



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.cnsc.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. ... înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. ... depusă de SC ... SRL, cu sediul în ... CUI ... privind procedura de licitație deschisă pentru atribuirea contractului de servicii de revizuire studiu de fezabilitate pentru autostrada de centură ... Nord, coduri CPV 71241000-9 și 71322500-6, cu data inițială de deschidere a ofertelor 24.07.2014, organizată de ... cu sediul în ... CUI ... în calitate de autoritate contractantă, contestatoarea a solicitat remedierea documentației de atribuire, prelungirea termenului de depunere a ofertelor, precum și suspendarea procedurii de atribuire până la soluționarea contestației sale. Prin decizia 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 celelalte capete de cerere din contestație.

Prin contestația nr. ... înregistrată la Consiliu cu nr. ... depusă de SC ... SRL, cu sediul în ... CUI ... privind aceeași procedură de licitație deschisă organizată de ... contestatoarea a solicitat să se constate caracterul abuziv, nelegal și restrictiv al anumitor "cerințe și clauze" din cadrul documentației de atribuire și obligarea autorității contractante la remedierea acestora și la decalarea datei limită de depunere a ofertelor, precum și, în subsidiar, anularea procedurii de atribuire.

Prin contestația nr. ... înregistrată la Consiliu cu nr. ... depusă de SC ... SRL, cu datele de identificare menționate mai sus, privind aceeași procedură de licitație deschisă organizată de ... contestatoarea a solicitat remedierea documentației de atribuire,

prelungirea termenului de depunere a ofertelor, precum și suspendarea procedurii de atribuire până la soluționarea contestației sale. Prin decizia 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 celelalte capete de cerere din contestație.

Prin contestația nr. ... înregistrată la Consiliu cu nr. ... depusă de SC ... SRL, cu sediul în CUI ... privind aceeași procedură de licitație deschisă organizată de ... contestatoarea a solicitat obligarea autorității contractante la adoptarea de măsuri de remediere a prevederilor restrictive și abuzive din cadrul contractului și a caietului de sarcini sau, în subsidiar, anularea procedurii de atribuire.

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

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 contestațiile SC ... SRL nr. și ... SC ... SRL nr. ... și SC ... SRL nr. ... 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 contestațiile de față, depuse de operatorii economici SC ... SRL, SC ... SRL și SC ... SRL, împotriva mai multor clauze ale documentației de atribuire aferentă licitației menționate în partea introductivă.

În prima dintre contestații, SC ... SRL învederează. în motivare, că, prin anunțul de participare ... din data de 31.05.2014, ... a demarat achiziția de servicii de arhitectură, de inginerie și integrate de inginerie, de amenajare urbană, servicii conexe de consultanță științifică și tehnică, servicii de testare și analiză tehnică, obiectul contractului de achiziție fiind revizuirea studiului de fezabilitate, pregătirea documentației necesare în vederea transmiterii aplicației de finanțare din Fonduri Structurale pentru proiectul autostrada de centură ... Nord și pregătirea documentației de atribuire pentru contractele de lucrări aferente autostrăzii, necesare pentru asigurarea asistenței beneficiarului pe durata procedurii de achiziție publică.

I. Clauze din modelul de contract care se impun a fi revizuite:

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

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

Clauza contractuală naște doar în sarcina prestatorului îndeplinirea unei obligații, respectiv aceea de a-și mobiliza atât personalul cât și echipamentele necesare la locul principal de prestare. Îndeplinirea acestei obligații înainte de notificarea beneficiarului cu privire la data de începere a contractului, presupune că doar prestatorul a început executarea contractului, beneficiarul prevalându-se de clauza contractuală pentru amânarea îndeplinirii obligațiilor sale până la un moment nedeterminat în contract, care depinde exclusiv de voința sa și care poate fie amânat la nesfârșit. Or, ambele părți, potrivit uzanțelor în materia achizițiilor publice, sunt obligate să-și îndeplinească obligațiile ce le revin de la același moment contractual, și nu de la un moment diferit, și care să depindă de voința exclusivă a uneia dintre părți.

O astfel de clauză este lovită de nulitate, pentru că obligația a cărei realizare depinde exclusiv de voința uneia din părți, fără a se arăta data până la care se amână îndeplinirea principalelor obligații

contractuale (conform art. 1403 din Codul civil, nu produce niciun efect).

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

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

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

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

Articolele 10, 11, 18, 19 și 20 prevăd obligații generale și specifice exclusiv în sarcina prestatorului, obligații care sunt de natură să nască un dezechilibru contractual între drepturile și obligațiile reciproce ale părților. Impunerea unor obligații contractuale exclusiv în sarcina unei singure părți și exonerarea, printr-o reglementare specifică, de orice obligații, atât ca termen cât și ca modalitate de executare, celeilalte părți este de natură să dovedească caracterul abuziv al clauzelor contractuale ce reglementează întinderea obligațiilor părților. Din acest punct de vedere, se impune ca articolul 27 intitulat "Plăți" să fie prevăzut în articolul ce reglementează obligațiile părților, și care să prevadă în sarcina autorității contractante, în acord cu obligațiile impuse prestatorului, modalitățile, termenele și sancțiunile aplicabile pentru neexecutare culpabilă.

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

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

- prestatorul va înlocui imediat și fără vreo compensație personalul care se regăsește într-un conflict de interese;
- obligarea prestatorului la plata unor penalități în cuantum de 0,1 % din prețul contractului pentru fiecare persoană înlocuită;

- suplimentar, dreptul beneficiarului de a solicita și obține repararea oricăror prejudicii decurgând dintr-un astfel de conflict de interese.

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

În cuprinsul contractului, respectiv în art. 18 se prevede că prestatorul are obligația să informeze beneficiarul cu privire la întreg personalul, acesta având posibilitatea să excludă toate acele persoane care nu corespund din punct de vedere profesional cerințelor contractului, excludere ce poate privi inclusiv verificarea existenței sau nu a conflictului de interes în care se află. Rezultă că la data desemnării personalului utilizat, atât prestatorul cât și beneficiarul verifică îndeplinirea cerințelor prevăzute în caietul de sarcini pentru personalul utilizat, ceea ce presupune că prestatorul nu se poate afla în culpă cu privire la identificarea ulterioară a unui conflict de interese în care să se poată afla unul dintre membrii personalului său.

De asemenea, posibilitatea cumulării penalității de 0,1% din prețul contractului și repararea altor prejudicii decurgând din existența unor viitoare conflicte de interese, impune prestatorului acceptarea unei sancțiuni extrem de oneroase, și totodată asupra căreia nu are o cuantificare contractuală a întinderii unui astfel de prejudiciu. În acest sens, apreciază că prevederea contractuală potrivit cu care prestatorul este obligat să ia toate măsurile necesare pentru a preveni or stopa orice situație care ar putea compromite executarea obiectivă și imparțială a contractului este suficientă a răspunde intereselor autorității contractante.

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

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

(18.3) în situația în care expertul nu îndeplinește cerințele stabilite în caietul de sarcini, anexa I, beneficiarul este îndreptățit să diminueze cu 0,1% pe zi din onorariul propus inițial la ofertă,

penalitate ce va fi calculată începând cu data la care propunerea a fost respinsă.

(18.4) costurile suplimentare generate de înlocuirea personalului incumbă prestatorului.

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

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

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

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

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

Din cele de mai sus, rezultă că prestatorul își asumă aplicarea unor sancțiuni cumulate pentru neîndeplinirea aceleiași obligații și independent de existența unui prejudiciu în patrimoniul beneficiarului, fiind totodată obligat să asigure pe toată perioada de executare a contractului personalul necesar îndeplinirii în termenul contractual a obligației asumate. De asemenea, cuantumul penalităților încalcă prevederile art. 1536 Cod civil, potrivit cu care executarea cu întârziere a altor obligații decât cele având ca obiect plata unei sume de bani, dă dreptul la daune-interese egale cu dobânda legală, calculată de la data la care debitorul este pus în întârziere asupra echivalentului în bani al obligației.

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

Obiectul penalităților de întârziere poate fi constituit doar din partea rămasă de executat din contract și care a fost executată cu întârziere sau nu a fost executată de către debitorul contractor. Din acest punct de vedere se impune modificarea clauzelor ce permit autorității contractante să aplice penalități de întârziere raportat la întregul preț al contractului.

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

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

În analiza clauzelor de mai sus, a se avea în vedere prezervarea de către autoritatea contractantă a unor drepturi discreționare de a dispune aplicarea unor penalități de întârziere, precum și cu privire la inexistența unor limite în aprecierea caracterului păgubos al neîndeplinirii obligațiilor prestatorului. În acest sens, în cuprinsul art. 19.6 se prevede că în cazul în care expertul nu este înlocuit "imediat" și funcțiile acestuia nu sunt preluate într-o "anumită perioadă de timp" de către noul expert, prestatorul este obligat să ia și măsuri de compensare a absențelor temporare a expertului absent "indiferent de situație". Or, în conținutul clauzei sus menționate nu sunt definiți termenii de "imediat", "anumită perioadă de timp", "indiferent de situație", în funcție de care să poată fi apreciată fapta culpabilă și a datei de la care pot fi aplicate sancțiunile contractuale.

Articolul 19.6 "Costurile suplimentare generate de înlocuirea personalului incumbă Prestatorului. În cazul în care expertul nu este înlocuit imediat și funcțiile acestuia urmează să fie preluate după o anumită perioadă de timp de către noul expert, Beneficiarul poate solicita Prestatorului să desemneze un expert temporar pentru Proiect, până la sosirea noului expert sau să ia alte măsuri pentru a compensa absența temporară a expertului absent. Indiferent de situație, Beneficiarul nu va efectua nicio plată pentru perioada absentei expertului sau a absentei înlocuitorului acestuia."

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

Articolul 21.2 "Beneficiarul va avea dreptul să se opună deciziei Prestatorului cu privire la contul bancar."

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

Articolul 26 alin.(2) "Beneficiarul, în termen de 14 zile de la primirea Rapoartelor sau documentelor menționate în Anexa I - Caietul de Sarcini, va notifica Prestatorului decizia sa cu privire la

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

Aprobarea rapoartelor/documentelor este condiție de plata conform dispozițiilor art.26.5 alin.(2) (Studiul de Fezabilitate va fi considerat acceptat de către Beneficiar ... numai dupa aprobarea Raportului Financiar de către Beneficiar...") coroborate cu dispozițiile art.27.1 (" ... Plăți intermediare pe baza acceptarii de către Beneficiar a următoarelor studii Plata intermediara pe baza acceptarii de către Beneficiar a Studiului de Fezabilitate Final, a aprobarii Raportului Financiar si a acceptarii Auditului de Siguranța ...").

Ca urmare, lipsa obligației Beneficiarului de a emite aprobarea rapoartelor/documentelor intr-un termen ferm in condițiile in care nu a avut obiecțiuni fata de rapoartele/documentele analizate, echivaleaza cu lipsa obligației de plata, fiind la latitudinea discreționara a Beneficiarului cand si daca aproba anumite rapoarte/documente desi nu a avut obiecțiuni fata de acestea. Astfel, aceste dispoziții echivaleaza cu o condiție pur potestativa din partea celui care se obliga, respectiv cu lipsa intentiei autoritatii contractante de a se obliga sa efectueze plata serviciilor executate.

Posibila masura de remediere: Dacă Beneficiarul nu transmite in interiorul termenului de notificare niciun comentariu cu privire la rapoartele sau documentele primite, atunci documentele sau rapoartele vor fi considerate ca fiind aprobate de către Beneficiar. La cererea Prestatorului, Beneficiarul va avea obligația de a emite aprobarea in scris a acestora in termen de maxim 3 zile lucratoare de la data primirii solicitării, sub sancțiunea plății de penalitati de întârziere de 0,1% pe zi de intarziere din Prețul Contractului, pana la îndeplinirea efectiva a obligației.

Articolul 27 - Plăți

Plățile se vor efectua potrivit tabelului inserat în cuprinsul articolului menționat, în care se prevede, la punctul 3 că plata intermediară de 30% este condiționată de acceptarea de către beneficiar a Studiului de fezabilitate final, a raportului financiar și a acceptării auditului de siguranță, iar la punctul 4 că plata finală de 25% din prețul contractului se va efectua pe baza îndeplinirii tuturor activităților menționate în Anexa I a caietului de sarcini precum și a raportului financiar final.

Din vreme ce potrivit anexei menționate data îndeplinirii tuturor obligațiilor asumate de către prestator este data la care este acceptat de către beneficiar Studiul de fezabilitate final, autoritatea contractantă trebuie să menționeze în cuprinsul punctului 4 care

sunt condițiile exacte pe care trebuie să le îndeplinească prestatorul pentru încasarea ultimei tranșe din prețul contractului.

Articolul 27.9 - "îndată ce termenul limită de plată a expirat, Prestatorul poate să pretindă o dobândă penalizatoare la nivelul ratei dobânzii de referință aplicate de BNR, plus 8 puncte procentuale. Dobânda penalizatoare se va percepe pentru perioada scursă între data termenului limită de plată (inclusiv) și data la care este debitat contul Beneficiarului".

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

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

Articolul 27.14 lit.b) "...Beneficiarul poate suspenda, total sau parțial, plățile datorate Prestatorului.... din orice altă împrejurare pentru care Prestatorul răspunde în baza Contractului de Servicii și care, în opinia Beneficiarului, interferează sau amenință să interfereze cu finalizarea cu succes a Proiectului sau a Contractului de Servicii". Suspendarea plăților atât pentru serviciile deja prestate, precum și pentru cele viitoare, ca urmare a unei aprecieri discreționare, ce ține exclusiv de opinia Beneficiarului, nu conferă siguranță contractuală Prestatorului, fapt pentru care cauzele de suspendare a plăților trebuiesc reglementate limitativ și nu într-un mod foarte general care să lase puterea autorității contractante de a suspenda, potrivit propriilor aprecieri, contractul de achiziție publică.

Articolele 31.1 și 31.2 "În cazul în care procedura de acordare sau executare a Contractului de Servicii este viciată de erori substanțiale, nereguli sau de fraudă, Beneficiarul va suspenda executarea Contractului de Servicii. În cazul în care asemenea erori substanțiale, neregularități sau fraude sunt imputabile Prestatorului, Beneficiarul poate suplimentar suspendării să refuze efectuarea plăților sau poate proceda la recuperarea sumelor deja plătite proporțional cu gravitatea viciilor, neregularității sau fraudei ..."

Întrucât autoritatea contractantă nu este competentă să efectueze cercetări în ceea ce privește fraudele și nici să constate persoana în sarcina căreia îi sunt imputabile aceste fraude, este nelegal și abuziv dreptul autorității contractante de a suspenda

executarea contractului sau de a proceda la recuperarea sumelor de la Prestator, in lipsa unei hotarari judecătorești definitive.

Posibila masura de remediere:

Beneficiarul poate lua masurile prevăzute in art.31.1 si 31.2 numai in baza unei hotarari judecătorești definitive.

Articolele 31.3 si 31.4 din Contract: "In cazul in care, din diferite motive este necesara suspendarea contractului de servicii, pe toata perioada suspendării Contractului de Servicii, Beneficiarul nu are obligația de a efectua nici o plată către Prestator. Beneficiarul are dreptul în mod unilateral de a suspenda executarea Contractului de servicii fără ca Prestatorul să fie îndreptătit a solicita orice costuri suplimentare pentru aceasta suspendare. In cazul în care Beneficiarul suspendă executarea Contractului de servicii, durata acestuia se va prelungi cu perioada în care a fost suspendat."

Este nelegala si abuziva suspendarea plăților datorate Prestatorului pentru serviciile prestate ca urmare a suspendării contractului - indiferent de motive - de către autoritatea contractanta.

Astfel, in situatia in care autoritatea contractanta nu dorește sa efectueze plata serviciilor executate, este suficient sa dispună suspendarea Contractului pe o perioada aleasa discreționar.

Conform dispozițiilor art. 16.1 din Contract, 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.

Astfel, prin aplicarea dispozițiilor contractuale propuse, autoritatea contractanta dobândește dreptul de proprietate intelectuala exclusiva asupra Studiului de Fezabilitate elaborat si are dreptul sa suspende Contractul, inclusiv plățile datorate Prestatorului pentru serviciile executate.

Aceste dispoziții echivaleaza cu o condiție pur potestativa din partea celui care se obliga, respectiv cu lipsa intentiei autoritatii contractante de a se obliga sa efectueze plata serviciilor executate.

Este nelegala si abuziva obligarea Prestatorului la renunțarea la dreptul de a solicita costurile suplimentare înregistrate ca urmare a suspendării contractului de către autoritatea contractanta, in condițiile in care:

- Prestatorul este obligat sa mențină personalul/echipamentele mobilizate;

- Durata suspendării poate sa depaseasca si 12 luni (art.31.5).

Posibile masuri de remediere:

In cazul suspendării Contractului de către Beneficiar, in termen de maxim 30 de zile de la data suspendării Beneficiarul va plăti Prestatorului prețul serviciilor executate; si

In cazul suspendării Contractului de către Beneficiar, Beneficiarul va achita Prestatorului costurile înregistrate de Prestator ca urmare a suspendării, in termen de 30 de zile de la data prezentării de către Prestator a documentelor justificative in acest sens.

Articolul 35.6.

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

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

Articolul 39.3.

Pe perioada soluționării litigiului, Prestatorul este obligat să-și continue prestarea Serviciilor cum au fost stabilite prin Contractul de servicii, în situație contrară fiind obligat la plata de penalități de 0,1% pe zi din prețul contractului.

Această dispoziție este abuzivă, câtă vreme obiectul litigiului poate fi tocmai neîndeplinirea obligației de plată a prețului sau a tranșelor din preț stabilite contractual în sarcina beneficiarului, plată fără de care prestatorul nu poate continua executarea contractului. Chiar și într-o atare situație, beneficiarul are dreptul să calculeze penalități, din aceeași valoare a întregului preț al contractului și nu din partea rămasă de executat, deși el este cel care se află în culpă contractuală.

II: Clauze din caietul de sarcini care se impun a fi revizuite:

Termenul de prestare a serviciilor

Conform dispozițiilor art.8.1. "Cerințe de Raportare", punctele 3 si 4 din Caietul de Sarcini, Studiul de Fezabilitate Preliminar se va preda in termen de 3 luni de la începere si Studiul de Fezabilitate Final se va preda in termen de 4 luni de la incepere (pag. 66 din Caietul de Sarcini). Aceste termene sunt insuficiente pentru a putea elabora un proiect corect si funcțional pentru o autostrada de 170 de km, ce traverseaza zone muntoase cu relief accidentat.

Astfel, conform art.8.1. "Cerințe de Raportare", punctul 4 din Caietul de Sarcini, Studiul de Fezabilitate Final trebuie sa cuprindă si

toate observațiile Beneficiarului, agenției Jaspers, AMPOST si alte autoritati implicate, Auditul de Siguranța Rutiera, rezultatul consultațiilor publice, ale tertilor si ale autoritatilor de mediu, etc.

Este imposibil ca in termen de 4 luni sa fie efectuate toate investigațiile de teren (geotehnice, topografice, arheologice etc.), sa fie identificați toti proprietarii, sa fie efectuate consultatii publice, sa fie elaborate proiecte pentru doua variante de traseu, sa fie obtinute si incluse in proiect observațiile JASPERS, AMPOST si ale autoritatilor de mediu, astfel incat Studiul de Fezabilitate Final sa fie predat in 4 luni de la data de incepere.

Mai mult, in același art.8.1 punctul 4 din Caietul de Sarcini se solicita ca toate avizele, acordurile, inclusiv acordul de mediu, sa fie predate in termenul contractual. Or, conform dispozițiilor Ordinului Ministerului Mediului și Pădurilor nr. 135 din 2010, termenele pentru obținerea Acordului de Mediu sunt imperative, de la care nu se poate deroga. Este imposibila obținerea Acordului de Mediu in termenul impus de autoritatea contractanta, încheierea contractului in aceste condiții conducând in mod automat la neexecutarea contractului de către prestator (indiferent care ar fi acela).

Or, in condițiile in care:

- obținerea Acordului de Mediu este ultima etapa dupa elaborarea si predarea Studiului de Fezabilitate Final autoritatii contractante;

- conform art. 16 autoritatea contractanta dobândește dreptul de proprietate intelectuala asupra tuturor documentațiilor elaborate de prestator, independent de plata acestora;

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

- autoritatea contractanta dobândește in mod fraudulos dreptul de proprietate intelectuala asupra Studiului de Fezabilitate Final fara obligația corelativa de plata si cu dreptul de a percepe prestatorului daune-interese pentru neexecutarea contractului.

Posibile masuri de remediere:

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

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

Prin Caietul de Sarcini, art. 4.1.3.8. "Autorizații, avize si acorduri" (pg. 50 din Caietul de Sarcini) se solicita ca Prestatorul sa mențină in termenele de valabilitate orice aviz/acord/autorizație pana la semnarea contractului de execuție lucrări. Or, aceasta este o activitate care excede termenului contractual de 12 luni, pe care Prestatorul nu o va putea efectua in afara perioadei de valabilitate a Contractului si pe care Beneficiarul nu o va putea deconta.

Posibile masuri de remediere:

- Prestatorul va menține în termenele de valabilitate orice aviz/acord/autorizație până la semnarea contractului de execuție lucrări, dar nu mai târziu de 12 luni de la Data de începere a contractului; sau

- Prelungirea termenului contractual.

Față de cele mai sus arătate, contestatoarea solicită să se dispună:

- remedierea documentației de atribuire, conform art. 278 alin. (2) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006 și stabilirea termenului în care autoritatea contractantă are obligația executării deciziei pronunțate, conform art. 278 alin. (4) din același act normativ;

- prelungirea termenului de depunere a ofertelor;

- suspendarea procedurii de atribuire până la soluționarea contestației, conform art. 275¹ din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006.

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

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

- facturilor emise de Prestator conform Propunerii financiare.

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

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

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

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

- să elimine clauzele privind verificarea și aprobarea tuturor documentelor justificative pentru fiecare cheltuială a Prestatorului;
- să elimine condiționarea plăților de aprobarea Rapoartelor financiare cuprinzând documentele justificative ale cheltuielilor;
- să prevadă efectuarea plăților în baza:

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

- b) facturilor emise de Prestator conform Propunerii financiare.

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

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

- rămâne la latitudinea discreționară a autorității contractante când și dacă emite aprobarea Rapoartelor/documentelor, deși nu a avut obiecțiuni față de acestea; și

- în lipsa unei aprobări exprese termenul de 60 de zile prevăzut pentru efectuarea plăților nu curge, Prestatorul fiind în imposibilitatea de a încasa sumele convenite pentru serviciile prestate.

Față de cele antemenționate, contestatoarea solicită Consiliului să oblige autoritatea contractantă să respecte dispozițiile imperative ale Legii nr. 72/2013, să elimine clauzele abuzive din Documentația de Atribuire și să ia măsurile necesare de remediere, în speță:

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

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

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

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

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

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

Având în vedere dispozițiile imperative ale Legii nr. 72/2013 cu privire la obligația autorităților contractante de a efectua plata serviciilor executate în termen de maxim 60 de zile de la recepția serviciilor, contestatoarea solicită Consiliului să oblige autoritatea contractantă să elimine clauzele abuzive din documentația de atribuire și să ia măsurile necesare de remediere, respectiv să prevadă ca termenul limită de plată va expira în 60 de zile de la data la care serviciile au fost recepționate expres sau tacit, fără ca plățile sau recepția serviciilor să fie suspendate în cazul suspendării contractului.

De asemenea, contestatoarea consideră abuzivă și restrictivă obligarea Prestatorului de a nu subcontracta către un anumit subcontractant doar pentru că acesta a fost nominalizat ca și subcontractant de către un alt ofertant declarat necâștigător, mai

ales că Prestatorul nu deține informații despre subcontractorii sau terții susținători ai celorlalți ofertanți declarați necâștigători, din cadrul Art. 8.13 din Contract, adăugând totodată, că autoritatea contractantă nu are în vedere ca în anumite domenii specifice de activitate din aria complexă a proiectului serviciile pot fi executate doar de câțiva prestatori autorizați și, ca urmare, subcontractorii ce pot fi contractați fie sunt foarte puțini, fie au exclusivitate.

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

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

Față de acestea, contestatoarea solicită Consiliului să oblige autoritatea contractantă să ia măsurile necesare de remediere, respectiv să prevadă decontarea suplimentară față de Prețul Contractului a costurilor pentru mobilizarea personalului și a echipamentelor, înregistrate de Prestator între data intrării în vigoare a contractului și data de începere a contractului notificată de Beneficiar (pe baza de documente justificative) sau că data de începere a contractului să nu fie mai târziu de 15 zile de la data intrării în vigoare a contractului.

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

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

Referitor la Articolul 16.1 din Contract, contestatoarea solicită Consiliului să oblige autoritatea contractantă să ia măsurile necesare de remediere, respectiv să elimine dispozițiile abuzive și să prevadă că Studiul de Fezabilitate și orice rapoarte și date precum: hărți, diagrame, schițe, instrucțiuni, planuri, statistici, calcule, baze de date, software și înregistrări justificative ori materiale achiziționate,

compilate ori elaborate de către Prestator sau de către personalul său salariat ori contractat în executarea Contractului de Servicii vor deveni proprietatea Beneficiarului și vor putea fi folosite de către acesta numai după plata serviciilor executate.

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

În opinia contestatoare, prevederea Art. 18.4.(5) din Contract o consideră ca fiind nelegală și abuzivă, respectiv neplata onorariului convenit Prestatorului, în condițiile în care Prestatorul ia măsuri pentru a compensa absența temporară a expertului prin angajarea unui expert temporar, înregistrând cheltuieli ca urmare a mobilizării unui expert temporar conform solicitării Beneficiarului.

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

Art. 19.5 din Contract:

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

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

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

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

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

Art. 19.6 din Contract:

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

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

Art. 21.2 din Contract:

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

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

Art. 31.4 din Contract:

În opinia contestatoarei este nelegală și abuzivă obligarea Prestatorului la renunțarea la dreptul de a solicita costurile suplimentare înregistrate ca urmare a suspendării contractului de către autoritatea contractantă, în condițiile în care:

- Prestatorul este obligat să mențină personalul/echipamentele mobilizate; și

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

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

Art. 33.1 din Contract:

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

- vinovăția Prestatorului cu privire la săvârșirea infracțiunii de fals în declarații poate fi stabilită numai printr-o hotărâre judecătorească definitivă;

- încălcarea în mod grav a obligațiilor contractuale în cadrul unui contract anterior de achiziție publică poate fi stabilită tot printr-o hotărâre judecătorească definitivă și nu ca urmare a punerii în aplicare a unui pact comisoriu de ultim grad.

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

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

Art. 33.2 din Contract:

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

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

Art. 35.4 și 36.8 din Contract:

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

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

Art. 37.3 din Contract:

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

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

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

Art. 38.6 din Contract:

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

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

În cele ce urmează, contestatoarea apreciază că Termenele de prestare a serviciilor sunt imposibil de îndeplinit, respectiv cele de 4 și respectiv 12 luni, fiind insuficiente fizic pentru a putea elabora un proiect corect și funcțional pentru o autostradă de 55 de km.

Este imposibil ca în termen de 4 luni, respectiv 12 luni, să fie elaborate două variante de traseu pentru 110 km de autostradă, să fie efectuate toate studiile de trafic și investigațiile de teren (geotehnice, topografice, arheologice, etc.), să fie identificați toți proprietarii, să fie efectuate consultații publice, să fie obținute și incluse în proiect observațiile Beneficiarului, ale JASPERS, AMPOST și ale autorităților de mediu, astfel încât Studiul de Fezabilitate Final să fie predat în 4 luni de la data de începere.

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

Autoritatea contractantă a introdus în documentația de atribuire nenumărate clauze abuzive, prin care transferă absolut toate riscurile (inclusiv cel de neplată a serviciilor) către Prestatorul ce va elabora Studiul de Fezabilitate, probabil considerând că în felul acesta este apărată în viitor, prin angajarea răspunderii prestatorului în cazul oricăror deficiente sau lucrări de construcție neconforme, rupând astfel echilibrul contractual. Însă autoritatea contractantă nu are nicio garanție că va putea aplica aceste clauze, recuperând în viitor de la un prestator fără experiența, costuri de asemenea dimensiuni.

Față de cele mai sus menționate, contestatoarea solicită Consiliului să oblige autoritatea contractantă să ia măsurile necesare

de remediere, respectiv să prevadă prelungirea corespunzătoare a termenului de elaborare a Studiului de Fezabilitate și, respectiv, prelungirea termenului contractual cel puțin la o durată de 24 de luni.

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

Contestatoarea arată că la art. 8.1 punctul 4 din Caietul de Sarcini se solicită ca toate avizele, acordurile, inclusiv acordul de mediu, să fie predate în termenul contractual (12 luni de la data de începere), mai mult, plata fiind condiționată de obținerea Acordului de Mediu (art. 26.5 alin.2 coroborat cu art. 27 din Contract).

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

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

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

Contestatoarea învederează faptul că Acordul de Mediu pentru un proiect complex nu se poate obține mai repede de 18 - 24 de luni, având în vedere toate evaluările și procedurile legale ce trebuiesc parcurse.

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

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

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

- să prevadă ca și etapă contractuală distinctă predarea tuturor avizelor/acordurilor/Acordului de Mediu în termen de 24 de

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

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

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

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

Contestatoarea aduce la cunoștință că prin documentația de atribuire autoritatea contractantă impune o procedura detaliată unică de întocmire a Propunerii Financiare prin care standardizează în mod artificial modalitatea de formare a Prețului Contractului, restrângând în acest fel dreptul operatorilor economici de a-și cuantifica și prezenta costurile reale ale serviciilor, acestea fiind reglementate, în principal în cadrul:

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

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

Ca urmare:

- fie operatorul economic este obligat să stabilească Prețul Contractului prin calcule matematice fără legătură cu realitatea;

- fie operatorul economic este obligat să prezinte un cost al Studiului de Arheologie care nu este real, fiindcă altfel Prețul Contractului ar putea să nu acopere serviciile prestate sau să depășească bugetul alocat de autoritatea contractantă.

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

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

Astfel,

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

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

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

și consecința imposibilitatea prestatorului de a încasa prețul ofertat, deși acesta se încadrează în bugetul estimat.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Contestatoarea solicită Consiliului să constate că este imposibilă și abuzivă solicitarea de elaborare a Studiului de Fezabilitate pentru 55 km de autostradă de către un singur inginer proiectant de drumuri sau de către un singur inginer proiectant de poduri, ce vor putea lucra numai un număr standard de ore/zile lucrătoare, fără dreptul de a lucra pe baza de ore suplimentare sau în orice alt mod prevăzut de Codul muncii.

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

Contestatoarea arată că abuzul este generat nu numai de aceste condiționări artificiale, ci și de faptul că prin Documentația de Atribuire - pct. III Litera A, Anexa 3 Livrabile din Caietul de Sarcini (pg.94), autoritatea contractantă impune decontarea în baza unor așa-ziselor Rapoarte Financiare ce "vor conține documente justificative necesare din care să rezulte suma exactă de plată" și "se vor întocmi în baza Propunerii Financiare a Prestatorului".

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

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

Contestatoarea învederează faptul că în data de 30 mai 2014 autoritatea contractantă a publicat în SEAP anunțuri de participare la licitație pentru elaborarea a 8 Studii de Fezabilitate pentru autostrăzi, toate Documentațiile de Atribuire și toate cerințele autorității contractante fiind identice pentru toate cele opt proceduri, indiferent de lungimea și de condițiile traseului pentru care se solicită proiectarea sau de bugetul alocat.

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

propusă de autoritatea contractantă, este artificială, abuzivă și restrânge dreptul Prestatorului de a elabora și de a înainta o Propunere financiară bazată pe costuri reale.

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

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

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

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

Contestatoarea arată că în cadrul caietului de sarcini, prin articolul 3.2. "Riscuri" și Formularul nr. 24 "Asumarea riscurilor identificate în Caietul de Sarcini și prezentarea metodelor de prevenire și combatere a acestora", autoritatea contractantă impune în sarcina Prestatorului un număr de 21 de riscuri (dintre care cele mai mult nu pot fi imputate Prestatorului) și obligă în mod abuziv Prestatorul să renunțe la dreptul său de a solicita costuri suplimentare sau despăgubiri în cazul în care este prejudiciat.

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

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

În cea de-a treia contestație, SC ... SRL arată:

Clauze din Caietul de Sarcini care trebuie revizuite:

Riscurile impuse operatorilor economici prin Caietul de Sarcini sunt abuzive la fel ca și asumarea de către Prestator a costurilor aferente acestora.

Caracterul abuziv al prevederilor legate de riscuri consta în faptul că Autoritatea Contractanta transferă, în exclusivitate, Prestatorului tratarea riscurilor identificate cât, mai ales, a celor neidentificate dar care este posibil să apară, fiind evidentă imposibilitatea controlului acestora și, deci, a gestionării lor, deoarece nu depind în nici o măsură de Prestator.

1. La Cap. 3. Ipoteze și riscuri, Art. 3.1. Ipoteze privind prestarea serviciilor, paragraf 1 (pag. 10), se menționează că termenul final de realizare a studiilor de fezabilitate este de 12 luni, însă Autoritatea Contractanta constrânge Prestatorul să mobilizeze tot personalul necesar, fără a preciza clar termenul de începere a lucrărilor.

Propunere de remediere:

Termenul de obținere a acordului de mediu să fie evaluat în raport cu finalizarea studiului de fezabilitate, prin extinderea termenului de transmitere a Acordului de Mediu până la data emiterii de Autoritățile Competente de Protecția Mediului.

La Cap. 3. Ipoteze și riscuri, Art. 3.2. Riscuri, paragraf 4 (pag. 10) prevede: "Prestatorul își va asuma riscurile generale identificate de Beneficiar, prin participarea sa la procedura de atribuire și prin semnarea contractului, și nu va avea nici o pretenție în cazul apariției acestora sau a altora neidentificate mai jos dar posibil să apară".

Autoritatea a identificat o serie de riscuri generale, dar impune Prestatorului, în mod abuziv, să-și asume și alte riscuri neidentificate până în prezent pentru a putea participa la procedura de licitație.

Propunere de remediere:

Eeliminarea paragrafului menționat mai sus din Caietul de Sarcini.

La Cap. 3. Ipoteze și riscuri, Art. 3.2. Riscuri, paragraf 6, punct 1 (pag.10), prevede: "Riscul și consecințele aferente unor soluții tehnice greșite sau neadaptate, definite de Prestator și rezultate ca

urmare a unor investigatii/studii geotehnice, hidrologice, topografice, etc. defectuoase sau de slaba calitate sau rezultate in urma unor activitati de proiectare defectuoase."

Prestatorul nu-si poate asuma riscul si consecințele rezultate ca urmare a aplicării soluțiilor tehnice finale care sunt obtinute prin implementarea observațiilor/cerințelor Beneficiarului și în condițiile în care proiectul este analizat si avizat de către Beneficiar in CTE-CNADNR pt. siguranța rutiera, in prezenta Prestatorului, reprezentanților DRDP si a Direcției Rutiere din cadrul IGPR cat si in CTE-CNADNR si CTE DPIIS.

Cap. 3. Ipoteze și riscuri, Art. 3.2. Riscuri, paragraf 6, punct 3 (pag.11), prevede: "Riscul de intarziere intre data efectiva de atribuire a contractului si de incepere a prestării serviciilor si investigațiilor care poate influenta planificarea globala a proiectului (ex. investigațiile de teren solicitate sa fie realizate in timpul iernii);"

Prestatorul nu poate să răspundă in exclusivitate de investigațiile de teren realizate în timpul iernii deoarece aceste investigații sunt impuse de perioada de începere și derulare a contractului, este perioadă fixată de autoritatea contractanta.

Cap. 3. Ipoteze și riscuri, Art. 3.2. Riscuri, paragraf 6, punct 10, 11, 12, (pag.11), prevede:

"Riscul ca pe parcursul derulării serviciilor solicitate in cadrul acestui caiet de sarcini sa apara modificări in legislația si reglementările tehnice aplicabile in desfasurarea activitatilor de proiectare, investigațiilor, studiilor, analizelor, etc., necesare elaborarii studiului de fezabilitate. Prestatorul va face toate demersurile pentru completarea/ajustarea/refacerea serviciilor si lucrărilor desfasurate pana la momentul apariției acestor schimbări si prestarea restului serviciilor si lucrărilor neefectuate in baza noilor cerințe legislative.

Riscul de intarzieri in obținerea avizelor din partea Autoritatilor Romane, ori plângerile aparute in perioada consultațiilor publice (ex. probleme de mediu, probleme de patrimoniu cultural, etc.) cu impact asupra termenului de finalizare si livrare a studiului de fezabilitate sau a altor servicii si lucrări solicitate conform caietului de sarcini.

Riscul ca planurile de urbanism in aria de desfasurare a traseului proiectului sa nu existe sau sa fie incomplete. Prestatorul este responsabil de elaborarea acestora in cazul in care nu exista sau sunt incomplete. Costurile suplimentare care vor fi suportate de către Prestator".

Prestatorul nu poate sa răspundă pentru faptul ca planurile de urbanism din aria de desfasurare a proiectului nu exista sau sunt incomplete, si mai mult, sa fie responsabil de elaborarea acestora cu suportarea costurilor suplimentare aferente, fara ca aceasta

activitate sa faca obiectul contractului. Aceasta prevedere nu numai că este nelegală, este și absurdă.

La Cap. 3. Ipoteze și riscuri, Art. 3.2. Riscuri, paragraf 6, punct 13, 15, 17 (pag.11-12), prevede:

"Riscul sa apara intarzieri si/sau alte dificultati in obtinerea de către Prestator a tuturor avizelor, acordurilor, permiselor si a autorizațiilor necesare, avand in vedere implicarea mai multor autoritati si institutii in emiterea acestora, care pot impune diverse condiții si/sau constrângeri. Imposibilitatea de obținere de către Prestator la timp sau chiar deloc a unuia sau mai multor avize/acorduri poate genera riscuri care pot conduce la imposibilitatea de obținere a Acordului de Mediu sau a altor autorizatii necesare, fapt ce ar determina blocarea realizarii proiectului;

Risc de intarziere din cauza cerințelor speciale formulate de către autoritatea competenta de mediu sau Ministerul Culturii si Patrimoniului National, in cazul in care traseul propus va afecta situri arheologice cunoscute, identificate sau descoperite in cadrul investigațiilor specifice de teren;

Riscul de intarziere in elaborarea studiilor de evaluare a proprietăților afectate si a studiilor pedologice, etc., datorita lipsei cadastrului general la nivel național, sau dificultăților in identificarea proprietarilor terenurilor aferente coridorului autostrazii, etc."

Prestatorul nu poate controla si, cu atat mai mult, a impune Autoritatilor Romane o perioada de timp pentru a răspunde solicitărilor sau a elibera avizele, acordurile, permisele si autorizațiile necesare.

Autoritatea contractanta clasifica drept riscuri fapte care sunt, în realitate, certitudini si care echivaleaza cu nerespectarea obligațiilor contractuale de către Prestator (ca de exemplu obținerea Acordului de Mediu in termenul contractual impus, știut fiind faptul ca obținerea acestuia necesita timp, termenele procedurale fiind prevăzute in Ordinul nr. 135/2010 privind aprobarea Metodologiei de aplicare a evaluarii impactului asupra mediului pentru proiectele publice si private).

Propunere de remediere:

Eliminarea prevederilor din Caietul de Sarcini a tuturor cerințelor de asumare a riscurilor care nu depind in nicio masura de Prestator.

Cap. 3. Ipoteze și riscuri, Art. 3.2. Riscuri, paragraful 6, punctul 6 (pag. 11) prevede "Risc de intarziere in prestarea serviciilor, in baza observațiilor sau cerințelor speciale formulate de către autoritatile competente de mediu, de către ... ariilor naturale protejate (Situri Natura 2000), de către ONG-uri si/sau alte organizații similare, de către publicul participant la dezbaterile publice sau alti factori implicați in derularea procedurilor de mediu".

Consideră absurdă și abuzivă prevederea ca Prestatorul să răspundă pentru modificări în legislația și reglementările tehnice aplicabile, pentru apariția sau extinderea unor arii Natura 2000, pentru întâzieri determinate de reclamațiile ONG-urilor, în același interval de timp contractual, care oricum este nerezonabil și nerealist.

Din experiența anterioară este cunoscut faptul că observațiile sau cerințele speciale sunt transmise de autoritățile competente de mediu, ONG-urile sau alte organizații similare, în contextul aprobării soluțiilor tehnice și a traseului final de către Beneficiar, de aceea riscul de întâziere în condițiile apariției unor observații, cerințe speciale sau contestații nu poate fi suportat în totalitate de către Prestator.

Considera abuzivă această prevedere și din punct de vedere al cheltuielilor suplimentare pe care le poate înregistra Prestatorul, necuantificabile în acest moment, pentru activități aflate în afara controlului său și pe care nu le are în responsabilitate.

De asemenea, în lipsa unei definiții clare a sintagmei "cerința special formulată", Prestatorul este obligat să răspundă la orice fel de solicitare din partea publicului interesat indiferent de relevanța și, mai ales, de costurile suplimentare pe care le implică tratarea observațiilor în cadrul proiectului. Ținând cont că sintagma nu este definită în prevederile legale și că ambiguitatea acesteia poate duce la costuri majore ce trebuie suportate de Prestator solicitarea de asumare totală a acestui risc este de natură să limiteze accesul participanților la licitație și deci nerespectarea principiului liberei concurențe.

Propunere de remediere:

Modificarea paragrafului conform observațiilor prezentate și completarea cu definiția sintagmei "cerința special formulată".

Cap. 3 - Ipoteze și riscuri, Art. 3.2. Riscuri, paragraful 6, punctul 7 (pag. 11), prevede: "Riscul ca anumite ONG-uri și/sau alte organizații similare să reclame și/sau să conteste la CE studiile și/sau documentațiile elaborate, fapt ce ar putea determina întâzieri majore în implementarea Proiectului și costurile suplimentare care vor fi suportate de către Prestator".

ONG-urile sau alte organizații similare pot contesta la Comisia Europeană studiile aprobate de Beneficiar, în contextul lipsei de dialog și de transparență, aspecte ce nu sunt controlate de Prestator.

Solicitarea ca Prestatorul să suporte costurile suplimentare determinate de întâzierile în implementarea Proiectului este una abuzivă, luând în considerare că Prestatorul nu deține nici un fel de control asupra procesului de decizie și acțiunilor Beneficiarului.

Propunere de remediere:

Modificarea paragrafului cu eliminarea sintagmei "costurile suplimentare vor fi suportate de către Prestator".

Cap. 3 - Ipoteze și riscuri, Art. 3.2. Riscuri, paragraful 6, punctul 8 (pag. 11) prevede: "Riscul de intarziere in cazul in care traseul propus poate fi afectat de arii naturale protejate (situri Natura 2000) si alte asemenea, din cauza cerințelor si a oricăror studii de specialitate, inclusiv studii de evaluare adecvata impuse de autoritatile competente de mediu sau de către ... custozii ariilor naturale protejate,etc. In astfel de situatii elaborarea studiilor este obligația Prestatorului care va elabora studiile suplimentare".

Autoritatea contractanta cu buna stiinta arunca in sarcina Prestatorului realizarea unor studii suplimentare, a căror necesitate o cunoaște încă de la etapa de ofertare. Traseul Proiectului afecteaza arii Natura 2000, fapt recunoscut de autoritatea contractanta la pagina 121 din Caietul de sarcini, iar studiile de specialitate vor fi solicitate in condițiile in care traseul nu poate fi modificat.

De asemenea, aceste studii nu sunt definite in legislație si nu au un continut cadru stabilit, motiv pentru care oricând autoritatile competente de mediu sau ... ariilor naturale protejate pot solicita completări ce pot determina intarzieri in derularea procedurii.

Propunere de remediere: Modificarea paragrafului astfel încât elaborarea studiilor suplimentare să fie obligația Prestatorului, urmând ca aceste studii să fie puse la dispoziția Prestatorului.

Cap. 3 - Ipoteze și riscuri, Art. 3.2. Riscuri, paragraful 6, punctul 9 (pag. 11), prevede: "Riscul ca pe parcursul derulării serviciilor solicitate in cadrul acestui caiet de sarcini sa apara modificări in legislația si reglementările tehnice aplicabile in domeniul mediului, eventual pot aparea noi arii protejate Natura 2000 sau anumite arii Natura 2000 sa fie extinse, iar pentru schimbările aparute pe parcurs, Prestatorul trebuie sa tina cont de acestea si va face toate demersurile in vederea obținerii documentelor de reglementare in domeniul protectiei mediului".

Prestatorul nu poate sa isi asume integral acest risc, fara costuri suplimentare, chiar daca tine cont de riscul mentionat mai sus si face toate demersurile pentru obținerea actelor de reglementare, nu poate controla si prognoza modificările legislative, declararea ariilor Natura 2000 si nici extinderea limitelor acestora.

Propunere de remediere: Modificarea paragrafului astfel încât să se recunoască Prestatorului dreptul de a solicita de la Autoritatea Contractantă costurile suplimentare generate de demersurile pentru obținerea documentelor de reglementare în domeniul protectiei mediului.

Cap. 4. Scopul si descrierea serviciilor, Art. 4.1.3.6 - Evaluarea impactului asupra mediului, paragraful 1, (pag. 35), prevede :

"Prestatorul are obligația de a elabora Raportul privind impactul asupra mediului RIM, Studiul de Evaluare Adecvata (SEA), alte studii de specialitate (S.SpM) necesare sau impuse de către Autoritățile competente pentru protecția mediului sau alte Autorități implicate, cu parcurgerea tuturor etapelor procedurilor de mediu și obținerea efectivă a Acordului de Mediu precum și a tuturor documentelor de reglementare necesare."

Ambiguitatea sintagmei "alte Autorități implicate" impune Prestatorului obligația de a realiza studii solicitate de către orice autoritate, care este implicată, la un moment dat în cursul prestării serviciilor. Aceste activități, care nu pot fi prevăzute la momentul încheierii contractului, generează costuri suplimentare ce trebuie suportate de Prestator.

Propunere de remediere: Definiția clară a noțiunii "alte Autorități implicate" sau eliminarea acestei expresii din paragraful analizat.

Cap. 4. Scopul și descrierea serviciilor, Art. 4.1.3.6 - Evaluarea impactului asupra mediului, paragraful 5 (pag. 36) prevede: "Prestatorul va ține cont de posibilitatea ca, față de ariile naturale protejate care au fost identificate în timpul elaborării RIM, este posibil ca ulterior, sau în cursul implementării contractului să fie desemnate alte arii naturale protejate sau să fie modificate limitele ariilor naturale protejate, pentru care Prestatorul va fi responsabil cu identificarea acestora, cu elaborarea oricăror studii de evaluare necesare și inclusiv cu obținerea actelor de reglementare."

Prestatorul nu poate controla sau prognoza realist declararea ariilor Natura 2000 și nici extinderea limitelor acestora. Ca urmare a acestui fapt, Prestatorul nu poate să își asume responsabilitatea identificării acestora și elaborarea studiilor de evaluare pentru arii naturale protejate ce pot fi desemnate după finalizarea Studiului de Fezabilitate.

Considera că această solicitare este cel puțin exagerată, în condițiile în care perioada de implementare a proiectului (SF) depășește termenul contractual de 12 luni.

Propunere de remediere: Eliminarea paragrafului din Caietul de Sarcini.

Cap. 4. Scopul și descrierea serviciilor, Art. 1.3.6 - Evaluarea impactului asupra mediului, paragraful 11 (pag. 37) prevede: "Prestatorul va avea obligația împreună cu Expertul de Mediu desemnat de a răspunde verbal și/sau în scris la orice clarificare solicitată de autorități, de publicul interesat, de terti, de reprezentanța JASPERS sau din partea Comisiei Europene."

În Formularul de Contract de Servicii, din Fișa de date, la art. 10.5 se menționează "Prestatorul va considera toate documentele și informațiile care îi sunt puse la dispoziție referitoare la Contractul de Servicii drept private și confidențiale și, cu excepția cazului în care

este necesar pentru executarea Contractului, nu va publica sau divulga niciun element al Contractului de Servicii fără acordul scris prealabil al Beneficiarului ori al Managerului de Proiect. Dacă există divergențe cu privire la necesitatea publicării sau divulgării în scopul executării Contractului de Servicii, decizia finală va aparține Beneficiarului."

Aceste două prevederi, în lipsa definiției clare a noțiunilor de "tert" și "comunicare verbală și/ sau în scris", sunt contradictorii și încalcă clauza de confidențialitate, iar Prestatorul se vede pus în situația de a fi penalizat pentru respectarea prevederilor contractuale, fapt de natură a prejudicia imaginea Prestatorului.

Propunere de remediere: Definirea noțiunilor de "tert" și "comunicare verbală și/ sau în scris" și corelarea prevederilor Caietului de Sarcini cu prevederile Contractului, astfel încât să existe o concordanță a celor două documente.

Cap. 4. Scopul și descrierea serviciilor, Art. 4.1.3.6 - Evaluarea impactului asupra mediului, paragraful 12 (pag. 37) prevede: "Prestatorul în cadrul RIM va furniza următoarele informații (acoperind efectul direct, oricare efect indirect, secundar, cumulativ, scurt, mediu și pe termen lung, permanent/rezidual și temporar, pozitiv și negativ al Proiectului): [...] Informații privind suprafețele de pădure ce urmează a fi scoase din circuitul silvic la nivel de U.A. și UP, cât și speciile de arbori și arbuști ce vor fi defrișate."

Prestatorul nu poate include informații privind suprafețele de pădure ce urmează a fi scoase din circuitul silvic la nivel de U.A. și U.P., decât dacă Beneficiarul i le pune la dispoziție, deoarece aceste informații sunt date cu caracter confidențial, detinute de o autoritate a statului, care le poate transmite doar unei alte autorități publice.

În lipsa stabilirii clare a documentelor și informațiilor ce vor fi puse la dispoziție Prestatorului de către Beneficiar, prevederea citată mai sus este excesivă și abuzivă.

Propunere de remediere: Modificarea paragrafului "Informații privind suprafețele de pădure ce urmează a fi scoase din circuitul silvic la nivel de U.A. și UP, cât și speciile de arbori și arbuști ce vor fi defrișate" cu sintagma "Informații privind suprafețele de pădure ce urmează a fi scoase din circuitul silvic".

Cap. 4. Scopul și descrierea serviciilor, Art. 1.3.6 - Evaluarea impactului asupra mediului, paragraful 16, (pag. 38) prevede: "Prestatorul va obține în numele Beneficiarului Declarația autorității responsabile privind monitorizarea Siturilor Natura 2000."

Această prevedere este în contradicție cu prevederile art. 12 din Ordinul nr. 135/2010, deoarece această declarație se emite pentru proiectele majore cu finanțare din fonduri comunitare, care nu afectează în mod semnificativ ariile protejate de interes comunitar. Tinând cont că în cadrul Caietului de Sarcini se menționează că proiectul va afecta arii protejate Natura 2000,

Autoritatea Contractanta solicita obținerea unor acte de reglementare ce nu se aplica Proiectului.

Propunere de remediere: Eliminarea acestui paragraf din Caietul de Sarcini.

Cap. 4. Scopul și descrierea serviciilor, Art. 4.1.3.6 - Evaluarea impactului asupra mediului, paragraful 19, punctul 2 (pag. 38) prevede: "Orice cerere de consimțire a dezvoltării Proiectului și orice informație colectată este pusă la dispoziția publicului în timp rezonabil".

Această prevedere încalcă clauza de confidențialitate, deoarece termenii folosiți sunt neclari și acoperă o varietate largă de documente și documentații, inclusiv acte oficiale cu caracter confidențial. Astfel Autoritatea Contractanta solicită încălcarea prevederilor legale privind confidențialitatea și punerea la dispoziția publicului a unor informații cu caracter clasificat.

Propunere de remediere: Eliminarea acestui paragraf din Caietul de Sarcini.

Cap. 6. Logistică și planificare, Art. 6.2. Data de începere și Perioada de implementare, (pag.56):

Ținând cont că Ordinul nr. 135/2010 și Ordinul nr. 19/2010 prevăd un termen minim de derulare a etapelor procedurale la autoritatea competentă de mediu de 162 de zile (147 de zile, fără derularea etapei de evaluare adecvată), termen strict teoretic care nu include și realizarea studiilor de evaluare a impactului asupra mediului (RIM și SEA) și nici eventualele impedimente de ordin obiectiv ce pot apărea, solicitarea de a transmite Beneficiarului Acordul de Mediu în 4 luni încalcă prevederile legale și este de natură a pune în pericol Proiectul.

Propunere de remediere: Modificarea termenului de transmitere a acordului de mediu din "4 luni de la începere", cu sintagma "în termen de 10 zile de la data emiterii Acordului de către Autoritățile Competente de Protecția Mediului."

18. Cap. 7. Cerințe privind personalul și baza tehnico-materială, Art. 7.1. Cerințe de personal, paragraf 6 (pag. 57) pct.1- Experti cheie: În Caietul de Sarcini este prevăzut un "expert economist în economia mediului" care "va răspunde de realizarea Studiului de Evaluare a Impactului asupra mediului și a oricăror documente și studii solicitate de autoritățile competente, de respectarea cerințelor caietului de sarcini cu privire la Mediu, de comunicarea tuturor aspectelor legate de mediu care ar putea afecta soluțiile de proiectare preliminară."

În conformitate cu prevederile Ordinului nr. 135/2010 și ale Ordinului nr. 1026/2009: "raportul privind impactul asupra mediului (...) și studiul de evaluare adecvată, denumite generic studii pentru protecția mediului, se elaborează de către persoane fizice și juridice, înscrise în Registrul național al elaboratorilor de studii pentru

protecția mediului.", iar persoanele fizice trebuie să fi obținut "diploma de licență sau echivalentă în domeniile protecția mediului, geologie, geografie, biologie, chimie, inginerie chimică, pedologie, geodezie, hidrotehnică, petrol și gaze, ingineria mediului, inginerie civilă, silvicultură, ingineria materialelor, mine, fizică, ingineria instalațiilor, inginerie energetică, inginerie mecanică, inginerie electrică, ecologie, științe agricole, ingineria mediului sau alte specialități care au legătură cu acestea".

Din cele mai sus expuse rezultă că, în mod nelegal, autoritatea contractantă solicită Prestatorului implicarea unui expert cheie care nu răspunde criteriilor prevăzute în legislație pentru persoanele care elaborează studii de protecția mediului, fapt ce poate duce la întârzieri în derularea Proiectului și la necesitatea ulterioară de a înlocui personalul cheie.

Propunere de remediere: Înlocuirea titlaturii de "expert economist în economia mediului" cu "expert evaluator de mediu".

Anexa 5 Cerințe speciale - Cap. Evaluare adecvată (EA), punctul 12. Traseul aprobat afectează Natura 2000 (pag 131), prevede: "*Acest caiet de sarcini trebuie citit împreună cu Raportul Analizei Deficientelor întocmit în Iunie 2013 ce a analizat omisiunile din cadrul studiului de evaluare adecvată existent.*"

După cum se poate observa, în Caietul de Sarcini se face referire la Raportul Analizei Deficientelor întocmit în luna Iunie 2013, însă nu se menționează dacă și când, acest raport va fi pus la dispoziția Prestatorului. Autoritatea contractantă solicită includerea unor informații care sunt în posesia sa fără a-și asuma obligația de a transmite Prestatorului aceste informații la o dată concretă sau într-un termen oarecare.

Propunere de remediere: Completarea paragrafului cu sintagma "Raportul Analizei Deficientelor întocmit în Iunie 2013 va fi pus la dispoziția Prestatorului, în termen de 10 zile de la semnarea contractului".

Anexa 5 Cerințe speciale - Cap. Următorii pași, paragraf 2 (pag 137) Traseul aprobat afectează Natura 2000, prevede: "*În mod particular, cerințele pentru realizarea de studii pentru Canis lupus, Lutra lutra, Lynx lynx, Ursus arctos, Castor fiber, și toate speciile de lilieci, reptile, amfibii, nevertebrate și specii de păsări SPA trebuie să fie descrise.*"

Autoritatea contractantă solicită realizarea unor studii pentru specii nedefinite în nomenclatoarele biologice folosind termeni ca "amfibiile" și "păsările SPA". Această ambiguitate poate duce la aprecieri arbitrare sau interpretări, poate genera costuri suplimentare importante și, în final, poate conduce la respingerea studiilor de mediu realizate.

Propunere de remediere: Modificarea paragrafului, astfel: "în mod particular, cerințele pentru realizarea de studii pentru Canis

lupus, Lutra lutra, Lynx lynx, Ursus arctos, Castor fiber, și toate speciile de lilieci, reptile, amfibieni, nevertebrate și specii de păsări protejate în cadrul ariilor de protecție avifaunistică (SPA) trebuie să fie descrise."

Roagă Consiliul să observe că, analizând Caietul de Sarcini, au expus numeroase neclarități, ambiguități și abateri de la lege, motiv pentru care roagă să se constate că procedura nu se desfășoară cu respectarea prevederilor legale, iar continuarea procedurii înainte de pronunțarea soluției Consiliului determină încheierea unui contract nelegal. În consecință, suspendarea procedurii de atribuire până la soluționarea fondului cauzei este justificată.

Consideră oportun ca prezenta constatare să fie soluționată împreună cu cea înaintată anterior Consiliului, înregistrată sub numărul 18334/... fiind îndeplinite condițiile cumulative privind identitatea de parti, obiect și cauza.

În cea de-a patra contestație, SC ... SRL învederează că, în cadrul modelului de contract inclus în documentația de atribuire, ale cărui clauze se solicită să fie acceptate de către ofertant prin includerea în Propunerea Tehnică a Formularului nr. 20 "Documente de confirmare a acceptării de către ofertant a clauzelor contractuale", se regăsesc mai multe prevederi restrictive și în același timp abuzive. Sunt de acord că Formularul nr. 20 permite și formularea de amendamente la clauzele contractuale, însă, în conformitate cu prevederile Hotărârii Guvernului nr. 925/2006, art. 36 alin. (2), oferta este considerată neconformă în situația în care "conține propuneri de modificare a clauzelor contractuale pe care le-a stabilit autoritatea contractantă în cadrul documentației de atribuire, care sunt în mod evident dezavantajoase pentru aceasta din urmă, iar ofertantul, deși a fost informat cu privire la respectiva situație, nu acceptă renunțarea la clauzele respective". Or, în situația în care în cadrul Formularului nr. 20 ofertantul propune eliminarea clauzelor contractuale pe care le vor contesta în cele ce urmează, situație care ar putea părea dezavantajoasă pentru autoritatea contractantă, aceasta, în timpul procedurii de evaluare a ofertelor poate solicita operatorului economic renunțarea la respectivele amendamente la clauzele contractuale, în caz contrar oferta acestuia fiind considerată neconformă.

Prin urmare, prezintă și contestă următoarele clauze contractuale, și în același timp propune și posibile măsuri de remediere care ar putea fi adoptate de către autoritatea contractantă:

Articolul 5 - Durata Contractului de Servicii:

Art. 5.3. "Data de începere a Contractului de servicii va fi notificată de către Beneficiar după data intrării în vigoare a Contractului, sub condiția îndeplinirii integrale și în mod cumulativ a

cerințelor prevăzute la art. 5.2 din Contractul de servicii. Pana la data specificata in Notificarea Beneficiarului, Prestatorul va fi mobilizat atat din punct de vedere al personalului cat si din punct de vedere al echipamentelor/utilajelor necesare desfasurarii activitatii."

Conform prevederilor art. 5.2. data intrării in vigoare a contractului este in termen de 15 zile calendaristice de la data semnării contractului. Aceasta data inasa, conform prevederilor art. 5.3., nu coincide cu data de incepere a contractului, care va fi stabilita la un moment ulterior intrării sale in vigoare, fara precizarea concreta a datei la care Beneficiarul urmeaza a notifica Prestatorului data de incepere a contractului. Lipsa unui termen ferm pentru data de la care se considera ca Prestatorul va incepe îndeplinirea obligațiilor contractuale poate determina costuri care nu pot fi estimate de către Prestator la momentul elaborarii ofertei. Mai mult decât atât, emiterea ordinului de incepere a serviciilor dupa o perioada îndelungata de la data semnării contractului de servicii, poate duce la indisponibilitatea experților (pentru a căror înlocuire este prevăzută o penalitate de 0,05% din Prețul Contractului, conform art. 19.3. din modelul de contract).

Posibile masuri de remediere:

- modificarea art. 5.3. prin introducerea unui termen clar pentru data de incepere a serviciilor, cât mai apropiat de data intrării in vigoare a contractului.

Art. 5.5. *"Perioada de valabilitate a Contractului se va incheia la epuizarea convenționala sau legala a oricărui efect pe care il produce."* Punct de vedere al operatorului economic: conform prevederilor acestui articol autoritatea contractanta nu stabileste un cadru contractual previzibil si clar determinat in timp. Practic, prin aceasta prevedere, se poate ajunge la prelungirea la infinit a perioadei de valabilitate a contractului.

Posibile masuri de remediere: modificarea art. 5.3. prin introducerea unui termen clar pana la care contractul este valabil - de ex: "nu mai târziu de x ani de la data intrării in vigoare a contractului".

II. Articolul 8 - Subcontractarea:

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

Termenul de 30 zile (1 luna) acordat autoritatii contractante pentru aprobarea/respingerea unui subcontractant este disproporționat, în condițiile în care termenul de elaborare și transmitere a Studiului de Fezabilitate Final este de 4 luni.

Posibila masura de remediere: modificarea art. 8.2. în sensul stabilirii unui termen rezonabil de aprobare a unui subcontractor raportat la celelalte termene contractuale impuse Prestatorului (de ex: maxim 5 zile lucratoare)

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

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

În conformitate cu solicitările Fisei de Date a Achiziției, "în cazul în care ofertantul va subcontracta o parte din contract, acesta are obligația de a preciza partea/părțile din contract pe care urmează să le subcontracteze, procentul pe care-l realizează, precum și datele de identificare ale subcontractanților propuși", solicitare care este în concordanță cu prevederile Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 34/2006, art. 45, alin (2). Totodată, conform prevederilor Hotărârii Guvernului nr. 925/2006, art. 96 alin (2), "Pe parcursul derulării contractului, contractantul nu are dreptul de a înlocui subcontractanții nominalizați în oferta fără acceptul autorității contractante, iar eventuala înlocuire a acestora nu trebuie să conducă la modificarea propunerii tehnice sau financiare inițiale", prevedere care este transpusă de către autoritatea contractantă în cadrul modelului de contract la art. 8.9. Prin urmare, având în vedere că singura restricție impusă de către legiuitor referitoare la subcontractanți în timpul derulării contractului, face referire doar la înlocuirea subcontractanților declarați în oferta, nu înțelege de ce autoritatea contractantă impune o nouă restricție privind nominalizarea de noi subcontractanți în timpul derulării contractului. Există posibilitatea ca la momentul elaborării ofertei, ofertantul să prevadă că doar o parte din servicii să fie subcontractată, însă, pe parcursul derulării contractului, situațiile reale cu care Prestatorul se va confrunța să impună necesitatea subcontractării și unei alte părți a contractului, necesitate care este refuzată de la bun început de către autoritatea contractantă prin impunerea restricțiilor mai sus menționate (art. 8.11. și art. 8.12.).

Posibile măsuri de remediere:

- modificarea art. 8.11. astfel: "Prestatorul nu are dreptul ca e inlocui pe niciunul din subcontractantii numiți in oferta sau pe cei numiți ulterior fara acceptul prealabil al Autoritatii Contractante". Aceasta prevedere este asemanatoare cu prevederile art. 4.4. din Condițiile Speciale ale Contractului pentru echipamente si constructii, inclusiv proiectare, aprobate prin Ordinul nr. 146 din 01.03.2011

- eliminarea urmatoarei prevederi din cadrul art. 8.12 "Pe tot parcursul indeplinirii prezentului Contract de Servicii, Prestatorul nu va depasi limita procentuala declarata in cadrul ofertei pentru subcontractare."

Art. 8.13. "In situatia în care este necesară înlocuirea unui subcontractant, Prestatorul are obligația de a nu încheia un nou contract de subcontractare cu niciunul/oricare dintre ofertanții declarați necâștigători/terții susținători/subcontractantii acestora în cadrul procedurii de atribuire a prezentului contract de servicii, întrucât nerespectarea acestei obligații este considerată indicator de fraudă potrivit prevederilor Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 66/2011 cu modificări si completări ulterioare."

In conformitate cu prevederile Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 34/2006, art. 46 alin (1): "ofertantul nu are dreptul ca in cadrul aceleasi proceduri: a) să depună două sau mai multe candidaturi/oferte individuale și/sau comune, sub sancțiunea excluderii din competiție a tuturor candidaturilor/ofertelor în cauză; b) să depună ofertă individuală/comună și să fie nominalizat ca subcontractant în cadrul unei alte oferte, sub sancțiunea excluderii ofertei individuale sau, după caz, a celei în care este ofertant asociat; c) să depună ofertă individuală/comună și să fie nominalizat ca terț susținător în cadrul unei alte oferte, sub sancțiunea excluderii ofertei individuale sau, după caz, a celei în care este ofertant asociat." Prin urmare, legiuitorul nu interzice nici macar la momentul depunerii ofertei ca un subcontractant sa fie nominalizat in cadrul mai multor oferte. Prin urmare, nu intelege de ce dupa momentul atribuirii contractului este interzisa posibilitatea de a nominaliza un subcontractant care a fost nominalizat anterior (la momentul depunerii ofertelor) de către un alt ofertant declarat necastigator.

Posibila masura de remediere: modificarea art. 8.13. din cadrul modelului de contract astfel: "*în situatia în care este necesară înlocuirea unui subcontractant, Prestatorul are obligația de a nu încheia un nou contract de subcontractare cu niciunul/oricare dintre ofertanții respinsi în cadrul procedurii de atribuire a prezentului contract de servicii si a căror oferta financiara a fost inferioara Prestatorului, întrucât nerespectarea acestei obligații este considerată indicator de fraudă potrivit prevederilor OUG nr. 66/2011 cu modificări si completări ulterioare.*"

III. Articolul 13 - Conflictul de interese Art. 13.2. *"Beneficiarul isi rezervă dreptul de a verifica dacă măsurile luate sunt corespunzătoare si poate solicita măsuri suplimentare dacă este necesar. Prestatorul se va asigura că personalul său salariat sau contractat de el, inclusiv conducerea si salariații din teritoriu, nu se afla intr-o situatie care ar putea genera un conflict de interese. Fără a aduce atingere prevederilor Articolului 19 din prezentul contract, Prestatorul va inlocui, imediat si fără vreo compensație din partea Beneficiarului, orice membru al personalului său salariat ori contractat, inclusiv conducerea on salariații din teritoriu, care se regăseste intr-o astfel de situatie cu o altă persoană, care sa îndeplinească criteriile de calificare solicitate în cadrul Documentației de Atribuire. In 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 quantum de 0,1% din Prețul Contractului pentru fiecare persoană înlocuită. Aceasta nu va aduce atingere dreptului Beneficiarului de a solicita si obține repararea oricăror prejudicii decurgând dintr-un astfel de conflict de interese."*

Penalitatea prevăzută la art. 13.2 nu este justificata daca, conflictul de interese apare dupa semnarea contractului de servicii, in condițiile menținerii de către Prestator a aceluiași personal nominalizat la momentul depunerii ofertei si numirii/angajam de către autoritatea contractanta a unor persoane care se pot afla in conflict de interese cu personalul Prestatorului. Or, art. 13.2. nu face nicio diferențiere intre posibilele situatii, motiv pentru care, in cazul in care s-ar produce situatia mai sus enuntata (situatie care nu este sub controlul Prestatorului), Prestatorul este obligat la plata către Beneficiar a unei penalitati in quantum de 0,1% din Prețul Contractului pentru fiecare persoana inlocuita.

Posibila masura de remediere: modificarea art. 13.2. din cadrul modelului de contract prin introducerea unui paragraf in care sa se menționeze ca penalitatea se aplica cu excepția cazului in care inlocuirea este un rezultat al circumstanțelor ce nu sunt sub controlul Prestatorului.

IV. Articolul 16 - Drepturi de proprietate intelectuala

Art 16.1. 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 sau 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".

Este abuziva prevederea conform careia documentele elaborate in cadrul prezentului contract devin proprietatea Beneficiarului pe masura ce acestea sunt produse, si nu dupa plata de către Beneficiar a serviciilor prestate in vederea elaborarii acestor documente.

Posibila masura de remediere: modificarea art. 16.1 astfel: "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, dupa plata serviciilor prestate de către Prestator pentru elaborarea respectivelor documente".

Articolul 18 - Personalul si echipamentul

Art. 18.1. "Prestatorul trebuie să informeze Beneficiarul cu privire la intreg personalul pe care intenționează să-l utilizeze pentru implementarea Contractului de Servicii, altul decât experții cheie ale căror CV-uri sunt incluse in Anexa IV a Contractului de Servicii. In Anexa I si/sau Anexa II ale Contractului de Servicii se va specifica nivelul minim de pregătire, calificare si experiență al personalului precum si responsabilitatile acestuia, iar acolo unde este cazul si specializarea cerută. Beneficiarul are dreptul să respingă personalul ales de către Prestator."

In condițiile in care fraza conform careia "Beneficiarul are dreptul să respingă personalul ales de către Prestator" nu este completata corespunzător, se poate interpreta ca Beneficiarul are dreptul de a respinge personalul ales de Prestator fara sa isi justifice aceasta decizie. De asemenea, nu este prevăzut niciun termen in cadrul caruia autoritatea contractanta are dreptul sa transmita aceasta decizie.

Posibila masura de remediere: modificarea art. 18.1. astfel: "Prestatorul trebuie să informeze Beneficiarul cu privire la intreg personalul pe care intenționează să-l utilizeze pentru implementarea Contractului de Servicii, altul decât experții cheie ale căror CV-uri sunt incluse in Anexa IV a Contractului de Servicii. In Anexa I si/sau Anexa II ale Contractului de Servicii se va specifica nivelul minim de pregătire, calificare si experiență al personalului precum si responsabilitatile acestuia, iar acolo unde este cazul si specializarea cerută. Beneficiarul are dreptul să respingă personalul ales de către Prestator în termen de 3 zile lucratoare de la data primirii notificării, motivând decizia sa în cazul respingerii aprobării".

VI. Articolul 19 - Înlocuirea personalului

Art 19.5. "In situatia in care un membru al personalului cheie trebuie inlocuit, persoana înlocuitoare trebuie să îndeplineasca aceleași criterii de calificare solicitate in Documentația de Atribuire. Prestatorul va transmite Beneficiarului, pentru verificare si aprobare o copie a CV-ului acestuia si a documentelor justificative prin care demonstrează îndeplinirea criteriilor de calificare. In cazul respingerii acestora, Beneficiarul va notifica in scris motivele respingerii. In caz de respingere, Beneficiarul va fi îndreptatit sa solicite Prestatorului, iar acesta va fi obligat la plata unor penalitati documente si date ale proiectului/Contractului in scopuri care nu au legătură cu Contractul de Servicii fără acordul scris prealabil al Beneficiarului".

Este abuziva prevederea conform careia documentele elaborate in cadrul prezentului contract devin proprietatea Beneficiarului pe masura ce acestea sunt produse, si nu dupa plata de către Beneficiar a serviciilor prestate in vederea elaborarii acestor documente.

Posibila masura de remediere: modificarea art. 16.1 astfel: "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, dupa plata serviciilor prestate de către Prestator pentru elaborarea respectivelor documente".

VII. Articolul 18 - Personalul si echipamentul

Art. 18.1. "Prestatorul trebuie să informeze Beneficiarul cu privire la întreg personalul pe care intenționează să-l utilizeze pentru implementarea Contractului de Servicii, altul decât experții cheie ale căror CV-uri sunt incluse in Anexa IV a Contractului de Servicii. In Anexa I si/sau Anexa II ale Contractului de Servicii se va specifica nivelul minim de pregătire, calificare si experiență al personalului precum si responsabilitatile acestuia, iar acolo unde este cazul si specializarea cerută. Beneficiarul are dreptul să respingă personalul ales de către Prestator."

In condițiile in care fraza conform careia "Beneficiarul are dreptul să respingă personalul ales de către Prestator" nu este completata corespunzător, se poate interpreta ca Beneficiarul are dreptul de a respinge personalul ales de Prestator fara sa isi justifice aceasta decizie. De asemenea, nu este prevăzut niciun termen in cadrul caruia Autoritatea Contractanta are dreptul sa transmita aceasta decizie.

Posibila masura de remediere: modificarea art. 18.1 astfel: "Prestatorul trebuie să informeze Beneficiarul cu privire la întreg

personalul pe care intenționează să-l utilizeze pentru implementarea Contractului de Servicii, altul decât experții cheie ale căror CV-uri sunt incluse în Anexa IV a Contractului de Servicii. În Anexa I și/sau Anexa II ale Contractului de Servicii se va specifica nivelul minim de pregătire, calificare și experiență al personalului precum și responsabilitățile acestuia, iar acolo unde este cazul și specializarea cerută. Beneficiarul are dreptul să respingă personalul ales de către Prestator în termen de 3 zile lucrătoare de la data primirii notificării, motivând decizia sa în cazul respingerii aprobării".

Articolul 19 - Înlocuirea personalului

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

Penalitatea de întârziere prevăzută la art. 19.5. este disproporționată prin raportare la evenimentul sancționat, în condițiile înlocuirii unui membru al echipei ca urmare a decesului sau îmbolnavirii, invalidității (evenimente imprevizibile), motive care nu sunt sub controlul Prestatorului. Mai mult decât atât, tipul de penalitate prevăzută la art. 19.5 este același cu cel prevăzută la art. 18.4 (3) - pentru înlocuirea unui membru al personalului, însă modalitatea de calcul și procentul aplicat sunt diferite.

Posibila măsură de remediere: corelarea celor două articole 19.5. și 18.4.(3) și modificarea acestora luând în considerare și evenimentele imprevizibile care nu sunt sub controlul Prestatorului

Art. 19.6. "Costurile suplimentare generate de înlocuirea personalului incumbă Prestatorului. În cazul în care expertul nu este înlocuit imediat și funcțiile acestuia urmează să fie preluate după o anumită perioadă de timp de către noul expert, Beneficiarul poate solicita Prestatorului să desemneze un expert temporar pentru Proiect, până la sosirea noului expert sau să ia alte măsuri pentru a compensa absența temporară a expertului absent. Indiferent de situație, Beneficiarul nu va efectua nicio plată pentru perioada absenței expertului sau a absenței înlocuitorului acestuia."

Este nelegală și abuzivă neplata onorariului convenit Prestatorului, în condițiile în care Prestatorul ia măsuri pentru a

compensa absenta temporara a expertului prin angajarea unui expert temporar, înregistrând cheltuieli ca urmare a mobilizării unui expert temporar urmare unei solicitări a Beneficiarului (conform prevederilor art. 18.4.).

Posibila masura de remediere:

- eliminarea art. 19.6. din modelul de contract; sau
- modificarea art. 18.4. prin clarificarea faptului ca expertul temporar poate fi desemnat, prin preluarea de atributii, un alt expert inclus in personalul Prestatorului, caz in care expertul respectiv va fi plătit conform poziției detinute inițial in cadrul contractului

Art. 19.8. "Aprobarea si/sau înlocuirea experților se va putea face cu respectarea prevederilor relevante din Contract si din Anexa I - Caietul de Sarcini si va face obiectul unui Ordin Administrativ al Managerului de Proiect din partea Beneficiarului către Prestator. După aprobarea fiecărui expert de către Beneficiar, Prestatorul va notifica Beneficiarul asupra datei de mobilizare a expertului."

Punct de vedere al operatorului economic: este identificata lipsa unui termen contractual in care Autoritatea Contractanta are obligația de a aproba fiecare expert propus/inlocuit de către Prestator ulterior semnării contractului de servicii.

Posibila masura de remediere: modificarea art. 19.8 in sensul stabilirii unui termen de aprobare a Autoritatii Contractante a unui expert propus/inlocuit de către Prestator, raportat la celelalte termene contractuale impuse Prestatorului (de ex: maxim 5 zile lucratoare)

Art. 19.9. "în situatia în care se constată, ulterior semnării contractului, că personalul propus de către Prestator în vederea îndeplinirii obligațiilor contractuale potrivit prezentului contract, este implicat în cadrul altor proiecte ale Beneficiarului, atunci acesta are obligația de a lua măsurile necesare în vederea înlocuirii acestuia. Înlocuirea personalului Prestatorului se va efectua potrivit prevederilor articolului 19 din Contractul de Servicii."

Prevederile acestui articol sunt abuzive si disproporționate. Disponibilitatea pentru unii dintre experții cheie solicitati (Expert Geotehnica si Fundații, Arheolog, etc) nu trebuie asigurata pentru intreaga perioada contractuala, ci pentru o perioada limitata (de ex: 4 luni). Prin urmare, in cazul acestor experți, posibilitatea de implicarea a acestora pana la finalizarea prezentului contract, in cadrul altor contracte aflate in derulare este restrictionata in mod abuziv

Posibila masura de remediere: modificarea art. 19.8 astfel: "în situatia în care se constată, ulterior semnării contractului, că personalul propus de către Prestator în vederea îndeplinirii obligațiilor contractuale potrivit prezentului contract, este implicat în cadrul altor proiecte ale Beneficiarului in aceeași perioada pentru

care serviciile lor sunt solicitate in cadrul prezentului contract, atunci acesta are obligația de a lua măsurile necesare în vederea înlocuirii acestuia. Înlocuirea personalului Prestatorului se va efectua potrivit prevederilor articolului 19 din Contractul de Servicii."

Articolul 21 - Modificarea Contractului de servicii

Art. 21.2. "Beneficiarul va notifica in scris Prestatorul cu privire la numele si adresa Managerului de Proiect. Prestatorul va notifica in scris Beneficiarul cu privire la numele si adresa persoanei sale de contact si a contului bancar. Prestatorul trebuie sa utilizeze formularul specific indicat in Anexa IV pentru notificarea sau modificarea contului sau bancar sau un formular similar. Beneficiarul va avea dreptul sa se opună deciziei Prestatorului cu privire la contul bancar."

Este abuziva prevederea conform careia "Beneficiarul va avea dreptul sa se opună deciziei Prestatorului cu privire la contul bancar", in condițiile in care nu exista niciun temei legal in baza caruia Autoritatea Contractanta sa aiba dreptul de a se opune cu privire la contul bancar al Prestatorului.

Posibila masura de remediere: modificarea art. 21.1 prin eliminarea următorului paragraf: "Beneficiarul va avea dreptul sa se opună deciziei Prestatorului cu privire la contul bancar".

Articolul 26 - Aprobarea rapoartelor si documentelor

Art. 26.2. "Beneficiarul, in termen de 14 zile de la primirea Rapoartelor sau documentelor mentionate in Anexa I - Caietul de Sarcini, va notifica Prestatorului decizia sa cu privire la acestea, cu indicarea motivelor in cazul respingerii Rapoartelor si a documentelor justificative sau al solicitării unor modificări si/sau completări. Dacă Beneficiarul nu transmite in interiorul termenului de notificare nici un comentariu cu privire la Rapoartele sau documentele primite, Prestatorul poate solicita aprobarea in scris a acestora"

Aprobarea Rapoartelor/documentelor reprezintă o condiție de plata conform dispozițiilor art. 26.5.(2) ("Studiul de Fezabilitate va fi considerat acceptat de către Beneficiar ... numai dupa aprobarea Raportului Financiar de către Beneficiar...") coroborate cu dispozițiile art. 27.1 ("... Plați intermediare pe baza acceptarii de către Beneficiar a următoarelor studii ... Plata intermediara pe baza acceptarii de către Beneficiar a Studiului de Fezabilitate Final, a aprobării Raportului Financiar si a acceptarii Auditului de Siguranța ..."). Prin urmare, lipsa obligației Beneficiarului de a emite aprobarea Rapoartelor/documentelor intr-un termen ferm în condițiile în care nu a avut obiecțiuni fata de Rapoartele/documentele analizate, echivaleaza cu lipsa obligației de plata, fiind la latitudinea discreționara a Beneficiarului cand si daca aproba anumite Rapoarte,documente, desi nu a avut obiecțiuni fata de acestea.

Posibila masura de remediere: modificarea art 26 2 astfel: "Beneficiarul, in termen de 14 zile de la primirea Rapoartelor sau documentelor menționate în Anexa I - Caietul de Sarcini, va notifica Prestatorului decizia sa cu privire la acestea cu indicarea motivelor in cazul respingerii Rapoartelor si a documentelor justificative sau al solicitării unor modificări si/sau completări. Dacă Beneficiarul nu transmite, în interiorul termenului de notificare niciun comentariu cu privire la Rapoartele sau documentele primite, atunci documentele sau rapoartele vor fi considerate ca fiind aprobate de către Beneficiar. La cererea Prestatorului, Beneficiarul va avea obligația de a emite aprobarea in scris a acestora in termen de maxim 3 zile lucratoare de la data primirii solicitării, sub sancțiunea plății de penalitati de intarziere de 0,1% pe zi de întârzieie din Prețul Contractulu, pana la indeplinirea efectiva a obligației".

Articolul 27 - Plăți

Art. 27.13. "În cazul în care oricare din următoarele evenimente intervine și persistă, Beneficiarul poate suspenda, total sau parțial, plățile datorate Prestatorului în baza Contractului de Servicii, prin intermediul unei notificări scrise adresate Prestatorului:

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

b) orice altă împrejurare pentru care Prestatorul răspunde în baza Contractului de Servicii și care, în opinia Beneficiarului, interferează sau amenință să interfereze cu finalizarea cu succes a Proiectului sau a Contractului de Servicii".

Suspendarea plăților atât pentru serviciile deja prestate, precum și pentru cele viitoare, ca urmare a unei aprecieri discreționare, ce ține exclusiv de opinia beneficiarului, nu conferă siguranță contractuală Prestatorului, motiv pentru care susține că prevederile contractuale referitoare la situațiile de suspendare a plăților ar trebui să fie clar definite și nu formulate la modul general, astfel încât să se prevină situațiile în care autoritatea contractantă ar abuza de puterea conferită de această prevedere contractuală de a suspenda plățile conform propriilor aprecieri.

Posibila masura de remediere:

- modificarea art. 27.13 din modelul de contract prin definirea situatiilor de suspendare a plăților de către Autoritatea Contractanta

Articolul 28 - Recuperarea creanțelor de la Prestator

Art. 28.1. 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.

Punct de vedere al operatorului economic: Daca vina pentru plata sumelor necuvenite nu aparține Prestatorului, nu este justificata prevederea de plata a comisioanelor bancare de către Prestator.

Posibila masura de remediere: modificarea art. 28.4 din modelul de contract astfel: "*Comisioanele bancare rezultate din restituirea sumelor datorate Beneficiarului vor fi suportate in intregime de către Prestator in cazul in care plata sumelor plătite in plus conform art. 28.1. s-a datorat vinei Prestatorului, in caz contrar, comisioanele bancare vor fi sportate de către Beneficiar*".

XI. Articolul 29 - Garanția de buna execuție

Art. 29.5. "Garanția de buna execuție este egala cu 10% din Valoarea Contractului de Servicii, fara TVA si se constituie prin scrisoare de garanție de buna execuție emisa în condițiile legii de o societate bancară sau de o societate de asigurări, in forma prevăzută in Anexa IV a Contractului de Servicii care devine anexă la contract. Scrisoarea de garanție de buna execuție trebuie:

- sa respecte integral, fara completări sau modificări, formatul modelului de scrisoare de garanție de buna execuție din Documentația de Atribuire;

- sa nu fie condiționata de emiterea unei polițe de asigurare care sa fie opozabila Beneficiarului prin alte documente, respectiv Condiții Generale de Asigurare, Condiții Speciale de Asigurare, Clauza de garantare etc.

In situatia in care scrisoarea de garanție de buna execuție este emisa de către o societate de asigurări, aceasta va trebui prezentata Beneficiarului insotita de o adresa din partea Societatii de Asigurări prin care aceasta confirma faptul ca, scrisoarea de garanție este valabila si in vigoare indiferent de prevederile unei polițe de asigurare si ca angajamentul societatii de asigurare fata de Beneficiar va fi exclusiv in baza scrisorii de garanție de buna execuție emisa. Nerespectarea acestor condiții va pune Beneficiarul in situatia de a nu accepta scrisoarea de garanție emisa de către o societate de asigurare."

In conformitate cu prevederile Hotărârii Guvernului nr. 925/2006, art. 90 alin (1) "Garanția de buna execuție se constituie, de regula, orintr-un instrument de garantare emis in condițiile legii de o societate bancara sau de o societate de asigurari, care devine anexa la contract". Luând in considerare si urmatoarele prevederi legislative:

- conform legii asigurărilor - Legea 32/2000 privind activitatea de asigurare si supravegherea asigurărilor - art. 2.1, activitatea de asigurare este definita ca "activitatea exercitată in sau din România, care desemnează, in principal, oferirea, intermedierea, negocierea. încheierea de contracte de asigurare si reasigurare, încasarea de prime, lichidarea de daune, activitatea de regres si de recuperare, precum si investirea sau fructificarea fondurilor proprii si atrase prin activitatea desfasurata."

- conform noului Cod civil - Titlul IX - "Diferite contracte speciale - Despre obligații" - Capitolul XVI "Contractul de asigurare",

la Secțiunea 1 - Dispoziții comune - "Forma și dovada" - Art. 2.200. -(2) ..încheierea contractului de asigurare se constata prin polița de asigurare sau certificatul de asigurare emis și semnat de asigurator ori prin nota de acoperire emisă și semnată de brokerul de asigurare". este evident că un instrument de garantare emis de asigurator se poate emite numai în baza unui contract de asigurare, ce constă în polița de asigurare. Astfel, considerăm că prevederile art. 29.5. din modelul de contract restricționează dreptul Prestatorului de a emite garanția de bună execuție printr-un instrument de garantare emis de o societate de asigurări, în conformitate cu prevederile art. 90 din Hotărârea Guvernului nr. 925.2006, cu modificările și completările ulterioare.

Posibila măsură de remediere: eliminarea următoarelor prevederi din cadrul art. 29.5.: "Scrisoarea de garanție de bună execuție trebuie să nu fie condiționată de emiterea unei polițe de asigurare care să fie opozabilă Beneficiarului prin alte documente, respectiv Condiții Generale de Asigurare, Condiții Speciale de Asigurare, Clauza de garantare etc.

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

XII. Articolul 31 - Suspendarea Contractului de Servicii

Art. 31.3. "În cazul în care, din diferite motive este necesară suspendarea contractului de servicii, pe toată perioada suspendării Contractului de Servicii, Beneficiarul nu are obligația de a efectua nici o plată către Prestator."

Art. 31.4 "Beneficiarul are dreptul în mod unilateral de a suspenda executarea Contractului de servicii fără ca Prestatorul să fie îndreptățit să solicite orice costuri suplimentare pentru această suspendare. În cazul în care Beneficiarul suspendă executarea Contractului de servicii, durata acestuia se va prelungi cu perioada în care a fost suspendat."

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

art. 16.1. din Contract, Studiul de Fezabilitate 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. Astfel, prin aplicarea dispozițiilor contractuale propuse, autoritatea contractanta dobândește dreptul de proprietate intelectuala exclusiva asupra Studiului de Fezabilitate elaborat si are dreptul sa suspende Contractul, inclusiv plățile datorate Prestatorului pentru serviciile executate.

De asemenea, este nelegala si abuziva obligarea Prestatorului la renunțarea la dreptul de a solicita costurile suplimentare inregistrate ca urmare a suspendării contractului de către Autoritatea Contractanta, in condițiile in care Prestatorul este obligat sa mențină personalul/echipamentele mobilizate, iar durata suspendării poate sa depaseasca si 12 luni (conform prevederilor art. 31.5).

Posibile masuri de remediere:

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

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

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

Prevederile acestui articol, coroborate cu cele ale art. 31.3., art. 31.4., si art. 31.5., conferă posibilitatea Beneficiarului de a suspenda in mod abuziv plățile si de a modifica perioada de suspendare a contractului/suspenda unilateral contractul in cazul lipsei de resurse financiare.

Posibile masuri de remediere: eliminarea art. 31.6. din modelul de contract

Articolul 32 - Incalcare Contractului de servicii

Art. 32.4. "Pentru orice prejudiciu cauzat prin executarea in mod necorespunzator de către Prestator a Serviciilor care fac obiectul prezentului Contract, Beneficiarul va avea dreptul la despăgubiri, inclusiv in perioada executării lucrărilor de constructii aferente. Valoarea despăgubirilor o reprezintă cheltuielile suportate de Beneficiar cu remedierea lucrărilor executate in mod

necorespunzator ca urmare a neconformitatilor documentațiilor efectuate de către Prestator, neconformitati rezultând din nerespectarea de către Prestator a obligațiilor ce revin prin prezentul contract si a prevederilor HG nr. 28/2008 privind aprobarea continutului-cadru al documentației tehnico-economice aferente institutiilor publice, precum si a structurii si metodologiei de elaborare a devizului general pentru obiective de investita si lucrări de investita. Cu titlul de exemplu, menționam in acest context neconform itati privind studii geotehnice, geologice, hidrologice, hidrogeotehnice, fotogrametrice, topografii, studii de stabilitate a terenului, situatia existenta a unitatilor, etc".

În conformitate cu prevederile Hotărârii Guvernului nr. 925/2006, cu modificările si completările ulterioare, art. 89 alin (1) "Garanția de buna execuție a contractului se constituie de către contractant in scopul asigurarii autoritatii contractante de îndeplinirea cantitativa, calitativa si in perioada convenita a contractului". De asemenea, art. 91 din același act normativ prevede: "Autoritatea Contractanta are dreptul de a emite pretentii asupra garanției de buna execuție, oricând pe parcursul indeplinirii contractului, in limita prejudiciului creat, in cazul in care contractantul nu isi îndeplinește obligațiile asumate prin contract. Anterior emiterii unei pretentii asupra garanției de buna execuție autoritatea contractanta are obligația de a notifica pretentia contractantului, precizând obligațiile care nu au fost respectate". Mai departe, in cadrul art. 91 alin. (3) este prevăzut: "In cazul serviciilor de proiectare, autoritatea contractanta are obligația de a elibera/ restitui garanția de buna execuție dupa cum urmeaza: a) valoarea garanției de buna execuție aferenta studiilor de fezabilitate si/sau fezabilitate, in termen de 14 zile de la data predării si insusirii/ aprobarii documentației tehnico- economice respective, daca nu a ridicat pana la acea data pretentii asupra ei."

In aceste condiții, legiuitorul a prevăzut in mod explicit ca raspunderea Prestatorului in cazul studiilor de fezabilitate este limitata pana in a 14 zi de la data predării si insusirii/aprobarii documentației tehnico-economice respective. In aceste condiții, consideram abuziva prevederea art. 32.4 din modelul de contract, conform careia responsabilitatea Prestatorului de servicii de studii de fezabilitate se prelungește nejustificat inclusiv in perioada executării lucrărilor de constructii aferente.

Posibile masuri de remediere: eliminarea art. 32.4. din modelul de contract

Articolul 35 - Despăgubiri generale si

Articolul 36 - Rezilierea Contractului de Servicii din initiativa Beneficiarului

Art. 35.4. "Prestatorul nu are dreptul sa pretindă suplimentar fata de sumele care i se cuvin pentru munca deja prestata, despăgubiri pentru nici o pierdere sau prejudiciu suferit" &

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

Punct de vedere al operatorului economic: prevederile acestui articol, coroborate cu cele ale art. 35.4., sunt nelegale si abuzive in condițiile in care Prestatorului i se impune sa renunțe la dreptul sau legal de a solicita despăgubiri pentru pierderea sau prejudiciul suferite.

Posibile masuri de remediere: eliminarea art. 35.4. si 36.8. din modelul de contract

Articolul 38 - Forța majora

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

Prevederile acestui articol sunt nelegale si abuzive deoarece costurile suplimentare nu se incadreaza in prețul contractului (in caz contrar contravin noțiunii de "costuri suplimentare"). Mai mult decât atat, este abuziva prevederea conform careia costurile suplimentare sunt determinate de instrucțiunile Managerului de Proiect. In conformitate cu prevederile art. 10.4. din modelul de contract, Prestatorul este obligat sa se conformeze ordinelor Managerului de proiect chiar daca acestea exced scopului Contractului.

Posibile masuri de remediere: eliminarea art. 38.6. din modelul de contract

Articolul 39 - Soluționarea litigiilor

Art. 39.3. "Pe perioada soluționării litigiului, Prestatorul este obligat să-și continue prestarea serviciilor, astfel cum au fost stabilite prin contractul de servicii. În situația nerespectării prezentei obligații, Beneficiarul este indreptatit la despăgubiri in valoare de 0,1%/zi din Prețul Contractului pentru neexecutarea obligațiilor contractuale, aceste sume urmând a fi retinute din plata intermediara sau din plata finala."

Prevederile acestui articol sunt nelegale si abuzive in condițiile in care obiectul litigiului poate fi tocmai neindeplinirea obligației de plata de către Beneficiar, plata fara de care Prestatorul nu poate continua executarea contractului.

Posibile masuri de remediere: eliminarea art. 39.3. din modelul de contract.

Prevederile Contractuale privind aplicarea penalitatilor sunt disproportionante intre cele 2 parti contractante: Prestator si Autoritatea Contractanta

In cadrul modelului de contract, Autoritatea Contractanta face urmatoarea precizare: Art. 27.13. "Părțile cunosc si garanteaza in virtutea prevederilor Legii nr. 72/2013 cu modificări si completări ulterioare si O.G. nr. 13/2011 cu modificările si completările ulterioare, ca relațiile contractuale dintre parti se desfasoara pe principii de egalitate, buna credința si cu respectarea acestor dispoziții legale, intelegand ca nicio clauza a contractului nu este abuziva prin prisma dispozițiilor legale enuntate."

Pentru a evidenția principiile de egalitate conform prezentelor prevederi contractuale, se arata distributia penalitatilor pentru cele două parti contractante.

Posibila masura de remediere: echilibrarea balanței privind prevederile contractuale referitoare la penalitati si amendarea clauzelor in care penalitatile pentru Prestator sunt disproportionale/nejustificate/abuzive conform punctelor mai sus detaliate.

Termenul de prestare a serviciilor este disproportionat raportat la complexitatea proiectului.

In conformitate cu prevederile Caietului de Sarcini - Anexa I la Contractul de Servicii, cap. 8.1. Cerințe de Raportare, pct. 3 si 4, Studiul de Fezabilitate Preliminar va fi inaintat Autorității Contractante in termen de 3 luni de la incepere, iar Studiul de Fezabilitate Final - in termen de 4 luni de la incepere.

Aceste termene sunt insuficiente pentru a putea elabora un proiect corect, complet si funcțional pentru o autostrada de 55 km. Mai mult decât atat, conform prevederilor Caietului de Sarcini, cap. 8.1., pct 4: „Studiul de Fezabilitate final care va include toate observațiile Beneficiarului, agenției Jaspers, AMPOST altor autoritati implicate in procesul de aprobare si avizare. Raportului de Audit de Siguranța Rutiera. Rezultatul consultațiilor publice, a părților terte si a autoritatilor de mediu, inclusiv detalii complete pentru toate schimbările aduse la Proiect. Avizele, Acordurile, Permisele si alte aprobari obtinute se vor preda pe masura ce se emit, cu predarea unui volum complet împreuna cu Acordul de Mediu si cu documentațiile procedurii de mediu care au stat la baza emiterii Acordului de mediu, in termenul contractual." In aceste condiții este imposibil ca in termen de 4 luni sa fie efectuate toate investigațiile de teren (geotehnice, topografice, arheologice etc.), sa fie identificați toti proprietarii, sa fie efectuate consultatii publice, sa fie elaborate proiecte pentru doua variante de traseu, sa fie obtinute si incluse in proiect observațiile JASPERS, AMPOST si ale autoritatilor de mediu. De asemenea, trebuie mentionat si faptul ca procedura de obținere a Acordului de mediu este o procedura care necesita timp. Termenele procedurale sunt prevăzute in Ordinul 135/2010 privind aprobarea Metodologiei de aplicare a evaluarii impactului asupra mediului pentru proiecte publice si private. Astfel, emiterea Acordului de mediu poate dura intre 1 luna (pentru activitati cu

impact redus asupra mediului, pentru care nu este necesara elaborarea Studiului de impact) si 4 luni (pentru activitati cu impact semnificativ asupra mediului, pentru care este necesara elaborarea Studiului de impact).

Posibila masura de remediere: prelungirea termenului de elaborare a Studiului de Fezabilitate si implicit prelungirea duratei contractului de servicii.

În punctul său de vedere nr. 92/35666/19.06.2014 asupra contestațiilor, înregistrat la Consiliu cu nr. 20216/19.06.2014, autoritatea contractantă combate argumentele societăților contestatoare și, în același timp, recunoaște temeinicia unora dintre ele, adoptând în consecință măsuri de remediere a documentației de elaborare și prezentare a ofertelor.

Din examinarea materialului probator administrat, aflat la dosarul cauzelor conexate, 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 31.05.2014, autoritatea contractantă ... a inițiat o procedură de licitație deschisă în vederea achiziționării de servicii constând, în principal, în:

a) revizuirea studiului de fezabilitate pentru autostrada de centură ... Nord;

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 antemenționat, precum și asigurarea asistenței beneficiarului pe durata procedurii de achiziție publică.

Serviciile sunt estimate valoric la maximum 16.966.365 lei, fără TVA, valoare indicată la pct. II.2.1) din anunțul de participare. Documentația de atribuire a fost postată în SEAP la 31.05.2014, 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, SC ... SRL, SC ... SRL și SC ... SRL a atacat-o în termenul legal la Consiliu, prin contestațiile care formează obiectul prezentelor cauze conexate.

Asupra aspectelor sesizate de petente, din înscrisurile aduse de părțile aflate în litigiu Consiliul constată că reclamantele, deși impută autorității diverse formulări insuficiente sau necorespunzătoare ale prevederilor documentației, nu au 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 operatorii economici și autoritatea contractantă.

Mai trebuie remarcat că, în aceeași perioadă, autoritatea contractantă a inițiat mai multe licitații pentru servicii de elaborare/revizuire studii de fezabilitate, la care a utilizat documentații de atribuire similare celei de față și care, de asemenea, au fost reclamate la Consiliu de operatorii economici interesați să participe la respectivele licitații. Au fost pronunțate de către organul administrativ-jurisdicțional decizii în următoarele proceduri de atribuire:

a) licitație deschisă pentru revizuire studiu de fezabilitate "drum de legătură DN66A km 47+600 - km 66+204, Câmpu lui Neag - Cerna". Prin decizia nr. 2112/.../2207/14.07.2014 Consiliul a admis în parte contestația SC Consis Proiect SRL, obligând autoritatea la măsuri de remediere;

b) licitație deschisă pentru revizuire studiu de fezabilitate autostrada Târgu Neamț (Pașcani) - Iași - Ungheni. Prin decizia nr. 2094/234C10/2250,2275,2302,2313,2358/11.07.2014 Consiliul a admis în parte contestațiile SC ... SRL, SC ... SRL și SC ... SRL, obligând autoritatea la măsuri de remediere;

c) licitație deschisă pentru revizuire studiu de fezabilitate autostrada Sibiu - Făgăraș. Prin decizia nr. 2071/229C10/2251, 2276,2303,2310/09.07.2014 Consiliul a admis în parte contestațiile SC ... SRL, SC ... SRL și SC ... SRL, obligând autoritatea la măsuri de remediere;

d) licitație deschisă pentru elaborare studiu de fezabilitate pentru autostrada Buzău - Brăila - Galați. Prin decizia nr. 2024/C1/2247,2277,2299,2312/03.07.2014 Consiliul a admis în parte contestațiile SC ... SRL, SC ... SRL și SC ... SRL, obligând autoritatea la măsuri de remediere;

e) licitație deschisă pentru revizuire studiu de fezabilitate autostrada Ditrău - Târgu Neamț. Prin decizia nr. 2017/C8/2248, 2274,2300,2314/03.07.2014 Consiliul a admis în parte contestațiile SC ... SRL, SC ... SRL și SC ... SRL, obligând autoritatea la măsuri de remediere;

f) licitație deschisă pentru revizuire studiu de fezabilitate autostrada Sibiu - Pitești. Prin decizia nr. 1969/C5/2252/2304/2311/2321/30.06.2014 Consiliul a admis în parte contestațiile SC ... SRL, SC ... SRL și SC ... SRL, obligând autoritatea la măsuri de remediere;

g) licitație deschisă pentru elaborare studiu de fezabilitate autostrada ... - Giurgiu. Prin decizia nr. 1759/C11/1812, 1825,1834,1856,1893/12.06.2014 Consiliul a admis în parte contestațiile SC ... SRL, SC Aecom Ingineria SRL și SC ... SRL, obligând autoritatea la măsuri de remediere;

h) licitație deschisă pentru elaborare studiu de fezabilitate autostrada Focșani - Bacău. Prin decizia nr. 1758/C11/1806,1819, 1829,1852,1897/12.06.2014 Consiliul a admis în parte contestațiile SC ... SRL, SC ... SRL și SC ... SRL, obligând autoritatea la măsuri de remediere;

i) licitație deschisă pentru elaborare studiu de fezabilitate autostrada Bacău - Pașcani. Prin decizia nr. 1753/C11/1805,1822, 1833,1853,1902/12.06.2014 Consiliul a admis în parte contestațiile SC ... SRL, SC ... SRL și SC ... SRL, obligând autoritatea la măsuri de remediere;

j) licitație deschisă pentru elaborare studiu de fezabilitate autostrada Ploiesti - Buzău. Prin decizia nr. 1749/C6/1814/1820/1830/1855/1899/12.06.2014 Consiliul a admis în parte contestațiile SC ... SRL, SC Aecom Ingineria SRL și SC ... SRL, obligând autoritatea la măsuri de remediere;

k) licitație deschisă pentru elaborare studiu de fezabilitate autostrada Brașov - Bacău. Prin decizia nr. 1748/C6/1813/1821/1832/1857/1894/12.06.2014 Consiliul a admis în parte contestațiile SC ... SRL, SC ... SRL și SC ... SRL, obligând autoritatea la măsuri de remediere;

l) licitație deschisă pentru elaborare studiu de fezabilitate autostrada Alexandria - Craiova. Prin decizia nr. 1747/C6/1807/1817/1831/1854/1901/12.06.2014 Consiliul a admis în parte contestațiile SC ... SRL, SC ... SRL și SC ... SRL, obligând autoritatea la măsuri de remediere;

m) licitație deschisă pentru elaborare studiu de fezabilitate autostrada Craiova - Calafat. Prin decizia nr. 1725/C3/1811-1816-1837-1849-1896/... Consiliul a admis în parte contestațiile SC ... SRL, SC ... SRL și SC ... SRL, obligând autoritatea la măsuri de remediere;

n) licitație deschisă pentru elaborare studiu de fezabilitate autostrada Buzău - Focșani. Prin decizia nr. 1724/C3/1809-1823-1828-1850-1895/... Consiliul a admis în parte contestațiile SC ... SRL, SC ... SRL și SC ... SRL, obligând autoritatea la măsuri de remediere;

o) licitație deschisă pentru elaborare studiu de fezabilitate autostrada ... - Alexandria. Prin decizia nr. 1711/C2/1808, 1818,1836,1848,18..... Consiliul a admis în parte contestațiile SC ... SRL, SC ... SRL și SC ... SRL, obligând autoritatea la măsuri de remediere;

p) licitație deschisă pentru elaborare studiu de fezabilitate autostrada Pașcani - Siret. Prin decizia nr. 1700/C7/1810,1824, 1835,1851,1900/... Consiliul a admis în parte contestațiile SC ... SRL, SC ... SRL și SC ... SRL, obligând autoritatea la măsuri de remediere.

Așadar, ... a primit numeroase contestații îndreptate împotriva a nu mai puțin de 16 documentații de atribuire utilizate la procedurile de contractare a serviciilor de elaborare/actualizare a studiilor de fezabilitate, toate admise de către Consiliu, însă continuă să susțină că cele patru contestații aflate în prezent pe rol sunt "neîntemeiate și nefondate" și refuză să adopte la licitația în curs *toate* măsurile de remediere pe care i le-a prescris Consiliul cu ocazia precedentelor litigii. Această atitudine denotă dacă nu intenția angajaților organizatoarei licitației de a încălca în continuare dispozițiile legale, atunci cel puțin neglijența în respectarea lor. Existând atât de multe spețe similare soluționate de Consiliu prin admiterea contestațiilor, autoritatea organizatoare trebuia să manifeste o minimă diligență și să își revizuiască în mod corespunzător documentația de atribuire, astfel încât să evite ori să elimine situațiile litigioase având ca sursă aceleași clauze din documentațiile sale de atribuire a contractelor.

Vizavi de clauzele contractuale care le nemulțumesc pe reclamante, 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 societățile contestatoare să nu participe la licitația în curs dacă nu doresc 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.

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: "*12 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: "*12 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 decalcăază 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 lucrarilor*". 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 12 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 agreat de Beneficiar, precum si în termenul si conditiile prevăzute la Articolul 29 din prezentul Contract.

5.3 Data de incepere a Contractului de servicii va fi notificata de catre Beneficiar dupa data intrarii in vigoare a Contractului, sub conditia indeplinirii integrale si in mod cumulativ a cerintelor prevazute la art. 5.2 din Contractul de servicii. Pana la data specificata in Notificarea Beneficiarului, Prestatorul va fi mobilizat atat din punct de vedere al personalului cat si din punct de vedere al echipamentelor/utilajelor necesare desfasurarii activitatii. [...]

5.5 Perioada de valabilitate a Contractului se va încheia la epuizarea convențională sau legala a oricarui efect pe care il produce.

Se observă că autoritatea operează cu mai multe noțiuni (*durata contractului, data atribuirii contractului, data emiterii "ordinelor" de începere a "serviciilor sau lucrarilor", 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 (12 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 12 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/

35666/19.06.2014 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 ambigue, 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 dupa data "intrării in vigoare a Contractului, dar nu mai târziu de 5 zile lucratoare de la data intrării in vigoare a contractului, sub condiția indeplinirii integrale si in mod cumulativ a cerințelor prevăzute la art. 5.2 din Contractul de servicii. Pana la data specificata in Notificarea Beneficiarului, Prestatorul va fi mobilizat atat din punct de vedere al personalului cat si 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 [CN.../036] *Masuri de remediere Centura Nord Buc.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"*.

Păstrând practica statornică prin precedentele decizii, Consiliul consideră că noile condiții de derulare a viitorului contract, impuse prin clauza remediată, sunt excesive, prin disproporția lor, motiv pentru care se impune ca autoritatea contractantă să indice un interval mai scurt în care să se încadreze cele două termene.

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

Astfel, se relevă temeinicia criticilor contestatoarelor cu privire la această clauză contractuală.

O altă prevedere contractuală atacată prin contestație este și cea de la art. 8.2 din modelul de contract conform căreia:

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

Ca urmare a primirii acestor contestații, prin punctul sau de vedere, autoritatea contractanta propune următoarea măsură de remediere:

„Măsura de remediere nr. 2:

Modificarea articolului 8.2 după cum urmează:

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

Având în vedere măsura de remediere luată de autoritatea contractantă, Consiliul reține temeinicia criticilor din contestații referitoare la această clauză contractuală.

O altă clauză contestată este cea de la art. 8.11 din modelul de contract, parte a documentației de atribuire, potrivit căreia:

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

Ca urmare a primirii contestațiilor, prin punctul său de vedere cu privire la acestea, autoritatea contractantă propune următoarea măsură de remediere:

„Măsura de remediere nr. 3

Eliminarea articolului 8.11 din Contractul de servicii.”

Având în vedere măsura de remediere luată de autoritatea contractantă, Consiliul reține temeinicia criticilor din contestații referitoare la această clauză contractuală.

Criticată prin contestații este și clauza de la art. 8.12 din modelul de contract care prevede:

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

Prin punctul său de vedere cu privire la contestațiile analizate, autoritatea contractantă propune următoarea măsură de remediere:

„Măsura de remediere nr. 4:

Eliminarea articolului 8.12 din contractul de servicii.”

Având în vedere măsura de remediere luată de autoritatea contractantă, Consiliul reține temeinicia criticilor din contestații referitoare la această clauză contractuală.

O altă clauză contestată este cea de la art. 8.13 din modelul de contract și are următorul cuprins:

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

Ca urmare a primirii acestor contestații, prin punctul său de vedere, autoritatea contractantă propune următoarea măsură de remediere:

„Măsura de remediere nr. 5:

Modificarea articolului 8.13 după cum urmează:

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

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

O altă clauză contractuală criticată de SC ... SRL este cea de la art. 10.4 având următorul cuprins:

„10.4 Prestatorul se va conforma Ordinilor Administrative date de Managerul de Proiect. Când Prestatorul apreciază că Ordinele Administrative sunt emise cu depășirea competenței Managerului de Proiect ori nu corespund scopului Contractului de Servicii, va notifica

Managerul de Proiect, sub sancțiunea decăderii, într-un termen de 10 zile de la data primirii Ordinului. Executarea Ordinului Administrativ nu va fi suspendată prin această notificare.”

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

Potrivit definiției din contract – *„Managerul de Proiect: persoana fizică sau juridică responsabilă cu monitorizarea implementării contractului de servicii în numele beneficiarului”* de unde rezultă că acesta este, ca și prestatorul, un angajat al beneficiarului, căruia autoritatea contractantă i-a acordat deplină încredere.

Față de aceste aspecte Consiliul constată că managerul de proiect nu este incompatibil în soluționarea notificărilor prestatorului iar prin precizarea expresă a faptului că executarea ordinului criticat nu va fi suspendată, nu se pot produce prejudicii prestatorului.

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

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

În continuare, Consiliul va analiza criticile din contestații exprimate privitor la art. 10, art. 11, art. 18, art. 19 și art. 20 din modelul de contract, care cuprind următoarele clauze:

- art. 10 *„Obligații generale ale prestatorului”:*

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

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

10.3 Prestatorul va executa Serviciile în baza Contractului de Servicii cu atenție, eficientă și diligentă, conform celor mai înalte standarde profesionale, cu respectarea termenelor limita stabilite pentru fiecare etapa de realizare a Serviciilor potrivit prevederilor Contractului de Servicii.

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

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

10.6 Dacă Prestatorul este o Asocierie alcătuită din două sau mai multe persoane, toate aceste persoane vor fi ținute individual și solidar responsabile de îndeplinirea obligațiilor din Contractul de Servicii. Persoana desemnată de Asocierie să acționeze în numele sau în cadrul Contractului de Servicii va avea autoritatea de a reprezenta și angaja contractual Asocieria.

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

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

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

- art. 11 „Obligații specifice ale prestatorului”:

„11.1 Obligațiile specifice ale Prestatorului sunt:

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

2. Pregătirea documentației necesare în vederea transmiterii aplicației de finanțare din Fonduri Structurale pentru Autostrada de Centura ... Nord, și acordarea asistenței Beneficiarului până la obținerea aprobării AM-POST și a Comisiei Europene (după caz);

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

11.2 Prestatorul are obligația de a-și îndeplini atribuțiile conform prezentului Contract de servicii inclusiv anexele acestuia (în special Anexa I - Caietul de sarcini), cu respectarea prevederilor HG 28/2008 cu modificările și completările ulterioare și cu prevederile legislației în vigoare referitoare la pregătirea documentației necesare în vederea transmiterii aplicației de finanțare din fonduri Fonduri Structurale.

11.3 Prestatorul are obligația de a analiza Studiul de Fezabilitate existent, datele, studiile, informațiile puse la dispoziție și își va asuma responsabilitatea utilizării acestora în documentele emise de acesta în calitate de Proiectant al Studiului de Fezabilitate pentru Autostrada de Centura ... Nord.

11.4 Prestatorul are obligația verificării tuturor datelor/studiilor/informațiilor puse la dispoziția sa de către Beneficiar, cuprinse în Studiul de Fezabilitate al Autostrazii de Centura ... Nord și le va însuși și nu va formula nicio revendicare cu privire la acestea.

11.5. Autoritatea Contractantă va pune la dispoziția Prestatorului Studiul de fezabilitate existent pentru Autostrada de Centura ... Nord, iar în cazul în care Prestatorul va utiliza datele/studiile respective va avea obligația actualizării/revizuirii acestora conform celor descrise în Caietul de Sarcini.

11.6 Prestatorul are obligația de a obține și menține în termenele de valabilitate orice aviz, acord, permis și orice aprobare și/sau autorizație până la semnarea contractului de execuție lucrări”.

- art. 18 „Personalul și echipamentul”:

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

specializarea cerută. Beneficiarul are dreptul să respingă personalul ales de către Prestator.

18.2. Toate persoanele care vor lucra în cadrul Proiectului cu aprobarea Beneficiarului vor începe executarea sarcinilor ce le revin la data ori în cadrul perioadei stabilite în Anexa I și/sau Anexa II ale Contractului de Servicii, sau, în caz contrar, la data sau în perioada notificată Prestatorului de către Beneficiar sau de către Managerul de Proiect.

18.3. Prestatorul:

a) va înainta Managerului de Proiect, în termen de 15 zile de la data semnării Contractului de Servicii de către părți, programul propus pentru mobilizarea personalului;

b) va informa Managerul de Proiect privind data sosirii și plecării fiecărui membru al personalului din echipa;

c) va transmite, atunci când este necesar, Managerului de Proiect, pentru aprobare în scris, o solicitare pentru numirea unor experți pe termen scurt.

18.4. (1) Prestatorul are obligația de a mobiliza personalul solicitat în Anexa I Caietul de Sarcini.

(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.

(4) Pentru toată perioada de la data de începere a contractului notificată de către Beneficiar până la data acceptării de către Beneficiar a noii propuneri transmise de către Prestator pentru schimbarea personalului, costurile suplimentare generate de înlocuirea personalului incumbă Prestatorului.

(5) Beneficiarul poate solicita Prestatorului să desemneze un EXPERT TEMPORAR pentru desfășurarea Contractului de Servicii până la sosirea noului expert sau să ia alte măsuri pentru a compensa absența temporară a expertului. În acest caz, Beneficiarul

nu va efectua nici o plată pentru perioada absenței expertului sau a absenței înlocuitorului acestuia.

18.5. Prestatorul va adopta toate măsurile necesare pentru a asigura în mod continuu personalul salariat ori contractat, echipamentul și suportul necesare pentru îndeplinirea în mod eficient a sarcinilor acestuia”.

- art. 19 „Înlocuirea personalului”:

„19.1 Prestatorul nu va efectua schimbări ale personalului aprobat fără acordul scris prealabil al Beneficiarului.

19.2 Prestatorul trebuie să propună din proprie inițiativă înlocuirea în următoarele situații excepționale:

a) în cazul decesului (se vor prezenta certificate de deces),

b) incapacitate fizică/psihică (dovedită prin certificate medicale prezentate în original sau copie legalizată din care să rezulte expres faptul că persoana în cauză nu își poate exercita atribuțiile profesionale; certificatele medicale din care nu rezultă expres incapacitatea persoanei de a-și exercita atribuțiile nu vor constitui document justificativ și nu vor fi acceptate de Beneficiar ca document justificativ).

c) demisia.

În oricare din aceste situații, Prestatorul va avea obligația să pună la dispoziția Beneficiarului o altă persoană care va avea o pregătire profesională, astfel încât noua persoană propusă să îndeplinească aceleași criterii de calificare solicitate în cadrul Documentației de Atribuire, respectiv să îndeplinească specificațiile solicitate în Anexa I: Caietul de Sarcini/Fișa de Date a Achiziției.

19.3 Prestatorul trebuie să se asigure că personalul își va îndeplini pe întreaga perioadă de execuție a Contractului obligațiile stabilite în sarcina acestuia. În cazul în care Prestatorul nu își îndeplinește această obligație, pentru fiecare expert cheie înlocuit, acesta va fi obligat la plata către Beneficiar a unor penalități în cuantum de 0,05% din Prețul contractului, cu excepția cazului în care înlocuirea este un rezultat al circumstanțelor ce nu sunt sub controlul Prestatorului conform articolului 19.2.

19.4 Pe parcursul derulării Contractului de Servicii, pe baza unei cereri scrise motivate și justificate, Beneficiarul poate solicita înlocuirea dacă consideră că un membru al personalului este ineficient sau nu își îndeplinește sarcinile din Contractul de Servicii.

19.5 În situația în care un membru al personalului cheie trebuie înlocuit, persoana înlocuitoare trebuie să îndeplinească aceleași criterii de calificare solicitate în Documentația de Atribuire. Prestatorul va transmite Beneficiarului, pentru verificare și aprobare o copie a CV-ului acestuia și a documentelor justificative prin care demonstrează îndeplinirea criteriilor de calificare. În cazul respingerii acestora, Beneficiarul va notifica în scris motivele respingerii. În caz de respingere, Beneficiarul va fi îndreptățit să

solicite Prestatorului, iar acesta va fi obligat la plata unor penalități de întârziere în cuantum de 0,05% pe zi de întârziere din Prețul Contractului care vor curge de la data comunicării respingerii personalului propus și până la data aprobării de către Beneficiar a unor experți propuși de Prestator care să îndeplinească criteriile de calificare prevăzute în Documentația de Atribuire.

19.6 Costurile suplimentare generate de înlocuirea personalului incumbă Prestatorului. În cazul în care expertul nu este înlocuit imediat și funcțiile acestuia urmează să fie preluate după o anumită perioadă de timp de către noul expert, Beneficiarul poate solicita Prestatorului să desemneze un expert temporar pentru Proiect, până la sosirea noului expert sau să ia alte măsuri pentru a compensa absența temporară a expertului absent. Indiferent de situație, Beneficiarul nu va efectua nicio plată pentru perioada absenței expertului sau a absentei înlocuitorului acestuia.

19.7 În cazul în care Prestatorul nu este în măsură să furnizeze un înlocuitor care să îndeplinească criteriile de calificare solicitate în Documentația de Atribuire, Beneficiarul poate să decidă încetarea Contractului de Servicii în conformitate cu Articolul 36 din Contractul de Servicii, dacă executarea corespunzătoare a acestuia este pusă în pericol.

19.8 Aprobarea și/sau înlocuirea experților se va putea face cu respectarea prevederilor relevante din Contract și din Anexa I - Caietul de Sarcini și va face obiectul unui Ordin Administrativ al Managerului de Proiect din partea Beneficiarului către Prestator. După aprobarea fiecărui expert de către Beneficiar, Prestatorul va notifica Beneficiarul asupra datei de mobilizare a expertului.

19.9 În situația în care se constată, ulterior semnării contractului, că personalul propus de către Prestator în vederea îndeplinirii obligațiilor contractuale potrivit prezentului contract, este implicat în cadrul altor proiecte ale Beneficiarului, atunci acesta are obligația de a lua măsurile necesare în vederea înlocuirii acestuia. Înlocuirea personalului Prestatorului se va efectua potrivit prevederilor articolului 19 din Contractul de Servicii.

19.10 Nerespectarea obligațiilor cu privire la personalul propus în cadrul ofertei, precum și a personalului propus spre înlocuire de către Prestator potrivit prevederilor articolelor din prezentul Contract de servicii va fi considerată o încălcare a prezentului contract întrucât este considerată indicator de fraudă potrivit prevederilor OUG nr. 66/2011 cu modificări și completări ulterioare și poate fi sancționată potrivit prevederilor articolului 326 din Codul Penal”.

- art. 20 „Zilele și orele lucrătoare”:

„Zilele și orele de lucru ale Prestatorului sau ale personalului salariat sau contractat al Prestatorului din Statul Beneficiar vor fi

stabilite în baza legilor, reglementărilor și uzanțelor specifice din Statul Beneficiar și în acord cu prevederile Contractului de Servicii”.

Criticile generale ale SC ... SRL cu privire la art. 10 „Obligații generale ale prestatorului”, art. 11 „Obligații specifice ale prestatorului”, art. 18 „Personalul și echipamentul”, art. 19 „Înlocuirea personalului”, art. 20 „Zilele și orele lucrătoare” și art. 27 „Plăți”, vor fi respinse ca nefondate, dat fiind faptul că, astfel cum a fost structurat, contractul prevede drepturi și obligații pentru ambele părți. De asemenea, termenele și modalitățile de plată din sarcina beneficiarului, dar și sancțiunile în caz de neexecutare a acestei obligații sunt bine structurate în articolul referitor la plăți. Mai mult decât atât, în situația în care beneficiarul nu își respectă obligațiile contractuale, art. 32 din contract vine să întărească posibilitățile de remedieri în caz de încălcare a contractului.

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

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

Definiția contractului de achiziție publică, stipulată de art. 3 lit. f) din O.U.G. nr. 34/2006, este următoarea: „contractul, asimilat, potrivit legii, actului administrativ, care include și categoria contractului sectorial, astfel cum este definit la art. 229 alin. (2), cu titlu oneros, încheiat în scris între una sau mai multe autorități contractante, pe de o parte, și unul ori mai mulți operatori economici, pe de altă parte, având ca obiect execuția de lucrări, furnizarea de produse sau prestarea de servicii”.

Conform Legii nr. 554/2004 privind contenciosul administrativ Art. 1 alin. (1) lit. c), actul administrativ este „actul unilateral cu caracter individual sau normativ emis de o autoritate publică, în regim de putere publică, în vederea organizării executării legii sau a executării în concret a legii, care dă naștere, modifică sau stinge raporturi juridice; sunt asimilate actelor administrative, în sensul prezentei legi, și contractele încheiate de autoritățile publice care au ca obiect punerea în valoare a bunurilor proprietate publică, executarea lucrărilor de interes public, prestarea serviciilor publice, achizițiile publice; prin legi speciale pot fi prevăzute și alte categorii de contracte administrative supuse competenței instanțelor de contencios administrativ”.

Având în vedere cele mai sus menționate, Consiliul constată că regimul juridic al contractului în discuție este unul special, de drept public. El se încheie pentru realizarea unor sarcini ce țin de interesul public, ceea ce pune autoritatea contractantă într-o poziție privilegiată, cu posibilitatea de a impune clauzele din contract. El se

apropie de contractul de adeziune, astfel cum este descris în Codul civil.

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

O altă clauză contractuală criticată este și cea de la art. 13.2 conform căreia:

„13.2 Beneficiarul își rezervă dreptul de a verifica dacă măsurile luate sunt corespunzătoare și poate solicita măsuri suplimentare dacă este necesar. Prestatorul se va asigura că personalul său, salariat sau contractat de el, inclusiv conducerea și salariații din teritoriu, nu se află într-o situație care ar putea genera un conflict de interese. Fără a aduce atingere prevederilor Articolului 19 din prezentul contract, Prestatorul va înlocui, imediat și fără vreo compensație din partea Beneficiarului, orice membru al personalului său salariat ori contractat, inclusiv conducerea ori salariații din teritoriu, care se regăsește într-o astfel de situație cu o altă persoană, care să îndeplinească criteriile de calificare solicitate în cadrul Documentației de Atribuire. În vederea înlăturării oricărui dubiu, Părțile convin că înlocuirea oricărui membru al personalului Prestatorului decurgând dintr-un conflict de interese va fi considerată o nerespectare a obligațiilor contractuale ale acestuia, caz în care acesta va fi obligat la plată către Beneficiar a unei penalități în cuantum de 0,1% din Prețul Contractului pentru fiecare persoană înlocuită. Aceasta nu va aduce atingere dreptului Beneficiarului de a solicita și obține repararea oricăror prejudicii decurgând dintr-un astfel de conflict de interese”.

În fișa de date, parte a documentației de atribuire elaborată de autoritatea contractantă în vederea derulării procedurii de achiziție publică în cauză, secțiunea IV „Procedura”, capitolul IV.4) „Prezentarea ofertei”, punctul IV.4.3) „Modul de prezentare a ofertei”, s-au menționat, printre altele, următoarele:

„5. MODUL DE PREZENTARE A DOCUMENTELOR DE CALIFICARE.

Documentele de calificare trebuie să conțină următoarele:

- *FIE declarație pe propria răspundere semnată de reprezentantul legal prin care să confirme că îndeplinește criteriile de calificare, astfel cum au fost solicitate în Documentația de Atribuire, declarație care va fi însoțită de o ANEXĂ în care ofertantul trebuie să menționeze succint dar precis modul concret de îndeplinire a respectivelor criterii așa cum au fost solicitate de către*

Autoritatea Contractantă, precum și de următoarele formulare incluse în Secțiunea 2 „Formulare”: [...] Formularul 11 «Declarație privind neîncadrarea în prevederile art. 69¹ din OUG 34/2006 cu modificările și completările ulterioare».

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

[...]

Nota 1: În cazul în care ofertantul optează inițial pentru prezentarea declarației pe propria răspundere și anexa aferentă acesteia va completa și va depune, în mod obligatoriu în cadrul volumului «Documente de calificare» următoarele: [...] Formularul 11 «Declarație privind neîncadrarea în prevederile art. 69¹ din OUG 34/2006 cu modificările și completările ulterioare».”

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

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

- art. 69²: „(1) Autoritatea contractantă precizează în fișa de date/invitația de participare/anunțul de participare numele persoanelor ce dețin funcții de decizie în cadrul autorității contractante.”

Consiliul reține că în situația generării unei situații de conflict de interese, în măsura în care persoana aflată în această situație va fi înlocuită cu alta care îndeplinește criteriile de calificare, așa cum acestea au fost solicitate prin documentația de atribuire, autoritatea contractantă nu este vătămată în vreun fel, astfel încât nu se justifică plata vreunei penalități.

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

SC ... SRL și SC ... SRL au criticat prevederile art. 16.1 din cadrul modelului de contract care dispun „*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 apreciază ca întemeiată această critică deoarece prevederile contractuale trebuie să protejeze atât interesele beneficiarului cât și pe cele ale prestatorului, astfel încât se impune ca transmiterea dreptului de proprietate a documentelor elaborate de prestator în executarea contractului de servicii, să se facă la momentul plății acestora fiind o garanție a faptului că autoritatea contractantă își va îndeplini obligațiile contractuale referitoare la plată.

Astfel, Consiliul stabilește că aceste clauze contractuale prevăzute de autoritatea contractantă la art. 16.1 în modelul de contract, parte a documentației de atribuire, sunt excesive, motiv pentru care va admite criticile formulate de contestatoare și va dispune înlocuirea sintagmei „pe măsură ce sunt produse” cu „după plata serviciilor prestate pentru elaborarea respectivelor documente”.

SC ... SRL și SC ... SRL au criticat prevederile art. 18.1 din cadrul modelului de contract care dispun “*Prestatorul trebuie să informeze beneficiarul cu privire la întreg personalul pe care intenționează să-l utilizeze pentru implementarea contractului de servicii, altul decât experții cheie ale căror CV-uri sunt incluse în anexa IV a contractului de servicii. În anexa I și/sau anexa II ale contractului de servicii se va specifica nivelul minim de pregătire, calificare și experiență al personalului precum și responsabilitățile acestuia, iar acolo unde este cazul și specializarea cerută. Beneficiarul are dreptul să respingă personalul ales de către prestator*”.

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

Astfel, Consiliul stabilește că aceste clauze contractuale prevăzute la art. 18.1, prevăzute de autoritatea contractantă în

modelul de contract, parte a documentației de atribuire, sunt incomplete, motiv pentru care va admite criticile formulate de contestatori și va obliga autoritatea contractantă să completeze ultima frază a articolului cu menționarea obligației sale de a motiva respingerea personalului ales de prestator, stabilind și un termen de respingere de la data primirii notificării.

Prin contestațiile SC ... SRL și SC ... SRL este criticată și clauza contractuală de la art. 18.4 (5) din modelul de contract cuprins în documentația de atribuire și care are următorul conținut:

„art. 18.4 [...]

(5) Beneficiarul poate solicita Prestatorului să desemneze un EXPERT TEMPORAR pentru desfășurarea Contractului de Servicii până la sosirea noului expert sau să ia alte măsuri pentru a compensa absența temporară a expertului. În acest caz, Beneficiarul nu va efectua nici o plată pentru perioada absenței expertului sau a absenței înlocuitorului acestuia.”

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

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

În contestații este indicat că se critică și pozițiile art. 18.3 și 18.4 (1) din contract, însă în lipsa unor critici concrete, dispozițiile acestor articole vor fi menținute.

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

Criticate sunt și prevederile art. 18.4 (2) și (3) din modelul de contract, conform căroră:

„18.4 [...]

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

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

Raportat la critica analizată, în condițiile în care documentația de atribuire conține respectarea unor termene precise de către prestator, Consiliul apreciază că acesta este direct răspunzător pentru modul în care mobilizează personalul implicat în derularea contractului și a succesiunii activităților ce urmează a fi desfășurate, astfel încât diminuarea onorariilor apare ca fiind disproporționată, autoritatea contractantă având posibilitatea de a plăti doar perioada efectiv lucrată de aceștia.

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

De asemenea, sunt criticate și prevederile art. 18.4 (4) din modelul de contract care stabilesc următoarele:

„18.4.[...] (4) Pentru toata perioada de la data de începere a contractului notificată de către Beneficiar până la data acceptării de către Beneficiar a noii propuneri transmise de către Prestator pentru schimbarea personalului, costurile suplimentare generate de înlocuirea personalului incumbă Prestatorului."

Consiliul are în vedere că prestatorul are întreaga responsabilitate în ceea ce privește personalul propus pentru derularea contractului, astfel încât în situația în care este necesară înlocuirea unor persoane care au fost deja aprobate de către beneficiar, în măsura în care vor fi generate costuri suplimentare, acestea vor fi suportate de către ofertantul declarat câștigător.

Prin urmare, Consiliul constată caracterul nefondat al criticilor formulate privind aceasta clauza din contract.

Pentru aceleași considerente avute în vedere la analiza criticilor formulate la art. 18.4 (5) din contract, Consiliul va înlătura clauza prevăzută la art. 19.3 din modelul de contract, conform căreia:

„19.3 Prestatorul trebuie să se asigure că personalul își va îndeplini pe întreaga perioadă de execuție a Contractului obligațiile stabilite în sarcina acestuia. În cazul în care Prestatorul nu își îndeplinește această obligație, pentru fiecare expert cheie înlocuit, acesta va fi obligat la plata către Beneficiar a unor penalități în cuantum de 0,05% din Prețul contractului, cu excepția cazului în care înlocuirea este un rezultat al circumstanțelor ce nu sunt sub controlul Prestatorului conform articolului 19.2.”

Și clauza de la art. 19.5 din modelul de contract face obiectul criticilor contestatoarelor. În acest context, Consiliul reține cuprinsul acesteia, astfel:

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

Ca urmare a primirii acestor contestații, prin punctul său de vedere, autoritatea contractantă propune următoarea măsură de remediere:

„Măsura de remediere nr. 6:

Modificarea articolului 19.5 din contractul de servicii după cum urmează:

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

Pentru considerentele avute în vedere cu ocazia examinării situației similare de la art. 18.4 (5), Consiliul stabilește că sunt excesive clauzele contractuale de la art. 19.5, prestatorul fiind direct răspunzător de modul în care personalul propus își va îndeplini obligații stabilite, precum și de înlocuire a personalului propus, motiv pentru care va admite criticile formulate de contestatori și va dispune înlăturarea clauzei penale prevăzută la acest articol.

Prin contestațiile depuse este criticată și clauza contractuală de la art. 19.6 din modelul de contract indicat de autoritatea contractantă în documentația de atribuire potrivit căreia:

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

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

Astfel, Consiliul stabilește că sunt excesive clauzele contractuale privind neplata pentru perioada absenței expertului sau a absenței înlocuitorului acestuia prevăzute la art. 19.6, motiv pentru care va admite criticile formulate de contestatori și va dispune eliminarea din cuprinsul art. 19.6 a ultimei propoziții, după cum urmează: *„Indiferent de situație, Beneficiarul nu va efectua nicio plată pentru perioada absenței expertului sau a absentei înlocuitorului acestuia.”*

Clauza de la art. 19.8 din modelul de contract face obiectul criticilor SC ... SRL. În acest context, Consiliul reține cuprinsul acesteia, astfel:

„19.8 Aprobarea și/sau înlocuirea experților se va putea face cu respectarea prevederilor relevante din Contract și din Anexa I - Caietul de Sarcini și va face obiectul unui Ordin Administrativ al Managerului de Proiect din partea Beneficiarului către Prestator. După aprobarea fiecărui expert de către Beneficiar, Prestatorul va notifica Beneficiarul asupra datei de mobilizare a expertului.”

Ca urmare a primirii acestor contestații, prin punctul său de vedere, autoritatea contractantă propune următoarea măsură de remediere:

„Măsura de remediere nr. 7

Modificarea articolului 19.8 din contractul de servicii după cum urmează:

«Art. 19.8 „Aprobarea și/sau înlocuirea experților se va putea face, în termen de 10 zile, cu respectarea prevederilor relevante din Contract și din Anexa I - Caietul de Sarcini și va face obiectul unui Ordin Administrativ al Managerului de Proiect din partea Beneficiarului către Prestator. După aprobarea fiecărui expert de către Beneficiar, Prestatorul va notifica Beneficiarul asupra datei de mobilizare a expertului”»”.

Având în vedere măsura de remediere luată de autoritatea contractantă, și constatând că termenul de 10 zile este un termen rezonabil pentru aprobarea și/sau înlocuirea experților, Consiliul va menține măsura de remediere dispusă de autoritatea contractantă.

SC ... SRL a criticat prevederile art. 19.9 din modelul de contract care dispun *„în situația în care se constată, ulterior semnării contractului, că personalul propus de către prestator în vederea îndeplinirii obligațiilor contractuale potrivit prezentului contract, este implicat în cadrul altor proiecte ale beneficiarului, atunci acesta are obligația de a lua măsurile necesare în vederea înlocuirii acestuia. Înlocuirea personalului prestatorului se va efectua potrivit prevederilor articolului 19 din contractul de servicii”.*

Constatând că disponibilitatea pentru unii dintre experții tehnici solicitați (cum ar fi spre exemplificare expert geotehnică și fundații, arheolog) nu trebuie asigurată pentru întreaga perioadă contractuală, ci pentru o perioadă limitată (de exemplu 4 luni), Consiliul apreciază ca fiind întemeiată critica autoarei contestației, fiind necesară modificarea art. 19.9 astfel: *„În situația în care se constată, ulterior semnării contractului, că personalul propus de către prestator în vederea îndeplinirii obligațiilor contractuale potrivit prezentului contract, este implicat în cadrul altor proiecte ale beneficiarului în aceeași perioadă pentru care serviciile lor sunt solicitate în cadrul prezentului contract, atunci acesta are obligația de a lua măsurile necesare în vederea înlocuirii acestuia. Înlocuirea personalului prestatorului se va efectua potrivit prevederilor articolului 19 din contractul de servicii”.*

SC ... SRL a criticat prevederile art. 19.10 din modelul de contract care dispun *„nerespectarea obligațiilor cu privire la personalul propus în cadrul ofertei, precum și a personalului propus spre înlocuire de către Prestator potrivit prevederilor articolelor din prezentul Contract de servicii va fi considerată o încălcare a prezentului contract întrucât este considerată indicator de fraudă potrivit prevederilor OUG nr. 66/2011 cu modificări și completări ulterioare și poate fi sancționată potrivit prevederilor articolului 292 din Codul Penal”.*

Consiliul reține ca fiind relevante în soluționare prevederile O.U.G. nr. 66/2011 și ale H.G. nr. 875/2011 unde, în anexa nr. 1,

sunt prezentați indicatorii de fraudă, printre care și cei referitori la costurile suportate cu forța de muncă, motiv pentru care respinge criticile formulate ca fiind neîntemeiate.

Toți cei trei contestatori au criticat teza finală a prevederilor art. 21.2 din modelul de contract care dispun *„beneficiarul va notifica în scris prestatorul cu privire la numele și adresa managerului de proiect. Prestatorul va notifica în scris beneficiarul cu privire la numele și adresa persoanei sale de contact și a contului bancar. Prestatorul trebuie să utilizeze formularul specific indicat în anexa IV pentru notificarea sau modificarea contului sau bancar sau un formular similar. Beneficiarul va avea dreptul să se opună deciziei Prestatorului cu privire la contul bancar”*.

Cu privire la acest articol, în conformitate cu prevederile art. 256³ alin. (1) din OUG nr. 34/2006, autoritatea contractantă în cadrul punctului de vedere depus la dosar, a adoptat măsura de remediere nr. 8 - Modificarea articolului 21.2 după cum urmează: *„Beneficiarul va notifica în scris Prestatorul cu privire la numele și adresa Managerului de Proiect. Prestatorul va notifica în scris Beneficiarul cu privire la numele și adresa persoanei sale de contact și a contului bancar. Prestatorul trebuie să utilizeze formularul specific indicat în Anexa IV pentru notificarea sau modificarea contului său bancar sau un formular similar”*, eliminând partea finală și anume: *„Beneficiarul va avea dreptul să se opună deciziei Prestatorului cu privire la contul bancar”*.

Având în vedere măsura de remediere luata de autoritatea contractantă, Consiliul stabilește că sunt întemeiate criticile contestatoarelor cu privire la acest aspect.

Toți cei trei contestatori au criticat prevederile art. 26.2 din modelul de contract care dispun *„Beneficiarul, în termen de 14 zile de la primirea rapoartelor sau documentelor menționate în anexa I - caietul de sarcini, va notifica prestatorului decizia sa cu privire la acestea, cu indicarea motivelor în cazul respingerii rapoartelor și a documentelor justificative sau al solicitării unor modificări și/sau completări. Dacă beneficiarul nu transmite în interiorul termenului de notificare nici un comentariu cu privire la rapoartele sau documentele primite, prestatorul poate solicita aprobarea în scris a acestora”*.

Ca urmare a primirii contestațiilor, autoritatea contractantă a adoptat următoarea măsură de remediere:

„Măsura de remediere nr. 9:

Modificarea articolului 26.2 din Contractul de servicii după cum urmează:

«Art. 26.2 „Beneficiarul, în termen de 20 zile de la primirea Rapoartelor sau documentelor menționate în Anexa I - Caietul de Sarcini, va notifica Prestatorului decizia sa cu privire la acestea, cu indicarea motivelor în cazul respingerii Rapoartelor și a

documentelor justificative sau al solicitării unor modificări și/sau completări”»”.

Întrucât autoritatea contractantă a stabilit un termen de emiteră a notificării sale (indiferent dacă acesta conține un accept sau un refuz) este implicit că neemiterea ei echivalează cu o acceptare. În consecință, Consiliul consideră că se impune completarea clauzei, așa cum a fost conținută de măsura de remediere nr. 9, că, în cazul lipsei notificării în termen se consideră că rapoartele sau documentele sunt aprobate de beneficiar.

Prin acceptarea tacită a documentelor ori rapoartelor, datorată trecerii termenului de 20 zile de la emiteră acestora, este certă starea de consens dintre părți, făcând de prisos o nouă corespondență între acestea.

O altă clauză contestată (SC ... SRL) este cea de la art. 27.1 din modelul de contract cuprins de autoritatea contractanta în documentația de atribuire și care prevede următoarele:

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

Nr. crt.	Plăți	Valoare maximă (Lei, fără TVA)
1.	Plată avans Recuperarea integrală a avansului acordat va fi realizată până la Plata finală reprezentând 15% din Prețul Contractului
2.	Plăți intermediare pe baza acceptării de către Beneficiar a următoarelor studii, însoțite de Rapoartele financiare aprobate aferente fiecărui studiu: - Studii geotehnice - Studii de evaluare a Impactului asupra Mediului - Studiul de arheologie reprezentând 45% din Prețul Contractului - reprezentând 35% din Prețul Contractului - reprezentând 3% din Prețul Contractului - reprezentând 7% din Prețul Contractului
3.	Plată intermediară pe baza acceptării de către Beneficiar a Studiului de Fezabilitate Final, a aprobării Raportului Financiar și a acceptării Auditului de siguranță reprezentând 30% din Prețul Contractului
4.	Plată finală pe baza îndeplinirea tuturor activităților menționate în Anexa I - Caietul de sarcini și a Raportului Financiar Final reprezentând 30% din Prețul Contractului
	Total Preț Contract

Aceste critici trebuie analizate prin raportare la prevederile anexei 3 „Livrabile” din caietul de sarcini, secțiunea A), punctul III „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”.

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

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

În condițiile în care obiectul contractului ce face obiectul procedurii de achiziție publică este unul de rezultat (elaborarea și predarea unor documentații tehnice: studiu de fezabilitate, studiu de arheologie, documentație de atribuire, etc.), iar conform modelului de propunere financiară, anexa C la formularul nr. 26 din formulare, fiecare documentație tehnică și activitate a prestatorului este prețuită în mod distinct cu un preț fix, Consiliul apreciază că documentul justificativ pentru plata serviciilor executate este factura emisă de prestator, după parcurgerea etapelor prevăzute în contract, inclusiv recepția serviciilor ce urmează a fi plătite, cu respectarea prețului prevăzut în propunerea financiară pentru respectiva documentație, astfel încât Consiliul apreciază că este excesivă condiționarea plăților de verificarea/recepția tuturor documentelor justificative pentru fiecare articol/cost/cheltuială a prestatorului.

În acest sens urmează a se elimina din întreaga documentație de atribuire orice clauză ori referire privind verificarea și aprobarea

de către beneficiar a documentelor justificative care stau la baza costurilor înregistrate de prestator în executarea serviciilor, precum și cuprinderea acestora în cadrul rapoartelor financiare, a căror utilitate este însă constatată de către Consiliu.

În consecință, Consiliul stabilește eliminarea din cuprinsul întregii documentații de atribuire a clauzelor ori referirilor 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.

SC ... SRL contestă și prevederile art. 27.7 din modelul de contract al căror conținut este următorul:

„27.7 Plățile intermediare și Plata finală se vor efectua în termen de 60 de zile de la data primirii facturii sau în termen de 60 de zile de la data aprobării Rapoartelor de către Beneficiar, în situația în care factura este emisă anterior aprobării Rapoartelor. Pentru prezentul Contract de servicii termenul contractual de plată este prevăzut la 60 de zile, având în vedere complexitatea rapoartelor, volumul mare al documentelor de verificat și aprobat înainte de realizarea plăților, precum și accesul la fondurile necesare efectuării plăților, fiind vorba despre un proiect de infrastructura rutiera de interes major.”

Consiliul constată că termenul de plată de 60 de zile este în conformitate cu dispozițiile art. 7 alin. (1) din Legea nr. 72/2013, iar prin măsura de remediere dispusă cu privire la art. 26.2, respectiv „completarea clauzei, așa cum a fost conținută de măsura de remediere nr. 9, că, în cazul lipsei notificării în termen se consideră că rapoartele sau documentele sunt aprobate de beneficiar”, a fost introdusă acceptarea tacită. Astfel, solicitarea contestatoarei ca în cadrul art. 27.7 să se prevadă că plata serviciilor executate se face „în termen de maxim 60 de zile de la aprobarea expresă sau tacită a acestora”, apare ca fiind rămasă fără obiect, întrucât art. 27.7 face vorbire generic despre aprobarea Rapoartelor de către Beneficiar, iar având în vedere măsurile de remediere dispuse de Consiliu cu privire la art. 26.2, în cadrul prezentului contract vor putea exista atât aprobări exprese cât și aprobări tacite.

Și clauzele de la art. 27.8 (1) și art. 27.9 din modelul de contract fac obiectul criticilor contestatoarelor. În acest context, Consiliul reține cuprinsul acestora, astfel:

- art. 27 „Plăți”:

„27.8 (1) Termenul limită de plată de 60 zile prevăzut la articolul 27.7 va expira la data la care contul Beneficiarului este debitat. Beneficiarul poate suspenda termenul de plată pentru orice altă sumă facturată contestată de către Managerul de Proiect, prin

notificarea Prestatorului în sensul că acea parte a facturii este neacceptată, fie deoarece suma respectivă nu este datorată, fie că documentele aferente nu pot fi avizate și Beneficiarul consideră că sunt necesare mai multe verificări, fie că se depășește pragul maxim.”

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

Ca urmare a primirii contestațiilor, autoritatea contractantă a adoptat următoarea măsură de remediere:

„Măsura de remediere nr. 11

Eliminarea articolului 27.8 (1) din Contractul de servicii”.

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

Consiliul stabilește că sunt nefondate criticile contestatoarelor privind clauzele contractuale prevăzute la art. 27.9, prevăzute de autoritatea contractantă în modelul de contract, parte a documentației de atribuire, având în vedere natura juridică specială a contractului de achiziție publică, precum și faptul că prin măsurile de remediere luate de către autoritatea contractantă au mai fost eliminate unele dintre penalitățile care urmau a fi percepute prestatorului. Pe de altă parte, Consiliul constată că respectiva clauză a fost impusă cu respectarea dispozițiilor art. 20 alin. (2¹) din Legea nr. 72/2013 conform căroră *„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”.*

Contestata de către SC ... SRL și SC ... SRL este și clauza de la art. 27.14 lit. b) conform căreia:

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

[...]

b) orice altă împrejurare pentru care Prestatorul răspunde în baza Contractului de Servicii și care, în opinia Beneficiarului, interferează sau amenință să interfereze cu finalizarea cu succes a Proiectului sau a Contractului de Servicii”.

Consiliul constată că autoritatea contractantă nu a detaliat împrejurările în care interferează sau amenință să interfereze cu finalizarea cu succes a contractului, lăsând la libera apreciere a beneficiarului să stabilească dacă acestea sunt de natură să suspende executarea contractului. Sintagma „*orice altă împrejurare*” are un caracter general care poate da naștere unor abuzuri.

Astfel, Consiliul stabilește că aceste clauze contractuale de la art. 27.14 b), prevăzute de autoritatea contractantă în modelul de contract, sunt excesive, motiv pentru care va admite criticile formulate de contestatoare și va dispune eliminarea lit. b) de la art. 27.14 din modelul de contract.

SC ... SRL a criticat prevederile art. 28.1 coroborat cu art. 28.4 din modelul de contract care dispun „*prestatorul va restitui orice sume convenite beneficiarului și care i-au fost plătite în plus față de valoarea certificată, în 30 de zile de la primirea unei cereri în acest sens*” și „*comisioanele bancare rezultate din restituirea sumelor datorate Beneficiarului vor fi suportate în întregime de către Prestator*”.

Consiliul va respinge ca neîntemeiată această critică, relevante fiind susținerile autorității contractante din cadrul punctului de vedere: „*aceste clauze au fost introduse de către autoritatea contractantă pentru a evita situațiile în care, din diferite motive, anumite sume au fost achitate în plus față de valorile reale care ar fi confirmat stadiul fizic real al îndeplinirii serviciilor. (...). Având în vedere că plata se face după emiterea facturilor, considerăm că orice plată excesivă se poate face doar prin emiterea unor facturi reprezentând servicii prestate care nu corespund cu stadiul fizic real de îndeplinire al acestora. Astfel, vina pentru plata sumelor necuvenite poate aparține Prestatorului care a emis factura pentru sume care nu erau convenite*”.

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

SC ... SRL a criticat și prevederile art. 29.5 din modelul de contract care dispun „*garanția de bună execuție este egală cu 10% din valoarea contractului de servicii, fără tva și se constituie prin scrisoare de garanție de bună execuție emisă în condițiile legii de o societate bancară sau de o societate de asigurări, în forma prevăzută în anexa IV a Contractului de Servicii care devine anexă la contract*”.

Scrisoarea de garanție de bună execuție trebuie:

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

2. să nu fie condiționată de emiterea unei polițe de asigurare care să fie opozabilă beneficiarului prin alte documente, respectiv condiții generale de asigurare, condiții speciale de asigurare, clauza de garantare etc.

În situația în care scrisoarea de garanție de bună execuție este emisă de către o societate de asigurări, aceasta va trebui prezentată beneficiarului însoțită de o adresă din partea societății de asigurări prin care aceasta confirmă faptul că, scrisoarea de garanție este valabilă și în vigoare indiferent de prevederile unei polițe de asigurare și că angajamentul societății de asigurare față de beneficiar va fi exclusiv în baza scrisorii de garanție de bună execuție emisă. Nerespectarea acestor condiții va pune beneficiarul în situația de a nu accepta scrisoarea de garanție emisă de către o societate de asigurare”, sub aspectul acceptării și a unei polițe de asigurare, sens în care se solicită eliminarea punctului 2 și a ultimului alineat al articolului.

Fiind relevante susținerile autorității contractante din cuprinsul punctului de vedere, Consiliul reține că „polița de asigurare nu reprezintă un instrument de garantare, ci este un instrument de asigurare a unui eventual risc. Instrumentele de garantare sunt reprezentate de scrisoarea de garanție, cecul de călătorie, cambia sau biletul la ordin. Noțiunea «instrument de garantare» se referă la garantarea plății și, în conformitate cu definirea instrumentelor de garantare din paragraful anterior polița de asigurare, certificatul de asigurare sau orice alte documente emise de societățile de asigurări reprezintă instrumente de asigurare și nu instrumente de garantare a plății”.

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

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

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

SC ... SRL a criticat prevederile art. 31.1 și 31.2 din modelul de contract care dispun *„în cazul în care procedura de acordare sau executare a contractului de servicii este viciată de erori substanțiale, nereguli sau de fraudă, beneficiarul va suspenda executarea contractului de servicii”* și *„în cazul în care asemenea erori substanțiale, neregularități sau fraude sunt imputabile prestatorului, beneficiarul poate suplimentar suspendării să refuze efectuarea plăților sau poate proceda la recuperarea sumelor deja plătite proporțional cu gravitatea viciilor, neregularității sau fraudei. În vederea recuperării sumelor plătite necuvenit din asistența financiară nerambursabilă acordată României de Uniunea Europeană și/sau din fondurile de cofinanțare aferente, ca urmare a unor nereguli, beneficiarul se va îndrepta împotriva prestatorului în conformitate cu prevederile legale aplicabile în momentul descoperirii faptei”*.

Consiliul reține ca fiind relevante precizările autorității contractante exprimate în punctul de vedere conform cărora *„articolele mai sus menționate nu se referă doar la fraude, ci statuează și situația unor erori substanțiale sau neregularități. Asupra acestor aspecte Beneficiarul este cel mai în măsură să se pronunțe și să le constate (...). Deoarece sursa de finanțare a contractului de servicii sus menționat o reprezintă fondurile europene nerambursabile, (...) autoritatea contractantă are obligația de a respecta art. 2 alin. (2), din O.U.G nr. 34/2006 cu modificări și completări ulterioare cât și respectarea prevederilor art. 8 alin. (2) lit. b), art. 9, art. 20, art. 27 și art. 30 din OUG nr. 66/2011”* și apreciază că în măsura în care autoritatea contractantă constată că procedura de acordare sau executare a contractului de servicii este viciată prin producerea unor erori, nereguli sau fraude, aceasta este îndreptățită să procedeze la suspendarea executării contractului, putându-se îndrepta împotriva prestatorului în conformitate cu prevederile legale aplicabile în momentul descoperirii faptei.

Față de aceste aspecte, Consiliul consideră că sunt nefondate criticile privind clauzele contractuale prevăzute la art. 31.1 și art. 31.2, prevăzute de autoritatea contractantă în modelul de contract, parte a documentației de atribuire.

Toți cei trei contestatori au criticat prevederile art. 31.3 din modelul de contract care dispun *„în cazul în care, din diferite motive este necesară suspendarea contractului de servicii, pe toată perioada suspendării contractului de servicii, beneficiarul nu are obligația de a efectua nici o plată către Prestator”*.

Cu privire la acest articol, în conformitate cu prevederile art. 256³ alin. (1) din OUG nr. 34/2006, autoritatea contractantă în cadrul punctului de vedere depus la dosar, a adoptat măsura de remediere nr. 12 - Modificarea articolului 31.3 după cum urmează: *„în cazul în care, din diferite motive este necesară suspendarea contractului de servicii, pe toata perioada suspendării Contractului de Servicii, Beneficiarul nu are obligația de a efectua nici o plată către Prestator, cu excepția plăților aferente serviciilor prestate anterior suspendării”*.

Având în vedere solicitarea contestatorilor referitoare la clauza de la art. 31.3 din modelul de contract și decizia autorității contractante de a lua măsura de remediere amintită, Consiliul stabilește că este rămasă fără obiect critica reclamantelor.

Toți cei trei contestatori au criticat prevederile art. 31.4 din modelul de contract care dispun *„beneficiarul are dreptul în mod unilateral de a suspenda executarea contractului de servicii fără ca prestatorul să fie îndreptățit a solicita orice costuri suplimentare pentru această suspendare. În cazul în care beneficiarul suspendă executarea contractului de servicii, durata acestuia se va prelungi cu perioada în care a fost suspendat”*.

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

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

SC ... SRL și SC ... SRL au criticat prevederile art. 31.6 din modelul de contract care dispun *„beneficiarul are dreptul, în mod unilateral, de a suspenda contractul de servicii în lipsa existentei alocării financiare, cu informarea prealabilă a prestatorului”*.

Consiliul reține ca fiind relevante susținerile autorității contractante din punctul de vedere conform cărora acest articol are la bază dispozițiile art. 36 din Legea nr. 356/2013 potrivit cărora *„(1) În termen de 30 de zile calendaristice de la aprobarea bugetului de stat, precum și de la aprobarea rectificărilor bugetare anuale, ordonatorii de credite au obligația de a notifica prestatorilor, executanților și furnizorilor valoarea maximă în limita căreia se pot executa lucrări, presta servicii și livra bunuri, valoare calculată ca diferență între creditele bugetare aprobate și sumele aferente plăților restante, precum și reținerea prevăzută la art. 21 alin. (5) din Legea nr. 500/2002, cu modificările și completările ulterioare.*

(2) Ordonatorii de credite au obligația de a întocmi și de a actualiza, după caz, împreună cu prestatorii, executanții și furnizorii,

graficele de execuție/livrare, atât fizice, cât și valorice, anexe la contracte, aferente anului 2014, în funcție de valoarea maximă calculată conform alin. (1).

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

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

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

Față de aceste aspecte Consiliul consideră nefondate criticile contestatoarelor privind clauzele contractuale prevăzute la art. 31.6 din modelul de contract, parte a documentației de atribuire.

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

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

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

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

Aceasta cu atât mai mult cu cât art. 43 alin. (6) lit. a) din Legea nr. 500/2002 prevede că: *„Ordonatorilor principali de credite li se interzice efectuarea de cheltuieli pentru achiziționarea și/sau elaborarea studiilor de fezabilitate și a altor studii aferente obiectivelor de investiții, în oricare dintre următoarele situații: a) dacă în ultimii 5 ani bugetari au fost întocmite și înregistrate în contabilitate studii având același obiect; în această situație se procedează la actualizarea studiilor existente”.*

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

SC ... SRL a criticat prevederile art. 33.1 din modelul de contract care dispun *„Fără a aduce atingere posibilității de a aplica penalitățile prevăzute în prezentul contract de servicii, în situația în care prestatorul este vinovat de fals în declarații ori se consideră că și-a încălcat în mod grav obligațiile contractuale în cadrul unui contract anterior de achiziție publică, acesta va fi exclus de la acordarea de contracte ori împrumuturi nerambursabile finanțate de Comisia Europeană pe o perioadă de maximum 2 ani de la data stabilirii încălcării, confirmată printr-o procedură cu caracter de contradictorialitate la care prestatorul a fost parte sau datorită punerii în aplicare a unui pact comisoriu de ultim grad, fapt care a înlăturat aplicarea vreunei proceduri cu caracter de contradictorialitate. Prestatorul își poate justifica argumentele împotriva aplicării penalităților, în termen de 30 de zile de la primirea notificării cu privire la acestea, prin scrisoare recomandată sau printr-o modalitate echivalentă. În absența unui răspuns ori a unei decizii scrise de revenire asupra penalităților, primite din partea Comisiei Europene în termen de 30 de zile de la comunicarea argumentelor menționate mai sus, decizia stabilind penalitățile devine obligatorie. Perioada de excludere poate fi majorată până la 3 ani în caz de repetare a faptei în termen de 5 ani de la data primei*

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

Consiliul va respinge ca nefondată această critică raportat la susținerile autorității contractante referitoare la faptul că în baza OUG nr. 66/2011, AM POST va verifica contractul de servicii în virtutea atribuțiilor pe care le are și în situația în care va constata că există indicii de fraudă sau tentativă de fraudă va informa DLAF care va cerceta dosarul achiziției în baza Legii nr. 61/2011 asupra suspiciunilor de fraudă.

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

În consecință, vinovăția prestatorului se va stabili de organele competente și în condițiile legii, motiv pentru care Consiliul va respinge ca nefondată această critică.

SC ... SRL a criticat prevederile art. 33.2 din modelul de contract care dispun *„prestatorul care a încălcat prevederile contractuale, inclusiv anexa I - caietul de sarcini (altele decât cele prevăzute la articolul 33.1, cât și cele unde a fost stabilit în mod clar cuantumul sau procentul penalităților/daunelor în cuprinsul prezentului contract de servicii), se va supune, unor penalități aplicate de către beneficiar reprezentând 2% din prețul contractului.”*

Cu privire la acest articol, în conformitate cu prevederile art. 256³ alin. (1) din OUG nr. 34/2006, autoritatea contractantă în cadrul punctului de vedere depus la dosar, a adoptat măsura de remediere nr. 13 după cum urmează: *„eliminarea articolului 33.2 din contractul de servicii”*.

Având în vedere măsura de remediere luată de autoritatea contractantă, Consiliul reține rămânerea fără obiect a criticilor SC ... SRL referitoare la această clauză contractuală.

SC ... SRL și SC ... SRL au criticat prevederile art. 35.4 din modelul de contract care dispun *„prestatorul nu are dreptul să pretindă suplimentar față de sumele care i se cuvin pentru muncă deja prestată, despăgubiri pentru nici o pierdere sau prejudiciu suferit”*.

Cu privire la acest articol, în conformitate cu prevederile art. 256³ alin. (1) din OUG nr. 34/2006, autoritatea contractantă, în

cadrul punctului de vedere depus la dosar, a adoptat măsura de remediere nr. 14 după cum urmează: *„eliminarea articolului 35.4 din contractul de servicii”*.

Constatând că autoritatea a eliminat clauza în discuție, criticile asupra ei au rămas fără obiect.

Din modelul de contract propus de autoritatea contractantă este reclamată, de către SC ... SRL, și clauza de la art. 35.6 care stabilește următoarele:

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

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

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

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

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

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

De asemenea, Consiliul constată și că exprimarea *„orice prejudiciu care este descoperit după finalizarea contractului de servicii, ...”* este ambiguă.

În aceste condiții, Consiliul stabilește că în speță se impune eliminarea integrală a prevederilor art. 35.6.

SC ... SRL și SC ... SRL au criticat prevederile art. 36.8 din modelul de contract care dispun *„prestatorul nu are dreptul să pretindă suplimentar față de sumele care i se cuvin pentru munca deja prestată, despăgubiri pentru orice pierdere sau prejudiciu suferit”*

Cu privire la acest articol, în conformitate cu prevederile art. 256³ alin. (1) din OUG nr. 34/2006, autoritatea contractantă în cadrul punctului de vedere depus la dosar, a adoptat măsura de remediere nr. 15 după cum urmează: „*eliminarea articolului 36.8 din contractul de servicii*”.

Constatând că autoritatea a eliminat respectiva clauză, criticile care o priveau au rămas fără obiect.

SC ... SRL a criticat prevederile art. 37.3 din modelul de contract care dispun „*În eventualitatea unei asemenea rezilieri, prestatorul poate solicita în contradictoriu cu beneficiarul despăgubiri pentru orice pierdere sau prejudiciu suferit ca urmare a neexecutării în întregime a contractului de servicii. Această despăgubire nu va putea avea un quantum care să conducă la depășirea plăților totale efectuate în baza contractului de servicii a prețului contractului. Solicitarea trebuie să fie făcută în conformitate cu dispozițiile legale române*”, în sensul să se prevadă că despăgubirea nu va avea un quantum care să conducă la depășirea prețului contractului.

Analizând clauza criticată, Consiliul reține caracterul ambiguu al frazei „*Această despăgubire nu va putea avea un quantum care să conducă la depășirea plăților totale efectuate în baza Contractului de Servicii a Prețului Contractului*”, precum și ineficiența acesteia în situația în care beneficiarul nu a efectuat nicio plată până la data rezilierii, Consiliul va admite critica eliminând din cuprinsul art. 36.3 sintagma „*plăților totale efectuate în baza Contractului de Servicii*”. În acest caz prejudiciul se va stabili și achita pe baza înțelegerii părților sau în urma unei acțiuni în justiție.

SC ... SRL și SC ... SRL au criticat și prevederile art. 38.6 din modelul de contract care dispun „*dacă prestatorul suportă costuri suplimentare ca urmare a conformării cu instrucțiunile managerului de proiect sau a utilizării de mijloace alternative potrivit articolului 38.5, totalul sumelor corespunzătoare acestor costuri va fi certificat de către managerul de proiect cu respectarea prețului contractului*”

Cu privire la acest articol, în conformitate cu prevederile art. 256³ alin. (1) din OUG nr. 34/2006, autoritatea contractantă a adoptat măsura de remediere nr. 17 după cum urmează: „*eliminarea articolului 38.6 din contractul de servicii*”. Astfel fiind, criticile devin lipsite de obiect.

Și clauza de la art. 39.3 din modelul de contract face obiectul criticilor contestatoarelor. În acest context, Consiliul reține cuprinsul acesteia, astfel:

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

aceste sume urmând a fi reținute din plata intermediară sau din plata finală.”

Ca urmare a primirii contestațiilor, autoritatea a adoptat măsura de remediere nr. 18: *"Eliminarea articolului 39.3 din contractul de servicii."*, ceea ce face ca respectivele critici să fie lipsite de obiect.

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

Primul aspect care va fi analizat îl reprezintă susținerile referitoare la necesitatea prelungirii termenului de elaborare a studiului de fezabilitate și a termenului contractual. Prin contestații se solicită prelungirea termenului contractual cel puțin la o durată de 24 de luni.

În fișa de date a achiziției, punctul II.1.5) „Descrierea succintă a contractului sau a achiziției/achizițiilor”, s-a menționat că obiectul contractului îl reprezintă:

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

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

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

În cuprinsul caietului de sarcini, la punctele 4.1.1. și 4.1.2., autoritatea contractantă a menționat că studiul de fezabilitate elaborat de către prestator, va sta la baza întocmirii documentației de atribuire pentru contractul de execuție lucrări, prezentând sumarul activităților, investigațiilor, serviciilor de proiectare, analizelor, evaluărilor, studiilor, etc. pe care prestatorul le va presta și realiza, în vederea elaborării studiului de fezabilitate, și care va include, fără a se rezuma la, următoarele servicii:

- analiza legislației și a reglementărilor în vigoare;
- studiul de trafic;
- studiul privind alternative de traseu;
- investigații de teren (studii hidrologice și hidraulice detaliate; studii geotehnice detaliate - Anexa 1; studii topografice detaliate; studiul arheologic - Anexa 2; alte investigații de sol și materiale; identificarea proprietarilor, a suprafețelor de teren afectate și

raportul de evaluare a acestora; identificarea utilităților publice; studiul pedologic);

- activități de proiectare (lucrări de drum, noduri rutiere; lucrări de poduri/pasaje, podețe și ziduri de sprijin; consolidări, terasamente și lucrări hidrotehnice; lucrări de tuneluri; conectarea rețelei locale de drumuri; dotări autostradă; siguranța circulației rutiere; planul de operare și întreținere);

- evaluarea impactului asupra mediului (raportul privind impactul asupra mediului (RIM); studiul de evaluare adecvată (SEA); alte studii de specialitate (S.Sp.M.); planul de management de mediu (PMM);

- analiza cost-beneficiu și modelul financiar;

- autorizații, avize și acorduri;

- asistența beneficiarului în susținerea aplicației de finanțare;

- pregătirea documentației de atribuire.

La punctul 4.3. din caietul de sarcini este precizat scopul serviciilor pentru pregătirea documentației de atribuire a contractului pentru proiect și asistența acordată beneficiarului pe durata desfășurării procedurii de achiziție publică, și anume: *„Prestatorul va pregăti documentația de atribuire a contractului și va acorda asistență beneficiarului până la atribuirea definitivă a contractului de către beneficiar [...]”*.

Relevante în soluționarea acestei critici sunt și prevederile caietului de sarcini de la punctele 6.2. și 8.1. conform cărora serviciile vor fi îndeplinite de către prestator într-o perioadă de 12 luni de la data începerii contractului, fiind prevăzute, printre altele, următoarele date calendaristice:

- studiul de fezabilitate preliminar - 3 luni de la începere

- studiul de fezabilitate final - 4 luni de la începere.

Analizând obiectul principal al serviciilor ce vor fi prestate, Consiliul stabilește evidența faptului că termenele impuse pentru studiul de fezabilitate preliminar și pentru studiul de fezabilitate final, 3 luni, respectiv 4 luni, precum și durata contractului (12 luni) sunt insuficiente. Astfel, stabilirea acestor termene apare ca fiind disproporționată, deoarece trebuie efectuate toate investigațiile de teren (geotehnice, topografice, arheologice etc.), să fie identificați toți proprietarii, să fie efectuate consultații publice, să fie obținute și incluse în proiect observațiile JASPERS, AM POST etc.

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

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

Consiliul reține că, raportat la volumul și complexitatea serviciilor ce urmează să fie prestate în cadrul contractului, termenele de 3 și 4 luni impuse de autoritatea contractantă pentru studiul de fezabilitate preliminar și pentru studiul de fezabilitate final, precum și durata contractului de 12 luni, sunt disproporționate și abuzive, relevante în cauză fiind prevederile art. 17 din O.U.G. nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, potrivit cărora autoritatea contractantă are obligația de a respecta principiile prevăzute la art. 2 alin. (2) în relația cu operatorii economici interesați să participe la procedura de atribuire, printre care și principiul proporționalității prevăzut la art. 2 alin. (2) lit. e) din O.U.G. nr. 34/2006, prin proporționalitate înțelegându-se asigurarea corelației între necesitatea autorității contractante, obiectul contractului de achiziție publică și cerințele solicitate a fi îndeplinite.

Consiliul constată că autoritatea contractantă nu a ținut seama de volumul și complexitatea serviciilor ce urmează să fie prestate în cadrul contractului atunci când a impus termenele de mai sus, motiv pentru care se impune acordarea unui termen mai lung de predare pentru studiul de fezabilitate preliminar și studiul de fezabilitate final, cât și o majorare a duratei contractului.

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

În raport de susținerile autorității contractante din punctul de vedere conform cărora: *„în ceea ce privește Acord de mediu va aducem la cunoștință faptul că, Ordinul nr. 135/2010 privind aprobarea Metodologiei de aplicare a evaluării impactului asupra mediului pentru proiecte publice și private prevede etapele necesare parcurgerii procedurii derulate de autoritatea competent de mediu, etape care sunt prevăzute a se realiza într-un termen maxim de 152 de zile. Ordinul nr. 135/2010 nu prevede termene imperative pentru realizarea și depunerea la autoritatea competentă de mediu a raportului privind impactul asupra mediului”,* rezultă că după întocmirea studiului de fezabilitate final este necesar un interval de aprox. 5 luni pentru obținerea acordului de mediu. Se va avea în vedere, inclusiv perioada necesară elaborării documentației de atribuire aferentă atribuirii contractului de lucrări, precum și perioada necesară pentru atribuirea de către beneficiar a contractului de lucrări. Așa cum rezultă din punctul 4.3. al caietului de sarcini, prestatorul va pregăti documentația de atribuire a

contractului și va acorda asistență beneficiarului până la atribuirea definitivă a contractului de către beneficiar.

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

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

Cel de-al doilea aspect care va fi analizat se referă la art. 4.1.3.8. din caietul de sarcini, cu privire la care, prin punctul sau de vedere, autoritatea contractanta propune următoarea remediere:

„Măsura de remediere nr. 20:

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

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

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

Este adevărat că art. 26 din Legea nr. 255/2010 privind exproprierea pentru cauză de utilitate publică, necesară realizării unor obiective de interes național, județean și local, prezintă conținutul invocat de autoritatea contractantă, dar, spre a înlătura orice echivoc, autoritatea contractantă trebuia să precizeze că, odată obținute și predate beneficiarului „Certificatele de urbanism, avizele, acordurile, permisele sau autorizațiile sunt valabile până la finalizarea executării lucrărilor pentru care au fost eliberate, respectiv până la eliberarea procesului-verbal de recepție finală a lucrărilor”, astfel cum reglementează textul legal invocat, nefiind necesară impunerea vreunei obligații de menținere a valabilității respectivelor documente de către prestator.

Prin urmare, autoritatea contractantă va fi obligată la rectificarea punctului 4.1.3.8 din caietul de sarcini, la modul: *„Prestatorul este responsabil de a menține în termenele de valabilitate, orice aviz, acord, permis și orice aprobare și/sau autorizație până la semnarea contractului de execuție lucrări, dar nu mai târziu de expirarea contractului de servicii”.*

Cu privire la termenul de transmitere a acordului de mediu, caietul de sarcini, art. 3.1. „Ipoteze privind prestarea serviciilor”, paragraf 1, SC ... SRL propune extinderea termenului de transmitere a acordului de mediu până la data emiterii de autoritățile competente de protecția mediului, iar SC ... SRL solicită să se prevadă ca și etapă contractuală distinctă predarea tuturor avizelor/acordurilor/acordului de mediu în termen de 24 de luni de la data de începere a contractului, evaluată la maxim 3% din prețul contractului.

De asemenea, SC ... SRL solicită, referitor la art. 6.2 din caietul de sarcini, modificarea termenului de transmitere a acordului de mediu din *„4 luni de la începere”*, cu sintagma *„în termen de 10 zile de la data emiterii Acordului de către Autoritățile Competente de Protecția Mediului”*.

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

În ceea ce privește solicitarea SC ... SRL de a se prevedea ca etapă contractuală distinctă *„predarea tuturor avizelor/acordurilor/acordului de mediu în termen de 24 de luni de*

la data de începere a contractului, evaluată la maxim 3% din prețul contractului”, aceasta va fi respinsă, Consiliul constatând că nu este necesară includerea unei noi etape contractuale „evaluată la maxim 3% din prețul contractului”, cu atât mai mult cu cât una dintre criticile contestatoarei vizează faptul că autoritatea contractantă impune în mod artificial valoarea unor componente ale serviciilor de proiectare ca și procent din prețul contractului.

În continuare, Consiliul procedează la analiza solicitării de eliminare a art. 3.2 „Riscuri”, paragraf 4, pag. 10 din caietul de sarcini, conform căruia: *„Prestatorul își va asuma riscurile generale identificate de Beneficiar, prin participarea sa la procedura de atribuire și prin semnarea contractului, și nu va avea nici o pretenție în cazul apariției acestora sau a altora neidentificate mai jos dar posibil să apară”.*

Cu privire la acest articol, prin punctul său de vedere, autoritatea contractantă propune următoarea măsură de remediere:

„Măsura de remediere nr. 19:

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

Având în vedere că măsura propusă de autoritatea contractantă nu este în sensul solicitării din contestația SC ... SRL, Consiliul procedează la analiza solicitării contestatoarei și apreciază că este util ca în cadrul caietului de sarcini autoritatea contractantă să identifice un set de riscuri generale, care pot fi cuantificate de ofertanți la depunerea ofertei, însă nu se pot impune în sarcina prestatorului decât acele riscuri care într-o oarecare măsură depind de acesta, puteau/trebuiau să fie prevăzute, fiind cuantificabile și în niciun caz riscuri care nu sunt identificate, nu pot fi prevăzute și nici măsurate. La întocmirea propunerii financiare, ofertanții trebuie să ia în calcul aceste elemente de risc identificate de către autoritatea contractantă. Apariția pe parcursul derulării contractului a unor riscuri pe care prestatorul nu le putea prevedea în mod rezonabil, poate conduce din partea acestuia la revendicări de timp suplimentar și/sau bani.

În soluționarea acestei critici, Consiliul va avea în vedere dispozițiile cap. IV „Răspunderea civilă”, secțiunea a-2-a cauze exoneratoare de răspundere art. 1351 din Codul Civil care stipulează următoarele:

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

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

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

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

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

Următorul aspect care va fi analizat se referă la criticile comune care se referă la un set de riscuri generale identificate de către autoritatea contractantă în cadrul caietului de sarcini la punctul 3.2. „Riscuri”. Contestatoarele au solicitat eliminarea acestora din cadrul caietului de sarcini sau, după caz, recunoașterea dreptului prestatorului de a solicita de la autoritatea contractantă anumite costuri suplimentare generate de efectuarea unor activități în plus față de cele preconizate la încheierea contractului.

Astfel, cu privire la:

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

Consiliul apreciază că prin măsurile de remediere dispuse cu privire la art. 5.3. din contract, respectiv *„Data de începere a Contractului de servicii va fi notificată de către Beneficiar după data intrării în vigoare a Contractului, dar nu mai târziu de 5 zile lucrătoare de la data intrării în vigoare a contractului, sub condiția îndeplinirii integrale și în mod cumulativ a cerințelor prevăzute la art. 5.2 din Contractul de servicii”,* iar *„Data de începere din notificare nu poate depăși 1 lună dar nu mai puțin de 5 zile de la notificare”,* acest risc nu mai este sub controlul niciuneia dintre părți, depinzând doar de factori externi voinței părților, motiv pentru care trebuie eliminat.

- *„Riscul de întârzieri în obținerea avizelor din partea Autorităților Române, ori plângerile apărute în perioada consultațiilor publice (ex. probleme de mediu, probleme de patrimoniu cultural, etc.) cu impact asupra termenului de finalizare și livrare a studiului*

de fezabilitate sau a altor servicii și lucrări solicitate conform caietului de sarcini”.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

- *„Riscul de întârziere în prestarea serviciilor, în baza observațiilor sau cerințelor speciale formulate de către autoritățile competente de mediu, de către ... ariilor naturale protejate (Situri Natura 2000), de către ONG-uri și/sau alte organizații similare, de*

către publicul participant la dezbaterile publice sau alți factori implicați în derularea procedurilor de mediu”.

Reținând susținerile autorității contractante referitoare la explicarea sintagmei „*cerințe speciale formulate*”, în sensul că acestea „*sunt informații sau investigații suplimentare solicitate în mod legal, astfel încât raportul la studiul de evaluare a impactului asupra mediului să fie conform cu cerințele exprimate în îndrumarul întocmit de autoritatea competentă de mediu și cu ceea ce este acceptat a fi o bună practică în procesul de evaluare a impactului asupra mediului care să permită luarea deciziei în ce privește emiterea acordului de mediu*”, Consiliul apreciază că acest risc poate depinde într-o oarecare măsură și de prestator motiv pentru care va fi menținut.

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

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

- *„În cazul în care apar condiții geotehnice, hidrologice, de mediu, etc. diferite, la momentul elaborării Proiectului Tehnic și/sau la execuția Proiectului, în comparație cu studiile geotehnice, etc., efectuate în cadrul Studiului de Fezabilitate și/sau traseul recomandat sau soluțiile tehnice definite de Prestator se dovedesc a fi neviabile, Prestatorul își va asuma consecințele aferente cu privire la costurile suplimentare rezultate ale Proiectului”.*

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

Consiliul apreciază că acest risc trebuie nuanțat în sensul că prestatorul nu poate să își asume costurile suplimentare generate

de apariția unor condiții geotehnice, hidrologice, de mediu, etc. neprevăzute, diferite între momentul elaborării studiului de fezabilitate și momentul execuției proiectului. Însă acesta este responsabil în situația în care condițiile geotehnice, hidrologice, de mediu, etc. diferite apar ca urmare a faptului că prestatorul nu a executat în mod corespunzător obiectul prezentului contract.

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

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

- *„Riscul ca în cazul în care Prestatorul ar putea obține unul sau mai multe avize favorabile care conțin anumite condiții, unele dintre condiții/constrângeri să se suprapună și să nu poată fi corelate/realizate concomitent”.*

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

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

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

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

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

- *„Riscul privind întârzierea în mobilizarea personalului Prestatorului”.*

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

Prin contestații se solicită și definirea clară a noțiunii *„alte autorități implicate”* sau eliminarea acestei expresii din cadrul art. 4.1.3.6., paragraful 1, din caietul de sarcini: *„Prestatorul are obligația de a elabora Raportul privind impactul asupra mediului RIM, Studiul de Evaluare Adecvata (SEA), alte studii de specialitate (S.SpM) necesare sau impuse de către Autoritățile competente pentru protecția mediului sau alte Autorități implicate, cu parcurgerea tuturor etapelor procedurilor de mediu și obținerea efectivă a Acordului de Mediu precum și a tuturor documentelor de reglementare necesare”.*

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

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

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

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

De asemenea, prin contestații se solicită definirea noțiunilor de „terț” și „comunicare verbală și/sau în scris” și corelarea paragrafului 11 al art. 4.1.3.6. din caietul de sarcini: *„Prestatorul va avea obligația împreună cu Expertul de Mediu desemnat de a răspunde verbal și/sau în scris la orice clarificare solicitată de autorități, de publicul interesat, de terți, de reprezentanții JASPERS sau din partea Comisiei Europene”,* cu prevederile art. 10.5 din contract: *„Prestatorul va considera toate documentele și informațiile care îi sunt puse la dispoziție referitoare la Contractul de Servicii drept private și confidențiale și, cu excepția cazului în care este necesar pentru executarea Contractului, nu va publica sau divulga niciun element al Contractului de Servicii fără acordul scris prealabil al Beneficiarului ori al Managerului de Proiect. Dacă există divergențe cu privire la necesitatea publicării sau divulgării în scopul executării Contractului de Servicii, decizia finală va aparține Beneficiarului”.*

Consiliul reține ca fiind relevante următoarele susțineri ale autorității contractante din cadrul punctului de vedere: *„Prevederea la care se face referire se află în cadrul capitolului 4, punctul 4.1.3.6. Evaluarea impactului asupra mediului și se referă la informații privind impactul asupra mediului. De asemenea, la același punct paragraful 9 se specifică că: «Prestatorul va avea obligația de a preda la Beneficiar, RIM, SEA, sau alte studii de specialitate cu cel puțin 10 zile înainte de predarea acestora către autoritatea competentă privind protecția mediului». Raportul privind evaluarea impactului asupra mediului este public, acesta se afișează pe site-ul ANPM cu minim 20 de zile înaintea dezbaterii publice tocmai pentru a fi cunoscut de public. Prevederea din Caietul de Sarcini menționată se referă la informații privind evaluarea impactului asupra mediului, iar aceste informații sunt publice.*

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

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

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

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

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

Se mai solicită Consiliului ca, în cadrul paragrafului 12 al art. 4.1.3.6, să fie înlocuită fraza *„Informații privind suprafețele de pădure ce urmează a fi scoase din circuitul silvic la nivel de U.A. și U.P., cât și speciile de arbori și arbuști ce vor fi defrișate”* cu sintagma *„Informații privind suprafețele de pădure ce urmează a fi scoase din circuitul silvic”*.

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

Consiliul reține că i se mai cere și eliminarea paragrafului 16 al art. 4.1.3.6. *„Prestatorul va obține în numele Beneficiarului Declarația autorității responsabile privind monitorizarea Siturilor Natura 2000”*, deoarece intră în contradicție cu prevederile art. 12 din Ordinul nr. 135/2010.

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

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

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

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

Referitor la art. 7.1., paragraful 6, pct. 1 „Experți cheie” din caietul de sarcini se solicită înlocuirea titlaturii de *„expert economist în economia mediului”* cu *„expert evaluator de mediu”*.

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

Se solicită, referitor la anexa 5 „Cerințe speciale” din caietul de sarcini, cap. „Evaluare adecvată (EA)”, punctul 12, completarea paragrafului având ca text *„Acest caiet de sarcini trebuie citit împreună cu Raportul Analizei Deficiențelor întocmit în Iunie 2013 ce a analizat omisiunile din cadrul studiul de evaluare adecvată existent”* cu sintagma *„Raportul Analizei Deficiențelor întocmit în*

Iunie 2013 va fi pus la dispoziția Prestatorului, în termen de 10 zile de la semnarea contractului".

În cadrul punctului său de vedere, autoritatea contractantă a precizat că în caietul de sarcini aferent prezentei proceduri de atribuire nu există anexa 5 „Cerințe speciale”.

În această situație, Consiliul constată că solicitarea SC ... SRL este lipsită de obiect.

Situația este similară și în ceea ce privește solicitarea referitoare la Anexa 5 „Cerințe speciale”, cap. „Următorii pași”, paragraf 2.

Tot referitor la documentația de atribuire corespunzătoare acestei proceduri de achiziție publică, SC ... SRL susține că autoritatea contractantă impune în mod artificial valoarea unor componente ale serviciilor de proiectare ca procent din prețul contractului.

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

Nr. crt.	Plăți	Valoare maximă (Lei, fără TVA)
1.	Plată avans Recuperarea integrală a avansului acordat va fi realizată până la Plata finală reprezentând 15% din Prețul Contractului
2.	Plăți intermediare pe baza acceptării de către Beneficiar a următoarelor studii, însoțite de Rapoartele financiare aprobate aferente fiecărui studiu: - Studii geotehnice - Studii de evaluare a Impactului asupra Mediului - Studiul de arheologie reprezentând 45% din Prețul Contractului - reprezentând 35% din Prețul Contractului - reprezentând 3% din Prețul Contractului - reprezentând 7% din Prețul Contractului
3.	Plată intermediară pe baza acceptării de către Beneficiar a Studiului de Fezabilitate Final, a aprobării Raportului Financiar și a acceptării Auditului de siguranță reprezentând 30% din Prețul Contractului
4.	Plată finală pe baza îndeplinirea tuturor activităților menționate în Anexa I - Caietul de sarcini și a Raportului Financiar Final reprezentând 30% din Prețul Contractului
	Total Preț Contract

Consiliul va admite și această critică motivat de faptul că modul de decontare face ca ofertanții să prezinte de fapt propuneri financiare care nu au corespondent în realitate, aceștia stabilind valoarea fiecărui serviciu prestat prin aplicarea unui procent la valoarea contractului și nu în funcție de costurile reale ale fiecărei activități. Conform dispozițiilor Legii nr. 72/2013 plățile trebuie

efectuate în termen de maxim 60 de zile de la recepție, prin urmare Consiliul nu poate reține susținerile autorității contractante referitoare la faptul că „prestatorul își poate recupera costurile aferente serviciilor prestate în cadrul plății finale conform art. 27.3.(3) din contractul de servicii”, urmând a fi dispuse măsuri de remediere în legătură cu acest aspect.

O altă critică vizând documentația de atribuire se referă la faptul că, în opinia contestatoarei, autoritatea contractantă impune în mod artificial numărul de experți pentru care urmează să fie decontat prețul serviciilor și numărul de zile aprobate pentru decontare, restrângând dreptul operatorilor economici de a cuantifica și prezenta costurile reale ale proiectului.

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

Astfel, potrivit documentației de atribuire operatorul economic are obligația de a prezenta costurile experților conform modelului anexa 1 „Propunerea Financiară”.

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

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

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

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

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

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

Având în vedere faptul că unele critici ale contestatoarelor s-au dovedit a fi întemeiate, urmând a fi dispuse măsuri de remediere în sensul celor evocate în motivarea deciziei, pe care autoritatea contractantă le va aduce la îndeplinire în termen de 20 zile de la

primirea deciziei, Consiliul apreciază că în speță se impune stabilirea unui nou termen de depunere a ofertelor la un interval de minimum 10 zile de la data publicării în SEAP a modificărilor dispuse prin prezenta decizie.

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, contestațiile SC ... SRL, SC ... SRL și SC ... SRL, 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 a studiului de fezabilitate pentru autostrada de centură ... Nord, coduri CPV 71241000-9 și 71322500-6, cu data inițială 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.

În baza art. 278 alin. (6) din ordonanța de urgență, Consiliul va dispune continuarea procedurii de achiziție publică, cu respectarea celor decise, capetele subsidiare de cerere de anulare a licitației fiind nefondate, în contextul în care este posibilă adoptarea de măsuri de remediere.

Redactată în șase exemplare, conține o sută zece pagini.

PREȘEDINTE COMPLET,

...

MEMBRU,

...

MEMBRU,

...