorul trebuie să justifice orice creștere a prețului.

(2) Beneficiarul nu este ținut să plătească această creștere decât în măsura în care ea rezultă din lucrări sau servicii care nu puteau fi prevăzute de către antreprenor la momentul încheierii contractului.

- art. 1.866 C. civ.: Dacă prețul este stabilit în funcție de valoarea lucrărilor executate, a serviciilor prestate sau a bunurilor furnizate, antreprenorul este ținut, la cererea beneficiarului, să îi dea socoteală despre stadiul lucrărilor, despre serviciile deja prestate și despre cheltuielile deja efectuate.

- art. 6 din Legea contabilității nr. 82/1991: (1) Orice operațiune economico-financiară efectuată se consemnează în momentul efectuării ei într-un document care stă la baza înregistrărilor în contabilitate, dobândind astfel calitatea de document justificativ.

(2) Documentele justificative care stau la baza înregistrărilor în contabilitate angajează răspunderea persoanelor care le-au întocmit, vizat și aprobat, precum și a celor care le-au înregistrat în contabilitate, după caz.

- art. 41 din Legea contabilității nr. 82/1991: Constituie contravenție următoarele fapte: [...] 2. nerespectarea reglementărilor emise de Ministerul Finanțelor Publice, respectiv de instituțiile cu atribuții de reglementare în domeniul contabilității prevăzute la art. 4 alin. (3), cu privire la: [...]

c) întocmirea și utilizarea documentelor justificative și contabile pentru toate operațiunile efectuate, înregistrarea în contabilitate a acestora în perioada la care se referă, păstrarea și arhivarea acestora, precum și reconstituirea documentelor pierdute, sustrate sau distruse.

- art. 52 din Legea nr. 500/2002 privind finanțele publice: "(6) Efectuarea plăților, în limita creditelor bugetare aprobate, se face numai pe bază de acte justificative, întocmite în conformitate cu dispozițiile legale [...]"

- Normele metodologice privind angajarea, lichidarea, ordonanțarea și plata cheltuielilor instituțiilor publice, precum și organizarea, evidența și raportarea angajamentelor bugetare și legale, aprobate prin Ordinul ministrului finanțelor publice nr. 1.792/2002:

Lichidarea cheltuielilor

Este faza în procesul execuției bugetare în care se verifică existența angajamentelor, se determină sau se verifică realitatea sumei datorate, se



verifică condițiile de exigibilitate ale angajamentului legal pe baza documentelor justificative care să ateste operațiunile respective.

Verificarea existenței obligației de plată se realizează prin verificarea documentelor justificative din care să rezulte pretenția creditorului, precum și realitatea "serviciului efectuat" (bunurile au fost livrate, lucrările executate și serviciile prestate sau, după caz, existența unui titlu care să justifice plata: titlu executoriu, acord de împrumut, acord de grant etc.).

Salariile și indemnizațiile vor fi lichidate în baza statelor de plată colective, întocmite de compartimentul de specialitate, cu excepția cazurilor în care este necesară lichidarea individuală.

Documentele care atestă bunurile livrate, lucrările executate și serviciile prestate sunt Factura fiscală (cod 14-4-10/A) sau Factura (cod 14-4-10/aA) cuprinse în anexa nr. 1A "Catalogul formularelor tipizate, comune pe economie, cu regim special de tipărire, înscriere și numerotare, privind activitatea financiară și contabilă" la Hotărârea Guvernului nr. 831/1997 pentru aprobarea modelelor formularelor comune privind activitatea financiară și contabilă și a normelor metodologice privind întocmirea și utilizarea acestora, sau alte formulare ori documente cu regim special, aprobate potrivit legii.

Persoana împuternicită să efectueze lichidarea cheltuielilor verifică personal documentele justificative și confirmă pe propria răspundere că această verificare a fost realizată.

Ordonanțarea de plată va fi însoțită de documentele justificative în original și va purta viza persoanelor autorizate din compartimentele de specialitate, care să confirme corectitudinea sumelor de plată, livrarea și recepționarea bunurilor, executarea lucrărilor și prestarea serviciilor, existența unui alt titlu care să justifice plata, precum și, după caz, înregistrarea bunurilor în gestiunea instituției și în contabilitatea acesteia.

Facturile în original sau alte documente întocmite în vederea plății cheltuielilor vor purta obligatoriu numărul, data notei contabile și semnătura persoanei care a înregistrat în contabilitate lichidarea cheltuielilor.

În cazuri excepționale, când nu este posibilă prezentarea documentelor justificative în original, vor fi acceptate și copii ale documentelor justificative, certificate pentru conformitatea cu originalul de către ordonatorul de credite sau de persoana delegată cu aceste atribuții.

În situația în care, în conformitate cu prevederile contractuale, urmează să se efectueze plata în rate a bunurilor livrate, lucrărilor executate și a serviciilor prestate, se vor avea în vedere următoarele:

- prima ordonanțare de plată va fi însoțită de documentele justificative care dovedesc obligația către creditor pentru plata ratei respective;
- ordonanțările de plată ulterioare vor face referire la documentele justificative deja transmise conducătorului compartimentului financiar (financiar-contabil).

Plata se efectuează de conducătorul compartimentului financiar (financiar-contabil) numai dacă sunt îndeplinite următoarele condiții:

- cheltuielile care urmează să fie plătite au fost angajate, lichidate și ordonanțate;
- există credite bugetare deschise/repartizate sau disponibilități în conturi de disponibil;
- subdiviziunea bugetului aprobat de la care se efectuează plata este cea corectă și corespunde naturii cheltuielilor respective;
- există toate documentele justificative care să justifice plata;
- semnăturile de pe documentele justificative aparțin ordonatorului de credite sau persoanelor desemnate de acesta să exercite atribuții ce decurg din procesul executării cheltuielilor bugetare, potrivit legii;

- beneficiarul sumelor este cel îndreptățit potrivit documentelor care atestă serviciul efectuat;
- suma datorată beneficiarului este corectă;
- documentele de angajare și ordonanțare au primit viza de control financiar preventiv propriu;
- documentele sunt întocmite cu toate datele cerute de formular;
- alte condiții prevăzute de lege.

Ordinele de plată se emit pe baza documentelor justificative din care să reiasă că urmează să se achite integral sau parțial o datorie contractată și justificată.

În contextul normativ expus, apar a fi abuzive clauzele din modelul de contract care condiționează plata pentru serviciile prestate și acceptate de beneficiar de aprobarea de către același beneficiar a unor rapoarte financiare care să le susțină. Din moment ce autoritatea beneficiară a acceptat studiile/activitățile prestate, pentru care există determinat în prealabil prețul conform ofertei (evident, încadrat în limitele maxime trecute în contract), nu se susține logic și financiar reprobarea lor prin intermediul unor rapoarte financiare în care contractantul să își justifice costurile. Este corectă opinia contestatoarei precum că nu își găsește utilitatea aprobarea rapoartelor financiare acolo unde serviciile au fost acceptate de către autoritatea contractantă.

Prin contract, acolo unde pentru fiecare studiu/activitate livrabilă s-a determinat în prealabil un preț, acesta este cel care trebuie plătit de autoritatea cumpărătoare, indiferent de cheltuielile mai mici sau mai mari suportate de prestator și de justificarea lor internă. Esențial este a se identifica precis de către autoritate și precizat în cuprinsul documentației de atribuire care dintre următoarele două articole din Codul civil guvernează contractul de achiziție publică:

a) art. 1.866 – Prețul stabilit în funcție de valoarea lucrărilor sau serviciilor:

Dacă prețul este stabilit în funcție de valoarea lucrărilor executate, a serviciilor prestate sau a bunurilor furnizate, antreprenorul este ținut, la cererea beneficiarului, să îi dea socoteală despre stadiul lucrărilor, despre serviciile deja prestate și despre cheltuielile deja efectuate.

b) art. 1.867 – Prețul forfetar:

(1) Atunci când contractul este încheiat pentru un preț global, beneficiarul trebuie să plătească prețul convenit și nu poate cere o diminuare a acestuia, motivând că lucrarea sau serviciul a necesitat mai puțină muncă ori a costat mai puțin decât s-a prevăzut.

(2) Tot astfel, antreprenorul nu poate pretinde o creștere a prețului pentru motive opuse celor menționate la alin. (1).

(3) Prețul forfetar rămâne neschimbat, cu toate că s-au adus modificări cu privire la condițiile de executare inițial prevăzute, dacă părțile nu au convenit altfel.

Problema a mai fost supusă jurisdicției Consiliului, iar acesta s-a pronunțat asupra ei prin mai multe decizii, ultimele fiind cele cu nr. 1969/C5/2252/2304/2311/2321/30.06.2014 și 2024/C1/2247, 2277,2299,2312/03.07.2014, în care s-a consemnat:

"[...] Aceste critici trebuie coroborate cu prevederile punctului III, Litera A, Anexa 3 - Livrabile din Caietul de Sarcini (pag. 95) - 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 raportat la cele ale autorității contractante, Consiliul apreciază că nu pot fi reținute susținerile acesteia referitoare la necesitatea decontării pe bază de documente justificative, respectiv invocarea prevederilor art. 52 alin. (6) din Legea nr. 500/2002 care dispun 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."

Considerentele reproduse își păstrează valabilitatea și în speța de față, mai cu seamă că procedurile de atribuire în care au fost

pronunțate deciziile Consiliului sunt similare celei în cauză și au fost derulate tot de către .... În consecință, autoritatea urmează să fie obligată la determinarea și precizarea în documentația de atribuire dacă prețul contractului *sau al unor componente ale acestuia* este stabilit în funcție de valoarea concretă a serviciilor prestate (art. 1.866 C. civ.) ori este unul forfetar, deci independent de valoarea concretă a serviciilor prestate (art. 1.867 C. civ.), și să revizuiască în consecință clauzele care condiționează efectuarea și stabilirea cuantumului plăților către prestator de verificarea și aprobarea actelor justificative care stau la baza rapoartelor financiare, rapoarte a căror utilitate nu este tăgăduită de Consiliu și pe care prestatorul va trebui să le prezinte, făcând parte din obligațiile sale contractuale. De asemenea, odată acceptate studiile și alte livrabile de către autoritate, aceasta nu poate condiționa plata lor de aprobarea rapoartelor financiare aferente, concluzie care conduce la remedierea ca atare a clauzelor contractuale, însă cuantumul sumelor de plată depinde de încadrarea contractului, dispusă mai sus, la art. 1.866 sau 1.867 C. civ.

Relativ la clauza 27.7: *"Platile intermediare si Plata finala se vor efectua in termen de 60 de zile de la data primirii facturii sau in termen de 60 de zile de la data aprobarii Rapoartelor de catre Beneficiar, in situatia in care factura este emisa anterior aprobarii Rapoartelor. Pentru prezentul Contract de servicii termenul contractual de plata este prevazut la 60 de zile, avand in vedere complexitatea rapoartelor, volumul mare al documentelor de verificat si aprobat inainte de realizarea platilor, precum si accesul la fondurile necesare efectuării platilor, fiind vorba despre un proiect de infrastructura rutiera de interes major."*, ea trebuie nuanțată în lumina celor statuate mai sus (odată acceptate studiile și alte livrabile de către autoritate, termenul de plată a contravalorii lor va curge de la data acceptării lor, nu de la cea de aprobare a rapoartelor).

... invocă nelegalitatea termenului de 60 de zile stabilit în clauza analizată, termen pe care în consideră contrar Legii nr. 72/2013 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, art. 6 lit. c) – *autoritățile contractante execută obligația de plată a sumelor de bani rezultând din contractele încheiate cu profesioniști cel târziu la 30 de zile calendaristice de la recepție sau verificare, dacă prin lege sau prin contract se stabilește o procedură de recepție ori de verificare pentru certificarea conformității mărfurilor sau serviciilor, iar autoritatea contractantă a primit factura ori cererea echivalentă de plată la data recepției sau verificării ori anterior acestei date.*

Legea mai prevede că procedura de recepție sau verificare nu poate depăși 30 de zile calendaristice de la data primirii bunurilor sau prestării serviciilor. Prin excepție, în cazuri justificate în mod obiectiv de natura sau caracteristicile contractului, procedura de recepție sau verificare poate avea o durată mai mare de 30 de zile calendaristice, dacă sunt stabilite expres în contract și în documentația achiziției atât termenul de recepție, cât și motivele obiective, sub rezerva ca această clauză să nu fie abuzivă, în sensul art. 12, excepție care nu se regăsește trecută în modelul de contract conceput de autoritatea contractantă.

Aceeași lege, la art. 7 - "Termenul contractual de plată", prevede că *"Termenele de plată stabilite în contract pentru executarea obligațiilor autorităților contractante nu pot fi mai mari decât termenele stabilite potrivit art. 6 alin. (1). În mod excepțional, părțile pot stipula un termen de plată de maximum 60 de zile calendaristice, dacă acesta este stabilit expres în contract și în documentația achiziției și este obiectiv justificat, ținând cont de natura sau caracteristicile specifice ale contractului, sub rezerva ca această clauză să nu fie abuzivă, în sensul art. 12."*

Practica sau clauza contractuală prin care se stabilește în mod vădit inechitabil, în raport cu creditorul, termenul de plată este considerată abuzivă (art. 12), iar un termen de 60 de zile, cum este cel în dezbatere, apare a nu fi inechitabil față de contractant. Legiuitorul a lăsat la îndemâna autorităților contractante termenul de 60 de zile, termen pe care ... l-a justificat în mod corespunzător în cadrul clauzei 27.7. Prin urmare, autoritatea nu a făcut decât să transpună propria situație factuală la normele legale precitate, nedepășind limitele acestora.

Aceeași optică o întâlnim și în precedentele decizii ale Consiliului amintite mai sus (nr. 1969/C5/2252/2304/2311/2321/30.06.2014 și 2024/C1/2247,2277,2299,2312/03.07.2014), în care s-a constatat că *"termenul de plată de 60 de zile este în conformitate cu dispozițiile art. 7 alin. (1) din Legea nr. 72/2013"*.

În analiza criticii la adresa clauzei 8.10 din proiectul de contract (8.10 - *Orice schimbare a subcontractantului fără aprobarea prealabilă în scris a Beneficiarului sau orice încredințare a serviciilor de către subcontractant către terțe părți va fi considerată o încălcare a Contractului de Servicii, situație care îndreptățește Beneficiarul la obținerea de despăgubiri din partea Prestatorului în cuantum de 20% din suma alocată pentru serviciile subcontractate*), Consiliul, după cum a statuat și în decizia nr. 1749/C6/1814/1820/1830/1855/1899/12.06.2014, precum și în alte decizii în care a fost implicată ... se va raporta la prevederile art. 96 din Hotărârea Guvernului nr. 925/2006, potrivit căroră *"(1) În cazul în care părți din contractul de achiziție publică urmează să se îndeplinească de unul sau mai mulți subcontractanți, autoritatea contractantă are*

*obligația de a solicita, la încheierea contractului de achiziție publică respectiv, prezentarea contractelor încheiate între viitorul contractant și subcontractanții nominalizați în ofertă. Contractele prezentate trebuie să fie în concordanță cu oferta și se vor constitui în anexe la contractul de achiziție publică. (2) Pe parcursul derulării contractului, contractantul nu are dreptul de a înlocui subcontractanții nominalizați în ofertă fără acceptul autorității contractante, iar eventuala înlocuire a acestora nu trebuie să conducă la modificarea propunerii tehnice sau financiare inițiale.*" Consiliul reține că pretenția reclamantei de a i se acorda posibilitatea de subcontractare în alte condiții decât cele prevăzute de lege, adică fără aprobarea prealabilă a autorității contractante, nu este întemeiată și dovedește dacă nu o intenție de fraudare a viitoarelor raporturi contractuale cu autoritatea finanțatoare, măcar o culpă provenind din necunoașterea normelor legale.

Art. 171 din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006 dispune că oferta are caracter obligatoriu, din punctul de vedere al conținutului, pe toată perioada de valabilitate stabilită de către autoritatea contractantă, iar pe baza ofertei în care sunt declarați subcontractanții autoritatea contractantă are obligația de a încheia contractul de achiziție publică. Așadar, contractul se încheie nu numai în considerarea ofertei, ci și a persoanei ofertantului și a subcontractanților pe care aceasta i-a declarat. Astfel cum autoritatea nu își poate ceda obligațiile fără acordul contractantului, nici acesta nu poate apela la alți subcontractanți, fără acordul autorității. Mai mult, fiind un contract de servicii intelectuale, care presupun o anumită capacitate tehnică și profesională, nu este admisibil ca ele să fie cedate și efectiv prestate de o societate care nu a fost verificată în niciun fel, care nu deține specialiștii adecvați și care nu a fost declarată inițial în ofertă sau măcar notificat ulterior autorității. Extrem de importantă este și competența profesională a personalului specializat al prestatorului, experții propuși spre aprobare trebuind să nu îndeplinească cerințele stabilite în anexa I - Caietul de sarcini.

Art. 1.852 C. civ.: (1) Prin contractul de subantrepriză antreprenorul poate încredința unuia sau mai multor subantreprenori executarea unor părți ori elemente ale lucrării sau serviciilor, *afară de cazul în care contractul de antrepriză a fost încheiat în considerarea persoanei sale (excepție pe deplin aplicabilă în situația contractelor de achiziție publică).*

(2) În raporturile cu beneficiarul, antreprenorul răspunde pentru fapta subantreprenorului la fel ca pentru propria sa faptă.

(3) Subantrepriza este supusă dispozițiilor prevăzute pentru contractul de antrepriză.

Regula este regăsită și la art. 1.769 din același cod, care mai prevede și că (la art. 1.350):

(1) Orice persoană trebuie să își execute obligațiile pe care le-a contractat.

(2) Atunci când, fără justificare, nu își îndeplinește această îndatorire, ea este răspunzătoare de prejudiciul cauzat celeilalte părți și este obligată să repare acest prejudiciu, în condițiile legii.

(3) Dacă prin lege nu se prevede altfel, niciuna dintre părți nu poate înlătura aplicarea regulilor răspunderii contractuale pentru a opta în favoarea altor reguli care i-ar fi mai favorabile.

Astfel fiind, dacă ... urmărește să coopteze în execuția contractului terțe persoane fără aprobarea companiei finanțatoare, ea va trebui să suporte despăgubirea de 20% fixată la clauza 8.10 din contract, despăgubire firească în cazul contractelor de achiziție publică, încheiate în considerarea persoanelor contractante, și în acord cu art. 1.538 C. civ.:

(1) Clauza penală este aceea prin care părțile stipulează că debitorul se obligă la o anumită prestație în cazul neexecutării obligației principale.

(2) În caz de neexecutare, creditorul poate cere fie executarea silită în natură a obligației principale, fie clauza penală.

(3) Debitorul nu se poate libera oferind despăgubirea convenită.

(4) Creditorul poate cere executarea clauzei penale fără a fi ținut să dovedească vreun prejudiciu.

(5) Dispozițiile privitoare la clauza penală sunt aplicabile convenției prin care creditorul este îndreptățit ca, în cazul rezoluției sau rezilierii contractului din culpa debitorului, să păstreze plata parțială făcută de acesta din urmă. Sunt exceptate dispozițiile privitoare la arvună.

Schimbarea de către contractant a unui subcontractant fără acordul prealabil al beneficiarului constituie o faptă culpabilă extrem de gravă, ale cărei consecințe pot atinge sfera dreptului penal, prin prisma infracțiunii de înșelăciune, iar o despăgubire de 20% în sarcina contractantului nu aduce atingere normelor legale, ci dimpotrivă, le dă eficiență. În Normele metodologice de aplicare a prevederilor Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 66/2011 privind prevenirea, constatarea și sancționarea neregulilor apărute în obținerea și utilizarea fondurilor europene și/sau a fondurilor publice naționale aferente acestora, aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 875/2011, există numeroase exemple de fraudă în etapa de implementare a contractului care implică subcontractanții, iar prin instituirea despăgubirii de 20% tocmai aceste fraude urmărește să le prevină autoritatea.

Argumentele expuse sunt aplicabile, *mutatis mutandis*, și în cazul despăgubirii de 5% de la clauza 12.5, mai cu seamă că există și texte legale suport privind protecția secretelor comerciale (contractuale):

- art. 1.363 C. civ.: O persoană se poate exonera de răspundere pentru prejudiciul cauzat prin divulgarea secretului comercial dovedind că divulgarea a fost impusă de împrejurări grave ce priveau sănătatea sau siguranța publică.

- art. 110 ind. 1 din Legea nr. 71/2011: Clauza exoneratoare de răspundere prevăzută la art. 1.363 din Codul civil privitoare la divulgarea secretului comercial sau profesional de care sunt ținuti profesioniștii se aplică atât în cazul răspunderii delictuale pentru fapta proprie, cât și în cazul răspunderii contractuale.

- art. 304 C. pen.: (1) Divulgarea, fără drept, a unor informații secrete de serviciu sau care nu sunt destinate publicității, de către cel care le cunoaște datorită atribuțiilor de serviciu, dacă prin aceasta sunt afectate interesele sau activitatea unei persoane, se pedepsește cu închisoare de la 3 luni la 3 ani sau cu amendă.

(2) Divulgarea, fără drept, a unor informații secrete de serviciu sau care nu sunt destinate publicității, de către cel care ia cunoștință de acestea, se pedepsește cu închisoare de la o lună la un an sau cu amendă.

În decizia nr. 1700/C7/1810,1824,1835,1851,1900/06.06.2014, având de judecat un caz similar, Consiliul a constatat că autoritatea contractantă a impus aceste despăgubiri ca o garanție pentru un comportament necorespunzător al prestatorului în ceea ce privește informațiile confidențiale despre care au luat cunoștință în timpul executării contractului, astfel încât criticile contestatoarei au fost respinse ca nefondate. În aceeași direcție este și decizia nr. 1749/C6/1814/1820/1830/1855/1899/12.06.2014.

După cum s-a arătat în paginile anterioare, orice contract cu o entitate publică cuprinde clauze ce pot fi considerate exorbitante pentru particulari, dată fiind calitatea aparte a beneficiarului și destinația vizând interesul public a contractului. În consecință, și contractele de achiziție publică presupun anumite rigori pe care trebuie să le accepte cei care doresc să se implice într-o relație contractuală cu statul sau entitățile publice ale sale. Nimic nu oprește contestatorul să nu participe la licitația în curs dacă nu dorește să își asume clauzele exorbitante pe care le presupune contractul administrativ, cum sunt cele referitoare la despăgubirile de la pct. 12.5, scopul lor fiind de a crea mecanisme suficient de persuasive pentru ca prestatorul și personalul său să asigure obligația de respectare a secretului profesional în privința informațiilor confidențiale legate de contractul de servicii.

În privința obiecțiilor aduse clauzei 13.2, se impune analizarea acestei clauze în contextul articolului 13 – Conflictul de interese:

13.1 Având în vedere prevederile OUG 66/2011 privind prevenirea, constatarea și sancționarea neregulilor apărute în obținerea și utilizarea fondurilor europene și/ sau a fondurilor publice naționale aferente acestora,



Prestatorul va lua toate măsurile necesare pentru a preveni ori stopa orice situație care ar putea compromite executarea obiectivă și imparțială a Contractului de Servicii. Conflictele de interese pot apărea în mod special ca rezultat al intereselor economice, afinităților politice ori de naționalitate, legăturilor de rudenie ori afinitate, sau al oricăror alte legături ori interese comune. Orice conflict de interese apărut în timpul executării Contractului de Servicii trebuie notificat în scris Beneficiarului fără întârziere.

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.

După cum s-a expus și în decizia nr. 1749/C6/1814/1820/1830/1855/1899/12.06.2014:

"[...] criticile referitoare la prevederile art. 13.2 trebuie analizate de către Consiliu prin raportare la 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 neeloiale și cele ale art.69<sup>2</sup> 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. 69<sup>1</sup> 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"*.

Penalitatea de 0,1% s-ar justifica în ipoteza în care contractantul refuză înlocuirea personalului său aflat în conflict de interese, iar nu atunci când el își îndeplinește obligația de la clauza 13.1 prin înlocuirea acestuia. Practic, dacă se acceptă viziunea autorității contractante se ajunge ca prestatorul să fie penalizat nu pentru nerespectarea obligațiilor sale contractuale, ci pentru respectarea lor. Nu suntem pe tărâmul răspunderii civile obiective, independentă de orice culpă a făptuitorului, ci pe tărâmul răspunderii contractuale, care intervine atunci când clauzele contractuale sunt încălcate, nu atunci când sunt respectate.

Referitor la criticile legate de prevederile clauzei 14.2 din proiectul de contract, de impunere a încheierii și menținerii, de către prestator, a unei *polițe de asigurare sau polițe de asigurare cu despăgubire integrală pentru o sumă asigurată care va fi egală cu Prețul Contractului, asigurare care va acoperi în integralitate perioada de prestare a Contractului de servicii, precum și riscul profesional, răspunderea Prestatorului în caz de îmbolnăvire ori accident de muncă al salariaților, incluzând costurile repatrierii pe motive de sănătate etc., sub sancțiunea aplicării unei penalități în cuantum de 200,00 lei pentru fiecare zi de întârziere*, Consiliul constată că, în vederea derulării în bune condiții a contractului, autoritatea contractantă a impus prestatorului încheierea în termen de 15 zile de la semnarea contractului și menținerea în vigoare pe toată perioada de derulare a acestuia a unei polițe de asigurare sau a mai multor polițe, care să acopere riscurile evidențiate în cadrul clauzei 14.2.

De asemenea, s-a impus ca în termen de 20 de zile de la semnarea contractului, prestatorul să transmită beneficiarului polița sau polițele de asigurare, în original, precum și dovada plății acestora.

În raport de prevederile anexei nr. 1 la Ordinul președintelui Autorității Naționale pentru Reglementarea și Monitorizarea Achizițiilor Publice nr. 509/2011, conform căroră "*Ofertantul trebuie să prezinte dovezi privind asigurarea riscului profesional aferent contractului ce urmează a fi atribuit, numai în situația în care există acte normative ce reglementează o astfel de situație. De exemplu, în cazul serviciilor de proiectare, se solicită asigurarea de risc a proiectantului*", Consiliul constată că impunerea unei penalități de 200 lei pentru fiecare zi de întârziere nu este nici nelegală și nici disproporționată, ci este o garanție pentru autoritatea contractantă că prestatorul va îndeplini obligația de a încheia polița/polițele de asigurare și că le va transmite împreună cu dovada plăților către beneficiar, criticile petentei fiind, așadar, neîntemeiate. Necesitatea prezentării poliței de asigurare de răspundere civilă profesională nu este tăgăduită de ... nemulțumirea fiind legată de cuantumul

penalității de 200 lei/zi, cuantumul pe care Consiliul îl găsește a fi rezonabil și în acord cu prevederile legale.

În legătură cu clauza ce vizează plata daunelor-interese de 5.000 euro, prevăzută la art. 16.4 din proiectul de contract, după cum s-a reținut și în decizia sa nr. 1711/C2/1808,1818,1836,1848, 1898/06.06.2014, Consiliul are în vedere că autoritatea contractantă a impus acele penalități ca o sancțiune a situației în care nu sunt respectate obligațiile prestatorului rezultate din conținutul clauzelor 16.1 - 16.3, respectiv în situația în care acesta „*utilizează documente și date ale proiectului/contractului în scopuri care nu au legătură cu Contractul de Servicii fără acordul scris prealabil al Beneficiarului sau va publica articole referitoare la servicii, sau va face referire la aceste servicii în cursul prestării altor servicii pentru terți sau va divulga informații furnizate de Beneficiar, fără acordul scris prealabil al acestuia*”, astfel că, în condițiile în care, pe timpul elaborării studiului de fezabilitate, prestatorul intră în posesia unor informații care pot afecta interesul național, obligația de confidențialitate nu poate fi disproporționată, critica societății contestatoare fiind neîntemeiată.

Contestatoarea aduce critici și față de clauzele 18.4 alin. (2) și (3) din modelul de contract:

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

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

Consiliul s-a pronunțat deja, prin deciziile nr. 1711/C2/1808, 1818,1836,1848,1898/06.06.2014, 1749/C6/1814/1820/1830/1855/1899/12.06.2014 și altele, în sensul caracterului nelegal al clauzelor reproduse mai sus:

"[...] prestatorul 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 în măsura în care autoritatea contractantă nu face dovada producerii unor pagube în situația întârzierii în mobilizarea personalului după termenul stabilit sau a propunerii unui expert care nu îndeplinește cerințele stabilite în Anexa I - Caietul de Sarcini.

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

În măsura în care autoritatea contractantă consideră imperios necesară impunerea unor astfel de penalități, aceasta trebuie să le coreleze cu graficul de prestare a serviciilor aferente obiectului contractului și să impună termene clare, în care prestatorul să efectueze mobilizarea/înlocuirea personalului solicitat în Anexa 1 a caietului de sarcini." – decizia nr. 1711.

"[...] în măsura în care prestatorul este ținut de termenul de prestare a serviciilor asumat prin ofertă sub sancțiunile impuse, iar, conform anexei nr. 1 la Formularul de ofertă, autoritatea contractantă nu va putea efectua plăți aferente serviciilor ce trebuiau derulate de un expert nemobilizat sau neadmis, Consiliul constată că prevederile de genul „diminuare cu 0,1%/zi din onorariul expertului care nu a fost mobilizat” și, respectiv, „diminuare cu 0,1%/zi din onorariul expertului propus inițial la Ofertă în situația în care expertul propus spre aprobare nu îndeplinește cerințele stabilite în Anexa I - Caietul de Sarcini” sunt ambigue, fapt pentru care va dispune eliminarea art. 18.4 alin. (2) și alin. (3) din proiectul de contract." – decizia nr. 1749.

Având în vedere 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 (pct. 18.5) pentru a nu se ajunge la imposibilitatea de executare a îndatoririlor contractuale, autoritatea a reglementat penalități/despăgubiri substanțiale la art. 32-35, de natură să determine operatorul să își respecte la termen obligațiile asumate (el își poate recupera aceste costuri suplimentare generate de personalul său prin dreptul de regres de care beneficiază ori prin stabilirea de clauze penale în contractele cu respectivul personal răspunzător). Așadar, există deja stabilite în contract penalități/despăgubiri pentru situația în care prestatorul nu își respectă întocmai obligațiile, iar dublarea lor prin clauzele examinate nu se justifică.

În ceea ce privește criticile formulate cu privire la clauzele 19.3 și 19.5, pentru aceleași considerente avute în vedere la analiza prevederilor clauzei 18.4 alin. (5), prestatorul fiind direct răspunzător de modul în care personalul propus își va îndeplini obligații stabilite, precum și de înlocuirea personalului propus, Consiliul va dispune eliminarea în totalitate a art. 19.3 și eliminarea mențiunii *„In caz de respingere, Beneficiarul va fi îndreptatit sa solicite Prestatorului, iar acesta va fi obligat la plata unor penalitati de intarziere in quantum de 0,05% [devenit 0,01% prin actul de remediere publicat în SEAP la 19.06.2014] pe zi de intarziere din Pretul Contractului care vor curge de la data comunicarii respingerii*

*personalului propus si pana la data aprobarii de catre Beneficiar a unor experti propusi de Prestator care sa indeplineasca criteriile de calificare prevazute in Documentatia de Atribuire"* din cuprinsul art. 19.5 – în concordanță cu precedentul stabilit prin decizia nr. 1749/C6/1814/1820/1830/1855/1899/12.06.2014.

În privința dobânzii penalizatoare de la clauza 28.2, atât instituirea, cât și nivelul ei sunt în concordanță cu Legea nr. 72/2013. O dobândă în sarcina prestatorului egală cu rata dobânzii de referință a dobânzii de politică monetară comunicată de Banca Națională a României plus 8 puncte procentuale nu este flagrant disproporționată și nici nu rupe echilibrul contractual dintre părțile contractante, ci dimpotrivă. Ea nu intră în sfera cluzelor abuzive, astfel cum sunt ele definite la art. 12 din Legea nr. 72/2013 – practica sau clauza contractuală prin care se stabilește în mod vădit inechitabil, în raport cu creditorul, termenul de plată, nivelul dobânzii pentru plata întârziată sau al daunelor-interese suplimentare este considerată abuzivă.

"Penalitatea moratorie" a fost stabilită de autoritate pentru a acoperi prejudiciul suferit prin returnarea cu întârziere a sumelor achitate în plus prestatorului (care nu se cuveneau acestuia). Potrivit pct. 28.1 din proiectul de contract, "Prestatorul va restitui orice sume cuvenite Beneficiarului si care i-au fost plătite in plus față de valoarea certificată, in 30 de zile de la primirea unei cereri in acest sens.", ceea ce înseamnă că autoritatea îi acordă prestatorului un termen de grație de 30 de zile, în care acesta va putea returna sumele necuvenite fără a suporta vreo dobândă penalizatoare.

La art. 3 alin. (2) ind. 1 din Ordonanța Guvernului nr. 13/2011 privind dobânda legală remuneratorie și penalizatoare pentru obligații bănești, precum și pentru reglementarea unor măsuri financiar-fiscale în domeniul bancar, se prevede că 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.

Relevante sunt și dispozițiile din Codul civil privind daunele moratorii în cazul obligațiilor bănești și al obligațiilor de a face:

a) art. 1.535: (1) În cazul în care o sumă de bani nu este plătită la scadență, creditorul are dreptul la daune moratorii, de la scadență până în momentul plății, în quantumul convenit de părți sau, în lipsă, în cel prevăzut de lege, fără a trebui să dovedească vreun prejudiciu. În acest caz, debitorul nu are dreptul să facă dovada că prejudiciul suferit de creditor ca urmare a întârzierii plății ar fi mai mic.

(2) Dacă, înainte de scadență, debitorul datora dobânzi mai mari decât dobânda legală, daunele moratorii sunt datorate la nivelul aplicabil înainte de scadență.

(3) Dacă nu sunt datorate dobânzi moratorii mai mari decât dobânda legală, creditorul are dreptul, în afara dobânzii legale, la daune-interese pentru repararea integrală a prejudiciului suferit.

b) art. 1.536: În cazul altor obligații decât cele având ca obiect plata unei sume de bani, executarea cu întârziere dă întotdeauna dreptul la daune-interese egale cu dobânda legală, calculată de la data la care debitorul este în întârziere asupra echivalentului în bani al obligației, cu excepția cazului în care s-a stipulat o clauză penală ori creditorul poate dovedi un prejudiciu mai mare cauzat de întârzierea în executarea obligației.

În privința clauzelor 30.10 și 30.13, ele se referă la garanția pentru returnarea avansului și au următorul cuprins:

30.10 Pentru nerecuperarea avansului, Beneficiarul va calcula și va factura Prestatorului penalități în conformitate cu prevederile legislației în vigoare, Prestatorul având obligația achitării acestora în termen de 30 de zile de la primirea facturilor.

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

- valoarea avansului rămas de recuperat de către Beneficiar,
- TVA-ul aferent avansului rămas de recuperat de către Beneficiar,
- Penalități de întârziere și dobânzi, conform Codului de Procedură Fiscală, în cuantum de 0,05% pe zi aplicate de la data acordării avansului până la data plății finale.

Ofertantul declarat câștigător este ținut să returneze de îndată autorității sumele primite cu titlu de avans ori să își întregască garanția pentru returnarea avansului, conform Hotărârii Guvernului nr. 264/2003 privind stabilirea acțiunilor și categoriilor de cheltuieli, criteriilor, procedurilor și limitelor pentru efectuarea de plăți în avans din fonduri publice, republicată. Prin art. 14 lit. a) din Legea nr. 72/2013 sunt calificate drept abuzive clauzele contractuale care exclud posibilitatea aplicării de dobânzi penalizatoare sau stabilesc dobânzi penalizatoare inferioare dobânzii legale penalizatoare.

Cât timp contestatorul admite că îi revine obligația contractuală de a returna avansul/întregi garanția de returnare, dacă va obține contractul supus licitației, pentru neîndeplinirea la termen sau îndeplinirea necorespunzătoare a acestei obligații autoritatea beneficiară este îndrituită să primească penalități.

În Hotărârea Guvernului precitată se arată că garanția de returnare a avansului trebuie să fie acoperitoare atât pentru recuperarea avansului acordat, cât și pentru repararea prejudiciilor ce ar putea fi aduse prin imobilizarea fondurilor publice, în cazul neîndeplinirii sau îndeplinirii necorespunzătoare a obligațiilor contractuale ce derivă din acordarea avansului.

La art. 1.350 C. civ. se prevede că orice persoană trebuie să își execute obligațiile pe care le-a contractat, iar atunci când, fără justificare, nu își îndeplinește această îndatorire, ea este răspunzătoare de prejudiciul cauzat celeilalte părți și este obligată să repare acest prejudiciu, în condițiile legii.

Însă, criticile contestatoarei sunt întemeiate în ceea ce privește cuantumul penalităților pe care trebuie să le suporte, deoarece la

clauza 30.10 autoritatea face o simplă trimitere generică la "prevederile legislației în vigoare", în vreme ce în punctul său de vedere nr. 92/35667/19.06.2014 construiește o "teorie" bazată pe mai multe acte normative. Pentru corecta și completa informare a operatorilor economici este necesar ca autoritatea să completeze clauza 30.10 cu nivelul exact al penalităților pe care le va factura sau măcar să indice actele normative pe baza cărora urmează a fi stabilit respectivul nivel (un exemplu de urmat fiind chiar clauza 30.13, care nu contravine dispozițiilor legale). Scuza încercării de evitare a revizuirilor legislative legate de nivelul penalităților nu poate fi reținută de Consiliu, întrucât documentația trebuie să cuprindă toate informațiile necesare operatorilor pentru a ști la ce anume se obligă prin depunerea ofertei (și prin prisma penalităților care le vor fi imputate).

Vizavi de clauzele 33.2 și 39.3, criticile formulate de reclamantă au rămas fără obiect, întrucât autoritatea a adoptat măsura de remediere a eliminării lor din modelul de contract.

Față de criticile la adresa prevederilor art. 34.3, potrivit cărora „*Valoarea penalităților va fi de 0,05%/zi de întârziere din Prețul contractului*”, ele se vor analiza în context cu clauzele 34.1 – „*Dacă Prestatorul nu execută Serviciile la termenele stabilite, Beneficiarul este îndreptătit, fără necesitatea vreunei notificări și fără a exclude alte căi de sancțiune din contract, să pretindă penalități pentru fiecare zi, care va trece de la momentul Termenului specificat în Contractul de Servicii (inclusiv Anexa I - Caietul de sarcini) și până la momentul îndeplinirii obligațiilor contractuale asumate*” și 34.2 – „*Dacă Prestatorul nu prezintă unul sau mai multe rapoarte sau orice alte documente menționate în prezentul Contract, în perioadele specificate în Anexa I Caietul de Sarcini, Beneficiarul va fi îndreptătit, fără a mai fi necesară nicio notificare în acest sens, la sume reprezentând penalități de întârziere, pentru fiecare zi de întârziere, care va trece din momentul termenului de transmitere prevăzut în Anexa I Caietul de sarcini până în momentul efectiv al transmiterii acestor documente*”, iar Consiliul își va păstra poziția exprimată în precedentele decizii, în care a constatat că textul clauzei 34.3 nu contravine dispozițiilor art. 12-14 din Legea nr. 72/2013.

Autoritatea a prevăzut aceste penalități pentru a se asigura că prestatorul își va îndeplini obligațiile asumate în ceea ce privește respectarea termenelor de predare a documentelor ce fac obiectul contractului de servicii, criticile formulate cu privire la acest aspect fiind neîntemeiate. Mai mult, autoarea contestației nici nu își motivează în vreun fel critica la adresa clauzei 34.3.

Art. 1.516 alin. (1) C. civ. consacră expres dreptul creditorului la îndeplinirea integrală, exactă și la timp a obligației de către debitor, în caz contrar acesta din urmă fiind ținut să-i plătească

daune-interese. În continuare, art. 1.530 C. civ. prevede: "Creditorul are dreptul la daune-interese pentru repararea prejudiciului pe care debitorul i l-a cauzat și care este consecința directă și necesară a neexecutării fără justificare sau, după caz, culpabile a obligației." Art. 1.548. - Culpă debitorului unei obligații contractuale se prezumă prin simplul fapt al neexecutării.

În modelul de contract există și clauza 34.5, conform căreia, dacă valoarea penalitatilor de intarziere depășește cumulativ mai mult de 30% din prețul contractului, beneficiarul, după notificarea prealabilă a prestatorului, este îndreptatit:

a) să dispună încetarea contractului de Servicii în conformitate cu prevederile articolului 36 din contractul de servicii sau

b) să finalizeze serviciile pe cheltuielile prestatorului, *dacă se convine de comun acord în acest sens.*

Nemulțumirea contestatoarei este îndreptată împotriva opțiunii de la lit. b), însă textul vizat nu contravine dispozițiilor legale și nici nu îi produce contractantului o vătămare, întrucât incidența lui este *condiționată de acordul comun al părților*, deci și de voința prestatorului, care are libertatea de a refuza aplicarea de către autoritatea beneficiară a soluției de la lit. b).

Față de prevederile clauzei 16.1 – transferul drepturilor de proprietate intelectuală, Consiliul își va păstra argumentația din precedentele decizii pe această temă, cum este și cea nr. 1749/C6/1814/1820/1830/1855/1899/12.06.2014:

Privind criticile formulate cu privire la prevederile art. 16.1 potrivit cărora "*Studiul de Fezabilitate și orice rapoarte și date precum: hărți, diagrame, schițe, instrucțiuni, planuri, statistici, calcule, baze de date, software și înregistrări justificative ori materiale achiziționate, compilate ori elaborate de către Prestator sau de către personalul său salariat ori contractat în executarea Contractului de Servicii vor deveni proprietatea exclusivă a Beneficiarului, pe măsură ce sunt produse, dacă nu se prevede altfel. După încetarea Contractului de Servicii, Prestatorul va remite toate aceste documente și date Beneficiarului. Prestatorul nu va utiliza documente și date ale proiectului/Contractului în scopuri care nu au legătură cu Contractul de Servicii fără acordul scris prealabil al Beneficiarului*", Consiliul se va raporta la dispozițiile art. 1273 alin. (1) din Codul civil – „Drepturile reale se constituie și se transmit prin acordul de voință al părților, chiar dacă bunurile nu au fost predate, dacă acest acord poartă asupra unor bunuri determinate, ori prin individualizarea bunurilor, dacă acordul poartă asupra unor bunuri de gen”.

Având în vedere că prevederile contractuale trebuie să protejeze, atât interesele beneficiarului, cât și pe cele ale prestatorului, solicitarea petentei [...] apare ca fiind întemeiată, transmiterea dreptului de proprietate a documentelor elaborate de prestator în executarea contractului de servicii, la momentul plății acestora, fiind o garanție a acestuia că autoritatea contractantă își va îndeplini obligațiile referitoare la plata prestațiilor, fapt pentru care se va dispune modificarea prevederilor clauzei criticate, la modul: „*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 odată cu plata serviciilor prestate de Prestator pentru elaborarea respectivelor documente.** După încetarea Contractului de Servicii, Prestatorul va remite toate aceste documente și date Beneficiarului. Prestatorul nu va utiliza documente și date ale proiectului/Contractului în scopuri care nu au legătură cu Contractul de Servicii fără acordul scris prealabil al Beneficiarului".

Așadar, Consiliul acordă prevalență dispoziției de la art. 1.684 teza I C. civ. în favoarea prestatorului – stipulația prin care vânzătorul își rezervă proprietatea bunului până la plata integrală a prețului este valabilă chiar dacă bunul a fost predat (prin derogare de la art. 1.647 și 1.767 C. civ.).

În cazul clauzei 8.13, autoritatea contractantă a adoptat măsura de remediere constând în reformularea textului prin restrângerea interdicția prestatorului de a încheia un contract de subcontractare doar la ofertanții declarați necâștigători, 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, datorită măsurii de remediere adoptate de autoritate, reclamația contestatoarei în privința textului discutat a rămas fără obiect. Însăși contestatoarea a admis că interdicția subcontractării ulterioare a serviciilor către ofertanții declarați necâștigători și terții susținători este "oarecum" justificată.

Aprecierile contestatoarei legate de clauza 8.14 ("*Nerespectarea obligațiilor cu privire la declararea/înlocuirea subcontractanților de către Prestatorul potrivit prevederilor Articolului 8 din Contractul de Servicii va fi considerată o încălcare a prezentului contract, întrucât este considerată indicator de fraudă potrivit prevederilor OUG nr. 66/2011 cu modificări și completări ulterioare și poate fi sancționată potrivit prevederilor Articolului 326 din Codul Penal.*") sunt găsite de Consiliu ca fiind nefondate. Într-adevăr, subcontractarea serviciilor fără acordul prealabil al autorității beneficiare constituie o modificare de natură frauduloasă a relațiilor contractuale dintre cele două părți și trădează o posibilă deturnare a fondurilor publice către alte persoane, terțe față de contractul de achiziție publică. Cum acest contract este încheiat și în considerarea operatorului economic ce urmează a presta serviciile, înlocuirea lui în secret ori fără acordul prealabil al Companiei Naționale de Autostrăzi și Drumuri Naționale din România SA reprezintă o faptă culpabilă, pentru care contractantul trebuie să răspundă pe măsură, inclusiv penal dacă se impune. Răspunderea debitorului prestator este atât personală (art. 1.518 C. civ.), cât și

pentru faptele subcontractanților, inclusiv atunci când aceștia refuză să execute partea lor de contract (art. 1.519 C. civ.).

În aceeași direcție, la art. 1.852 se prevede că, prin contractul de subantrepriză antreprenorul poate încredința unuia sau mai multor subantreprenori executarea unor părți ori elemente ale lucrării sau serviciilor, afară de cazul în care contractul de antrepriză a fost încheiat în considerarea persoanei sale. În raporturile cu beneficiarul, antreprenorul răspunde pentru fapta subantreprenorului la fel ca pentru propria sa faptă. Subantrepriza este supusă dispozițiilor prevăzute pentru contractul de antrepriză.

Nu trebuie scăpat din vedere că autoritatea contractantă, prin art. 8 din proiectul de contract, nu a interzis subcontractarea ulterioară încheierii contractului, ci a statuat expres că este permisă doar cu acordul său prealabil, astfel cum, de altminteri, se arată și la art. 96 alin. (2) din Hotărârea Guvernului nr. 925/2006: "*pe parcursul derulării contractului, contractantul nu are dreptul de a înlocui subcontractanții nominalizați în oferta fara acceptul autorității contractante, iar eventuala înlocuire a acestora nu trebuie să conducă la modificarea propunerii tehnice sau financiare inițiale*". Tot astfel, nu trebuie omis că prestatorul poate să preia el însuși atribuțiile subcontractantului aflat în culpă.

Nimic nu oprește contractantul ca, în ipoteza retragerii ulterioare a unui subcontractant declarat, să ceară autorității contractante aprobarea înlocuirii lui și, eventual, să îl tragă la răspundere patrimonială în baza subcontractului semnat ori, după caz, a art. 1.384 alin. (1) C. civ. – cel care răspunde pentru fapta altuia se poate întoarce împotriva aceluia care a cauzat prejudiciul.

Cât timp contractantul și subcontractantul său și-au asumat obligații față de autoritatea contractantă prin actele care alcătuiesc oferta și, ulterior, prin acordul contractual, ei răspund pentru executarea întocmai a obligațiilor care le revin, la termen și în mod corespunzător, altminteri autoritatea beneficiară este îndrituită să le solicite și să primească despăgubiri. După cum s-a arătat, art. 1.350 C. civ. prevede că orice persoană trebuie să își execute obligațiile pe care le-a contractat, iar atunci când, fără justificare, nu își îndeplinește această îndatorire, ea este răspunzătoare de prejudiciul cauzat celeilalte părți și este obligată să repare acest prejudiciu, în condițiile legii. Clauza 8.14 vine să reprime tocmai intenția de fraudare a autorității contractante de către prestator sau subcontractanții săi.

Fiind extrem de importantă competența profesională și, implicit, persoana subcontractanților, pentru a nu se ajunge la imposibilitatea de executare a îndatoririlor contractuale, în mod judicios autoritatea a introdus în proiectul de contract clauza aflată în analiză. Executarea contractului cu subcontractanții pe care i-a declarat în oferta pe baza căreia a fost desemnat câștigător

constituie o obligație contractuală a prestatorului. Nimic nu oprește ... în cazul în care va obține contractul supus licitației, să se regreseze împotriva subcontractanților din vina cărora este pus în imposibilitatea respectării obligațiilor contractuale.

Contrar părerii contestatoarei, respingerea de către autoritate a propunerii unui nou subcontractant nu este discreționară, ci pornește de la premisa că subcontractantul trebuie să dețină calificările și experiența solicitate de beneficiar (clauza 8.7).

Este de observat că societatea contestatoare nu a dovedit în niciun fel vreo încălcare a legii de către autoritate sau vreo vătămare în executarea contractului conform ofertei ori, cu atât mai puțin, o restricționare a participării la licitație bizuită pe clauza 8.14. Contestarea acestei clauze reflectă ori reaua-credință a autoarei, care urmărește să presteze serviciile licitate prin subcontractanți obscuri, nedeclarați, ori intenția ei de a determina pierderea finanțării europene pentru acest proiect, respectiv suportarea de corecții de către autoritatea contractantă.

Însă, indiferent dacă intenția ascunsă a ... este de a își îndeplini obligațiile contractuale prin subcontractanți clandestini, nedeclarați beneficiarului, concluzia este că textul clauzei analizate nu aduce atingere normelor legale.

Scenariul pe care petenta îl construiește, în sensul că achizițtoarea va refuza arbitrar înlocuirea subconotractanților, reprezintă o simplă speculație, ce nu este în măsură să probeze că autoritatea a încălcat, prin clauza precitată, normele legale. În orice contract se prezumă că obligațiile vor fi îndeplinite cu bună-credință de părțile contractante, cum dispune și Codul civil:

a) art. 14: (1) Orice persoană fizică sau persoană juridică trebuie să își exercite drepturile și să își execute obligațiile civile cu bună-credință, în acord cu ordinea publică și bunele moravuri.

(2) Buna-credință se prezumă până la proba contrară.

b) art. 1.170: Părțile trebuie să acționeze cu bună-credință atât la negocierea și încheierea contractului, cât și pe tot timpul executării sale. Ele nu pot înlătura sau limita această obligație.

Nicum nu se poate prezuma *ab initio* că autoritatea contractantă va fi de rea-credință, respingând nemotivat noii subcontractanți propuși de prestator. Pe de altă parte, nu trebuie scăpat din vedere că orice faptă culpabilă a autorității care îi cauzează o pagubă executantului poate atrage dezdăunarea lui în condițiile răspunderii patrimoniale contractuale și/sau delictuale. După cum s-a arătat mai sus, relația contractuală dintre părți trebuie pornită de la prezumția de bună credință a lor, iar nu de la cea contrară.

Autoritatea contractantă este direct interesată să se încadreze în termenele contractuale, astfel încât finalizarea obiectivului de investiție să nu fie întârziată.

Dacă societatea numită intenționează să obțină fonduri de la ... pentru servicii pe care nu le-a prestat direct, ci au fost prestate de un subcontractant ocult, fapta poate fi încadrată în categoria infracțiunilor împotriva intereselor financiare ale Uniunii Europene, astfel cum sunt prevăzute în Legea nr. 78/2000 pentru prevenirea, descoperirea și sancționarea faptelor de corupție:

"Art. 18<sup>1</sup>. - (1) Folosirea sau prezentarea cu rea-credință de documente ori declarații false, inexacte sau incomplete, dacă fapta are ca rezultat obținerea pe nedrept de fonduri din bugetul general al Uniunii Europene sau din bugetele administrate de aceasta ori în numele ei, se pedepsește cu închisoare de la 2 la 7 ani și interzicerea unor drepturi.

(2) Cu pedeapsa prevăzută la alin. (1) se sancționează omisiunea de a furniza, cu știință, datele cerute potrivit legii pentru obținerea de fonduri din bugetul general al Uniunii Europene sau din bugetele administrate de aceasta ori în numele ei, dacă fapta are ca rezultat obținerea pe nedrept a acestor fonduri.

Art. 18<sup>4</sup>. - Tentativa infracțiunilor prevăzute la art. 18<sup>1</sup>-18<sup>3</sup> se pedepsește.

Art. 18<sup>5</sup>. - Încălcarea din culpă de către directorul, ... sau persoana cu atribuții de decizie ori de control în cadrul unui operator economic a unei îndatoriri de serviciu, prin neîndeplinirea acesteia sau îndeplinirea ei defectuoasă, dacă fapta a avut ca rezultat săvârșirea de către o persoană care se află în subordinea sa și care a acționat în numele aceluși operator economic a uneia dintre infracțiunile prevăzute la art. 18<sup>1</sup>-18<sup>3</sup> sau săvârșirea unei infracțiuni de corupție ori de spălare a banilor în legătură cu fondurile Uniunii Europene, se pedepsește cu închisoare de la 6 luni la 3 ani sau cu amendă."

În considerarea celor statornicite mai sus și în temeiul art. 278 alin. (2) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006, Consiliul urmează a admite, în limita celor evocate, contestația ... nr. 6.004/... în contradictoriu cu ... și a dispune remedierea de către autoritatea contractantă, în mod corespunzător, a documentației de atribuire aferente licitației deschise pentru atribuirea contractului de servicii de revizuire/ actualizare studiu de fezabilitate pentru "...", coduri CPV 71241000-9 și 71322500-6, cu data de deschidere a ofertelor 24.07.2014.

Actul (sau actele) de remediere a documentației va fi postat de autoritate în SEAP, înainte de actuala data limită de depunere a ofertelor, pentru a fi adus la cunoștința operatorilor economici interesați. Autoritatea va avea în vedere și acordarea unui termen suplimentar pentru elaborarea și depunerea ofertelor, în conformitate cu măsurile de remediere ce vor fi adoptate.

Redactată în patru exemplare, conține patruzeci și cinci de pagini.

**PREȘEDINTE COMPLET,**

...

MEMBRU,  
...

MEMBRU,  
...