



# CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C. N. S. C.

Str. Stavropoleos nr. 6, Sector 3, ... România, CIF 20329980, CP 030084  
Tel. +4 021 3104641 Fax. +4 021 3104642 +4 021 8900745 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. ... din ... înaintată de ... cu sediul în ... înregistrată la Registrul Societăților din ... cu nr. ... având adresa de corespondență în ... formulată împotriva documentației de atribuire elaborată de către ... cu sediul în ... .. în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de licitație deschisă organizată în vederea atribuirii contractului având ca obiect „Reabilitarea liniei de cale ferată ...”, s-a solicitat, în principal:

- obligarea autorității contractante la adoptarea măsurilor de remediere privind criteriile de calificare privind capacitatea tehnică - experiența similară;

- obligarea autorității contractante la adoptarea măsurilor de remediere privind prevederile nerealiste și disproporționate din cadrul contractului de lucrări.

- în subsidiar, solicită anularea procedurii de atribuire.

Prin contestația din data de ... înregistrată la Consiliu cu nr. ... din ... înaintată de ... cu sediul în ..., ... reprezentată convențional prin ... cu sediul în ... str. ..., ... formulată împotriva documentației de atribuire, elaborată de ... în calitate de autoritate contractantă, în cadrul aceleiași proceduri de atribuire, s-a solicitat modificarea unor criterii de calificare stabilite prin documentația de atribuire.

De asemenea, s-a solicitat suspendarea procedurii de atribuire până la soluționarea fondului contestației. Prin decizia nr. 539S/... din ... Consiliul s-a pronunțat asupra capătului de cerere de suspendare a procedurii de atribuire până la soluționarea fondului contestației, pe care l-a respins, ca nefondat. Pe rol, în prezent, se află celelalte capete de cerere din contestație.

Prin contestația nr. ... din ... înregistrată la Consiliu cu nr. ... din ... înaintată de ... cu sediul în ... .. cu sediul în ... .. având CUI ... formulată împotriva documentației de atribuire elaborată de ... în calitate de autoritate contractantă, în cadrul aceleiași proceduri de atribuire, s-a solicitat:

- remedierea fișei de date, în sensul precizării faptului că experiența similară solicitată poate fi îndeplinită de către un singur terț susținător pentru toate specialitățile cuprinse în contract, aceasta fiind singura situație care respectă prevederile legale în vigoare;

- remedierea prevederilor din fișa de date ce se referă la suprafața minimă a unei clădiri construite, în sensul precizării faptului că experiența similară solicitată vizează suprafața desfășurată a construcțiilor;

- remedierea cerințelor ce trebuie îndeplinite de managerul de proiect, astfel încât să fie eliminate încălcările aduse prevederilor art. 179 alin. (1) și (2) din OUG nr. 34/2006;

- remedierea fișei de date, prin obligarea autorității contractante la neaplicarea prevederilor criticate în contestație.

Prin contestația înregistrată la Consiliu cu nr. ... din ... înaintată de SC ... SRL, cu sediul în ... .. având CUI ... formulată împotriva documentației de atribuire elaborată de ... în calitate de autoritate contractantă, în cadrul aceleiași proceduri de atribuire, s-a solicitat:

- anularea prevederilor nelegale ale documentației de atribuire, respectiv a celor cuprinse în sub-clauzele 8.7 – Penalități de întârziere și 16.2 – Rezilierea contractului de către antreprenor ale acordului contractual publicat ca parte a acestei documentații;

- prelungirea corespunzătoare a termenului de depunere a ofertelor;

- obligarea autorității contractante la plata cheltuielilor de judecată.

De asemenea, s-a solicitat suspendarea procedurii de atribuire până la soluționarea fondului contestației. Prin decizia nr. ... din ... Consiliul s-a pronunțat asupra capătului de cerere de suspendare a procedurii de atribuire până la soluționarea fondului contestației, pe care l-a respins, ca nefondat. Pe rol, în prezent, se află celelalte capete de cerere din contestație.

Prin contestația nr. ... înregistrată la Consiliu cu nr. ... înaintată de ... cu sediul în ... .., formulată împotriva documentației de atribuire elaborată de ... în calitate de autoritate contractantă, în cadrul aceleiași proceduri de atribuire, s-a solicitat obligarea autorității contractante să precizeze în mod clar și fără echivoc, printr-o clarificare publicată în SEAP, faptul că:

- Fișele Tehnice publicate a) în documentul Proiect Tehnic. Lot 5 - Instalații de Siguranța Circulației – Semnalizări, Volumul II - Liste de cantități (pentru Lotul 1) și respectiv (b) în documentul „Lot 4 - Instalații de Siguranța Circulației - Semnalizări - Proiect Tehnic - Volumul 2 - Liste de Cantități (pentru Lotul 2) și în particular Fișele Tehnice nr. 19, 20, 21, 22 sunt DOAR INFORMATIVE (pentru ambele loturi ale procedurii) și că;

- ofertele pentru partea de GSM-R a proiectului vor fi întocmite luând în considerare cerințele din documentul „... Cerințe Beneficiar GSM- R”.

Pentru soluționarea contestațiilor, având în vedere că acestea au fost formulate în cadrul aceleiași proceduri de atribuire, Consiliul a procedat la conexarea 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), (4) și (6) 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 admite în parte contestațiile formulate de ... S.R.L. și SC ... și dispune continuarea procedurii de atribuire după remedierea documentației de atribuire (în referire la subclauza 16.2 din condițiile speciale de contractare), conform celor precizate în motivare, în termen de 10 zile de la data primirii prezentei. Actul de remediere a documentației va fi postat de autoritate în SEAP, pentru a fi adus la cunoștința operatorilor economici interesați.

În conformitate cu prevederile art. 278 alin. (5) din OUG nr. 34/2006, respinge ca nefondate contestațiile formulate de ... și ... precum și restul criticilor din contestațiile formulate de ... S.R.L. și SC ....

În baza dispozițiilor art. 278 alin. (7) din OUG nr. 34/2006 ia act de renunțarea la contestație de către ...

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 280 alin. (1) și (3) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006.

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

### **MOTIVARE**

În luarea deciziei s-au avut în vedere următoarele:

Prin contestația nr. ... înregistrată la Consiliu cu nr. ... din ... .. în calitate de operator economic interesat de participarea la procedura de licitație deschisă indicată mai sus, organizată de ... critică criteriile de calificare privind capacitatea tehnică - experiența similară, respectiv unele clauze contractuale.

A. Condițiile de participare privind experiența similară se regăsesc în fișa de date, cap. III.2.3 a) Capacitatea tehnică și/sau profesională punctul 1, subpunctele 1.1, 1.2, 1.3, 1.4, 1.5 și 1.6., autoritatea contractantă solicitând pentru experiența similară „Lista contractelor de lucrări executate în ultimii 5 ani calculați până la data limită de depunere a ofertelor”.

Petenta este de acord că această cerință de calificare respectă prevederile art. 187 alin. (3) lit. a) din OUG nr. 34/2006, cu modificările

și completările ulterioare, însă, având în vedere frecvența foarte redusă de realizare a proiectelor de specificul, anvergura și complexitatea prezentului proiect, complexitate care se referă și la multitudinea de specialități distincte pe care le include (respectiv 8 specialități distincte: infrastructură și suprastructură de cale ferată, lucrări de artă - pod și tunel aferente infrastructurii feroviare, linie de contact, stație de tracțiune, sistem SCADA, centralizare electronică, Radio Block Center pentru o aplicație ERTMS cu ETCS nivel 2, clădiri), limitarea la numai 5 ani a perioadei pentru care se solicită dovedirea experienței similare anterioare devine, în condițiile prezentei proceduri, restrictivă.

Legiuitorul, prin prevederile art. 187 a stabilit un drept al autorității contractante și nu o obligație. Mai mult decât atât, perioada privind ultimii 5 ani reprezintă o perioadă minimă pentru solicitarea experienței similare în cazul contractelor de lucrări, și nu una maximă, autoritatea contractantă având dreptul de a solicita demonstrarea experienței similare și pentru o perioadă mai mare de 5 ani.

Având în vedere faptul că este foarte dificilă întrunirea, chiar și de către un grup de operatori economici (asocieri), a condițiilor minime de calificare stabilite în raport cu astfel de proiecte, este evident riscul unei competiții foarte reduse sau chiar absența acestora dacă mai multe astfel de proiecte sunt scoase la licitație simultan. În acest context, principiile care stau la baza atribuirii contractelor de achiziție publică (art. 2 alin. (2) din OUG nr. 34/2006) sunt încălcate.

Prin urmare, petenta solicită Consiliului să constate că, dată fiind natura, complexitatea și valoarea proiectelor, precum și faptul că frecvența lor de realizare este foarte redusă, limitarea la doar 5 ani reprezintă o condiție restrictivă.

B. Referitor la prevederile Anexei 2 la OMT nr. 774/2013 - Condițiile speciale ale contractului (CSC) de lucrări, specifice obiectivelor de investiții din domeniul infrastructurii de transport feroviar, finanțate din fonduri publice, contestă următoarele clauze contractuale pentru care solicită adoptarea de măsuri de remediere de către autoritatea contractantă:

#### B.1. Subclauza 4.26 [Utilități existente] din CSC

Contestatoarea apreciază că această subclauză încalcă prevederile art. 33 alin. (1) din OUG nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, din două puncte de vedere:

- limitarea de către autoritatea contractantă a obligației de informare numai la utilitățile proprii și numai la cele pe care le cunoaște, în timp ce art. 33 alin. (1) al OUG nr. 34/2006, nu numai că nu dă autorității contractante dreptul de limitare a informării asupra proiectului care face obiectul procedurii de achiziție, ci o obligă să informeze complet, corect și explicit;

- trecerea în sarcina ofertantului câștigător (antreprenorului) a tuturor obligațiilor, inclusiv financiare, legate de relocarea utilităților neprevăzute în documentația inițială, dar care sunt găsite pe parcursul lucrărilor și trebuie să fie relocate pentru a permite execuția corespunzătoare a proiectului. Acest aspect duce la dimensionarea

ofertei financiare nu numai pe baza elementelor tehnice și listelor de cantități existente în documentația de atribuire, ci și luând în considerare un risc de acoperire și a unor lucrări de relocare care nu sunt incluse în documentația de atribuire în baza căreia contractul este atribuit. Acest risc este, deci, imposibil de cuantificat valoric în același mod de către toți ofertanții, dar contribuie decisiv la stabilirea clasamentului ofertelor, criteriul de atribuire fiind „prețul cel mai scăzut”.

De asemenea, este de menționat și faptul că tipul de contract este unul FIDIC Roșu, conform căruia proiectarea se află în responsabilitatea beneficiarului, iar achiziția de lucrări se bazează prin excelență pe liste de cantități întocmite de proiectant, pe care ofertanții trebuie să le completeze cu prețuri unitare, prețul final al ofertelor rezultând prin însumarea valorilor aferente fiecărei liste de cantități. Nu există posibilitatea cotării de prețuri în afara listelor de cantități pentru a acoperi riscul amintit mai sus, subclauza 4.26 impunând astfel, în mod nelegal și abuziv antreprenorului să suporte toate costurile asociate relocării utilităților nespicate în documentația de atribuire.

Însăși denumirea Condițiilor speciale ale contractului prevăzute în Anexa nr. 2 la OMT nr. 774 din 15 mai 2013, care conține sintagma "pentru construcții și lucrări ingineresti proiectate de beneficiar" întărește concluzia că autoritatea contractantă nu poate transfera antreprenorului niște responsabilități pe care le are autoritatea potrivit legii.

B.2. Subclauza 14.9 [Sumele reținute], prin raportare la Subclauza 4.2. [Garanția de bună execuție] din CSC:

În conformitate cu prevederile art. 89 alin. (1) și (2) din HG nr. 925/2006 pentru aprobarea normelor de aplicare a prevederilor OUG nr. 34/2006 „*Garanția de bună execuție a contractului se constituie de către contractant în scopul asigurării autorității contractante de îndeplinirea cantitativă, calitativă și în perioada convenită a contractului.*

*Autoritatea contractantă are obligația de a stabili în documentația de atribuire modalitatea de constituire a garanției de bună execuție, precum și cuantumul acesteia, care însă nu trebuie să depășească 10% din prețul contractului, fără TVA”.*

Pe de altă parte, prin condițiile contractuale incluse în documentația de atribuire (CGC - Anexa nr. 2 la HG nr. 1405/2010, și CSC - Anexa nr. 2 la OMT 774/2013) se introduce noțiunea de „Sume reținute”, separată de cea de „Garanție de buna execuție”, care reprezintă sume care se rețin din fiecare Certificat Interimar de Plată până la atingerea unui procent stabilit de autoritatea contractantă (beneficiar) prin Anexa la ofertă și care se returnează potrivit prevederilor CSC.

Subclauza 14.9 din CSC prevede că, din astfel de sume, autoritatea contractantă poate reține (adică poate să nu returneze) contravaloarea unor penalități și/sau despăgubiri rezultate în urma culpei exclusive a antreprenorului. Ca urmare, și sumele reținute au aceeași semnificație ca și garanția de bună execuție, în concordanță cu prevederile art. 89 alin. (1) al HG nr. 925/2006, singura deosebire fiind forma: garanția de bună execuție are forma de garanție bancară sau de instrument de asigurare, iar sumele reținute reprezintă lichidități asupra cărora autoritatea

contractantă este singura care are dreptul să decidă, la un moment dat, dacă le returnează integral sau nu. Se remarcă faptul că art. 90 alin. (3) din HG nr. 925/2006 prevede că forma bancară sau de instrument de asigurare a garanției de bună execuție poate fi înlocuită cu o garanție constituită prin rețineri succesive din plăți, însă numai în temeiul acordului părților, procedura de reținere din plăți fiind, așadar, aceeași cu cea prevăzută pentru sumele reținute de CGC și CSC.

Conform celor arătate mai sus, situația se prezintă astfel:

a) Legislația achizițiilor publice existentă conține reglementări numai în privința noțiunii de „Garanție de buna execuție”, nu și pentru Sumele Reținute prevăzute în contractul FIDIC, inclus în documentația de atribuire.

b) Art. 89 alin. (2) din HG nr. 925/2006 stabilește în mod imperativ că, garanția de bună execuție:

- nu poate depăși 10% din prețul contractului, fără TVA; și

- se returnează antreprenorului astfel: 70% după recepția la terminarea lucrărilor și 30% după recepția finală (art. 92 alin. (4) din HG nr. 925/2006).

c) Subclauza 4.2 din CSC aprobate prin OMT 774/2013, precizează că garanția de bună execuție va fi returnată numai după recepția finală, neexistând nicio diminuare a acesteia după recepția la terminarea lucrărilor, ceea ce contravine prevederilor imperative ale art. 92 alin. (4) din HG nr. 925/2006.

d) Subclauza 14.9 din CSC aprobate prin OMT 774/2013 precizează că sumele reținute se returnează antreprenorului numai după recepția finală, neexistând nicio diminuare a acestora după recepția la terminarea lucrărilor. Având în vedere principiul statuat de art. 89 alin. (2) din HG nr. 925/2006 privind nivelul maxim al garanției de bună execuție și ținând cont de faptul că „sumele reținute” au natura juridică de garanție de bună execuție, așa cum este confirmat și de textul acestei subclauze, rezultă că și în acest caz se încalcă prevederile imperative ale art. 92 alin. (4) din HG nr. 925/2006.

e) Valoarea garanției de bună execuție și cea a sumelor reținute reprezintă un procent de 20% din valoarea de contract acceptată fără TVA. Or, având în vedere faptul că sumele reținute au natura juridică de garanție de bună execuție, fiind reglementate separat de aceasta, suma cotelor procentuale ale celor două tipuri de garanții de bună execuție nu ar trebui să depășească 10% din prețul contractului, fără TVA, conform art. 89 alin. (2) din HG nr. 925/2006.

Față de cele arătate mai sus, se constată că prevederile subclauzelor 4.2 și 14.9 din CSC, coroborate cu Anexa la ofertă, contravin legislației în vigoare și sunt abuzive atât în privința valorilor celor două tipuri de garanții de bună execuție, cât și în cea a modalității de returnare a lor către antreprenor, depășindu-se cadrul prevederilor legale în vigoare.

Ca urmare, contestatoarea solicită obligarea autorității contractante la remedierea situației referitoare la garanția de bună execuție și la sumele reținute prin:

- limitarea la 10% a valorii însumate a cotelor procentuale pentru garanția de bună execuție și pentru sumele reținute, conform art. 89 alin. (2) din HG nr. 925/2006 (deoarece garanția de bună execuție se află în posesia autorității contractante, iar sumele reținute se acumulează în același mod și ritm); și

- asigurarea respectării, atât în cazul garanției de bună execuție, cât și în cel al sumelor reținute, a modalității de returnare prevăzută la art. 92 alin. (4) din HG nr. 925/2006.

B.3. Subclauza 8.7 [Penalități de întârziere]:

În cadrul subclauzei 8.7 din Condițiile Generale ale Contractului (Anexa 2 la HG nr. 1405/2010) sunt prevăzute două aspecte fundamentale ale penalităților de întârziere aplicabile antreprenorului:

- penalitățile de întârziere se stabilesc numai în raport cu data prevăzută pentru terminarea întregului proiect; și

- aceste penalități sunt singurele daune datorate de antreprenor în baza contractului, în afara daunelor produse de rezilierea acestuia înainte de terminarea lucrărilor.

Subclauza 8.7 din CSC (Anexa 2 la OMT nr. 774/2013) o modifică în mod esențial pe cea cu același număr din Condițiile Generale, modificările fiind după cum urmează:

- în afara penalităților de întârziere față de termenul final, apar și penalități de întârziere față de termene intermediare;

- în condiții pe care le apreciază cel puțin ca neclar formulate, penalitățile de întârziere față de termene intermediare rămân plătibile chiar dacă întârzierile sunt recuperate și termenul final este respectat, sau dacă există întârzieri și față de termenul final, penalitățile în raport cu termenele intermediare se suprapun cu cele raportate la termenul final, ceea ce face ca unele penalități să fie aplicate de două ori pentru aceeași culpă (întârzierea ansamblului lucrărilor față de termenul final este o consecință directă a întârzierii unor părți ale aceluiași lucru), ceea ce este injust și nelegal.

După cum se observă, subclauza 8.7 din CSC nu încurajează antreprenorii să facă eforturi, inclusiv financiare, pentru a recupera eventualele întârzieri de pe parcursul execuției lucrărilor. De asemenea, complexitatea cauzelor care pot determina la un moment dat depășirea unui termen intermediar face greu de stabilit, dacă nu imposibil, culpa exclusivă a antreprenorului, astfel încât decizia de aplicare a penalităților raportate la termene intermediare să fie incontestabilă. Astfel de situații pot conduce cu ușurință la blocaje pe parcursul execuției lucrărilor prin apariția de dispute contractuale grave, în timp ce aplicarea prevederilor subclauzei 8.7 din Condițiile Generale evită astfel de blocaje, orientându-se exclusiv pe scopul și interesul principal care ar trebui să fie urmărit de toate părțile implicate într-un fel sau altul în orice contract: realizarea întregului proiect într-un termen prestabilit.

Fără a mai prezenta alte considerente pe marginea subclauzei 8.7 din CSC, dar având în vedere cel puțin neclaritățile din formularea acesteia, precum și faptul că CSC, în formularea lor din Anexa 2 la OMT 774/2013, permit ajustarea pe parcurs a calendarului de execuție fără ca

acest lucru să fi fost provocat neapărat de culpa exclusivă a antreprenorului, contestatoarea apreciază ca se impune eliminarea aplicării penalităților de întârziere în raport cu termenele intermediare.

În cazul în care, totuși, nu se va elimina aplicarea penalităților de întârziere în raport cu termenele intermediare, consideră că ar trebui să se aibă în vedere următoarele principii de aplicare a prevederilor contractuale în materie de penalități de întârziere:

- obligația de plată a penalităților de întârziere să se nască numai după terminarea tuturor lucrărilor din contract;

- dacă penalitățile de întârzieri față de termenul final sunt mai mari sau mai mici decât suma celor raportate la termene intermediare, singurele penalități de întârziere aplicabile să fie cele în legătură cu nerespectarea termenului final, atât pentru a evita aplicarea dublei penalități pentru aceeași culpă, cât și pentru a încuraja antreprenorul să recupereze întârzierile de pe parcurs pentru a-și minimiza penalitățile;

- dacă termenul final este respectat, însă au existat întârzieri față de termene intermediare, antreprenorului să nu i se mai aplice penalități de întârziere, ceea ce, de asemenea, evită aplicarea de penalități inutile, injuste și nelegale și încurajează antreprenorul să recupereze întârzierile de pe parcurs.

Subclauza 8.7 din Condițiile Generale face trimitere la Anexa la Ofertă, nu la Condițiile Speciale, atunci când stabilește cota procentuală a penalităților de întârziere. În acest fel, autoritatea contractantă ar avea posibilitatea de a corela nivelul penalităților cu valoarea fiecărui contract.

Subclauza 8.7 din CSC anulează posibilitatea de corelare amintită mai sus și stabilește un nivel unic, excesiv de ridicat, al penalității pe zi de întârziere (0,5%). Penalitățile stabilite de art. 8.7 din CSC sunt vădit excesive în raport de prejudiciul pe care l-ar putea suferi autoritatea contractantă, precum și în raport cu prejudiciul ce ar putea fi prevăzut de părți la încheierea contractului. Este de subliniat faptul că întârzieri în realizarea lucrărilor pot să apară din culpa ambelor părți, or, într-o asemenea ipoteză, aplicarea penalităților prevăzute de art. 8.7 din CSC ar conduce fără discuție la o situație litigioasă.

Conform prevederilor actuale, valoarea penalităților poate atinge valoarea totală a contractului nefiind limitată superior prin CSC, anulând astfel prevederea existentă în subclauza 8.7 din Condițiile Generale în legătură cu limitarea penalităților de întârziere. Pe plan internațional, dar și în contracte precedente ale aceleiași autorități contractante, prin Anexa la Ofertă s-a stabilit o astfel de limită superioară la 15% din valoarea contractului, valoare uzuală, rezonabilă și suficientă în condițiile în care autoritatea contractantă are responsabilitatea de a lua măsuri în cazul în care constată amplificarea pe parcurs a întârzierilor (de ex. rezilierea contractelor). Nu este în interesul niciunei părți să lase un contract să se deruleze în condițiile amplificării întârzierilor doar pentru a aplica penalități mai mari.

Prin adresa nr. 11915/... Consiliul a înștiințat autoritatea contractantă despre depunerea contestației de către ... solicitând punctul de vedere cu privire la contestație și copia dosarului achiziției.



Autoritatea contractantă a transmis documentele solicitate împreună cu punctul de vedere cu privire la contestația ... solicitând respingerea acesteia ca nefondată, pentru următoarele motive:

Autoritatea contractantă solicită respingerea contestației ca nefondată, precizând că ... a depus contestația la registratura autorității contractante CNCF ... SA, în data de ... Deși aceasta a fost depusă în termenul prevăzut de OUG nr. 34/2006, depunerea acesteia la un alt punct al autorității contractante decât cel prevăzut în cadrul anunțului de participare SEAP nr. 151505/13.06.2014 și fișa de date, modificate prin erate, respectiv clarificare, este de natură a afecta respectarea de către autoritatea contractantă a termenelor obligatorii procedurale, incidente depunerii unei contestații.

1) Referitor la contestarea cerinței privind prezentarea experienței similare raportată la ultimii 5 ani și solicitarea extinderii acesteia la o perioadă de 7 ani.

Autoritatea contractantă arată că a stabilit cerința privind prezentarea experienței similare în deplină conformitate cu prevederile legale.

Conform art. 188. alin. (3) lit. a) din OUG 34/2006, în vederea verificării îndeplinirii cerinței privind experiența similară, autoritățile contractante au dreptul de a solicita *„o listă a lucrărilor executate în ultimii 5 ani, însoțită de certificări de bună execuție pentru cele mai importante lucrări. Respectivele certificări indică beneficiarii, indiferent dacă aceștia sunt autorități contractante sau clienți privați, valoarea, perioada și locul execuției lucrărilor și precizează dacă au fost efectuate în conformitate cu normele profesionale din domeniu și dacă au fost duse la bun sfârșit”*.

Această cerință este întărită printr-o altă prevedere legislativă, Ordinul ANRMAP nr. 509/2011, Anexa 2, prin care autoritatea contractantă poate solicita *„a) O listă a lucrărilor executate în ultimii 5 ani, însoțită de certificări de bună execuție pentru cele mai importante lucrări. (...)*

**NOTĂ:**

*În situația în care contractele au fost semnate înainte de perioada de 5 ani, autoritatea contractantă va lua în considerare lucrările executate și duse la bun sfârșit în perioada solicitată și va avea în vedere doar lucrările executate în această perioadă.”*

Autoritatea contractantă consideră că extinderea perioadei precizată explicit în cele două prevederi legislative - 5 ani, la un număr de ani stabilit în mod arbitrar, funcție de solicitarea unor diverși operatori economici - 7, 10, 20 etc, ani, este abuzivă, ducând la favorizarea acestor operatori economici, care nu mai dețin experiența similară necesară execuției lucrării, în detrimentul celor care se încadrează în limitele legale stabilite și care pot garanta autorității contractante execuția corespunzătoare a respectivei lucrări.

Având în vedere cele prezentate la acest punct, solicită respingerea cererii contestatoarei ca netemeinică și nefondată.

2) Referitor la contestarea clauzelor contractuale, stabilite conform Anexei nr. 2 la Ordinul Ministrului Transporturilor nr.774/2013, autoritatea contractantă precizează următoarele:

Modelul de contract contestat este conform Anexei nr. 2 la Ordinul Ministrului Transporturilor nr. 774/2013 publicat în Monitorul Oficial al României nr. 294 bis 23 mai 2013.

Potrivit prevederilor HG nr. 1405/2010 art. 2 și 3, CNCF ... SA, în calitate de autoritate contractantă și companie aliată în subordinea Ministerului Transporturilor, are obligația de a folosi și respecta modelul de contract prevăzut în Anexa la OMT nr. 774/2013.

Ordinul a fost emis și publicat în condițiile legii privind emiterea unor acte normative, a fost trecut prin procedura aducerii la cunoștința publică prin publicarea pe site-ul Ministerului Transporturilor, CNCF ... SA a răspuns solicitărilor transmise de operatorii economici și a obținut avizul Consiliului de Dialog Social, motiv pentru care a fost publicat în această formă.

Față de această precizare, consideră solicitarea contestatoarei ca fiind tardivă în ceea ce privește modificarea clauzelor contractuale, respectiv Condițiile Speciale de Contract.

Prin contestația din data de ... înregistrată la Consiliu cu nr. ... din ... .. critică documentația de atribuire, elaborată de ... în calitate de autoritate contractantă, în referire la criteriile de calificare privind experiența similară (componenta execuția unui pod de cale ferată dublă având o deschidere de minim 100m) și cea referitoare la deținerea autorizației/agrementului AFER pentru construirea de lucrări feroviare, cerințe care în opinia sa sunt restrictive. Contestatoarea solicită modificarea documentației de atribuire în sensul eliminării cuvântului dublă din conținutul cerinței privind experiența similară și acceptării ca și subcontractanții să fie acceptați pentru îndeplinirea cerinței privind deținerea autorizației/agrementului AFER pentru partea de contract ce o execută.

Prin cea de a treia contestație formulată împotriva documentației de atribuire, ... în calitate de operator economic interesat de participarea la procedura de licitație deschisă indicată mai sus, critică documentația de atribuire, astfel:

1) În fișa de date a achiziției, la punctul III.2.3.a), subpunctul 4, este prevăzută o notă potrivit căreia „*Experiența similară solicitată poate fi îndeplinită de către un susținător pentru fiecare specialitate în parte*”.

Din analizarea normelor legale incidente, contestatoarea trage următoarele concluzii:

- din formularea dispozițiilor art. 11<sup>1</sup> din HG nr. 925/2006 rezultă faptul că „experiența similară” este privită ca un subcriteriu al criteriului „capacitatea tehnică și/sau profesională” prevăzut de art. 176 lit. d) din OUG nr. 34/2006. Această ordonanță se referă doar la criteriile de calificare și selecție, în timp ce HG nr. 925/2006, care cuprinde normele de aplicare a prevederilor OUG nr. 34/2006, reglementează, printre altele, modul în care trebuie tratată îndeplinirea cerințelor asociate unui

subcriteriu („experiența similară”) al unuia din criteriile prevăzute de OUG nr. 34/2006 („capacitatea tehnică și/sau profesională”).

- în ansamblul său, legislația primară și secundară asigură cadrul legal unitar pentru achizițiile publice, aplicabil în toate situațiile întâlnite. Această legislație nu face distincție între contractele care acoperă o singură specialitate tehnică și contractele care conțin două sau mai multe astfel de specialități. Aceeași nediferențiere între contractele care acoperă o singură specialitate tehnică și contractele care conțin două sau mai multe astfel de specialități este valabilă și în situația particulară a demonstrării, inclusiv prin susținere, a îndeplinirii cerințelor de calificare pentru subcriteriul „experiență similară”.

1.2. Aplicarea principiului de drept *"Ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus"*.

Nota conținută în Anexa 2 din Ordinul ANRMAP nr. 509/2001 prevede că indiferent dacă există un singur sau mai mulți susținători, cerințele privind cifra de afaceri sau cea privind experiența similară vor fi îndeplinite în întregime de către o singură persoană respectiv un singur terț susținător. Din interpretarea acestei norme legale, rezultă fără echivoc că numai o singură persoană poate îndeplini cerințele privind experiența similară și, respectiv, cifra de afaceri, nefiind interzis ca acești doi susținători să poată fi diferiți.

Având în vedere faptul că prevederile Ordinului ANRMAP nr. 509/2011 reprezintă norme imperative în aplicarea OUG nr. 34/2006, orice altă interpretare dată de autoritatea contractantă este nelegală.

În aceste condiții, rezultă următoarele:

a) Ordinul nr. 509/2011 al Președintelui ANRMAP reglementează toate contractele de achiziție publică și nu doar cazul particular al contractelor care includ o singură specialitate. O astfel de limitare a sferei sale de incidență nu este prevăzută în cuprinsul Ordinului nr. 509/2011 al ANRMAP. Acest ordin a fost emis în aplicarea cadrului general valabil oferit de legislația aplicabilă achizițiilor publice, așa cum se arată în mod explicit în preambulul său.

b) Prevederea conform căreia „Experiența similară solicitată poate fi îndeplinită de către un susținător pentru fiecare specialitate în parte”, cuprinsă în cadrul pct. III.2.3.a) - subpunctul 4 din fișa de date, valabilă pentru ambele loturi incluse în procedura de atribuire pentru care a fost publicat în SEAP anunțul cu nr. ... este nelegală, întrucât Ordinul nr. 509/2011 al ANRMAP nu reglementează numai cazul particular al contractelor care includ o singură specialitate, ci toate contractele de achiziție publică, indiferent de numărul specialităților incluse în acestea.

c) În situația în care s-ar primi interpretarea conform căreia Ordinul nr. 509/2011 al ANRMAP este aplicabil numai contractelor cu o singură specialitate, atunci ar rezulta că reglementarea situației contractelor multidisciplinare este realizată exclusiv prin normele de drept din cadrul OUG nr. 34/2006 și HG nr. 925/2006.

Dispozițiile art. 190 alin. (1) din OUG nr. 34/2006 fac vorbire de posibilitatea susținerii capacității tehnico-profesionale de „o altă persoană”, nu de una sau mai multe persoane.

Această soluție a legiuitorului este întărită de alin. (1) al aceluiași articol, a cărui interpretare gramaticală este limpede, textul său conținând sintagma „prezentarea unui angajament de susținere din partea unui terț”. Nici HG nr. 925/2006 și nici OUG nr. 34/2006 nu fac distincție între contractele monodisciplinare și cele multidisciplinare, astfel încât susținerea de către un singur terț se aplică și contractelor multidisciplinare.

În cazul particular al demonstrării îndeplinirii, prin susținere, a subcriteriului „experiența similară”, în cuprinsul art. 11<sup>1</sup> alin. (4) din HG 925/2006 se folosește sintagma „susținerea terțului”, ceea ce indică faptul ca acest act normativ nu permite decât susținerea unui singur terț pentru demonstrarea îndeplinirii cerințelor aferente subcriteriului amintit.

1.3. Aplicarea regulii de interpretare *exceptio est strictissimae interpretationis et applicationis*.

Dispozițiile art. 186 și 190 din OUG nr. 34/2006 au un caracter de excepție, derogatoriu față de normele cu caracter general ce reglementează dovedirea îndeplinirii criteriilor de calificare și selecție.

Aceste norme speciale oferă agentului economic interesat să participe la procedura de achiziție publică posibilitatea de a îndeplini anumite criterii de calificare și selecție prin intermediul unui alt agent economic, denumit terț susținător. Dispozițiile art. 186 și 190 din OUG nr. 34/2006 se refera numai la noțiunea de „criteriu”, nu și la cea de „subcriteriu”.

Este de observat, ab initio, faptul că posibilitatea dovedirii îndeplinirii unor criterii de calificare și selecție prin mecanismul sprijinului oferit de un terț susținător este limitată la 2 (două) dintre cele 6 (șase) criterii de calificare și selecție enumerate limitativ și imperativ de art. 176 din OUG nr. 34/2006, respectiv la capacitatea economico-financiară și capacitatea tehnico-profesională.

Celelalte criterii de calificare și selecție (situația personală a candidatului sau ofertantului, capacitatea de exercitare a activității profesionale; standarde de asigurare a calității; standarde de protecție a mediului) nu pot fi îndeplinite cu ajutorul unui terț susținător.

În aceste condiții, rezultă indubitabil că numai criteriile enumerate la art. 176 lit. c) și d) sunt supuse unui regim juridic derogatoriu, cu caracter de excepție. Or, textul legal ce derogă, în speță alin. (1) și (2) ale art. 190 din OUG 34/2006, trebuie interpretat în cadrul legal existent, în mod literal, nu extensiv.

1.4. Aspecte privind denaturarea competiției.

Dacă va fi permisă dovedirea experiența similare solicitate de către un susținător pentru fiecare specialitate în parte, se poate ajunge în situația în care operatorii economici ar putea folosi în mod abuziv instituția terțului susținător.

Demonstrarea experienței similare prin intermediul terților susținători pentru fiecare specialitate are numai efecte negative după cum urmează:

- Se creează condițiile ca ofertantul să nu dețină experiență similară la nivelul stabilit prin fișa de date, care se presupune a fi

proporțional cu proiectul în cauză, cerințele de calificare privind experiența similară fiind îndeplinite prin terți susținători pe fiecare specialitate. În cazul particular al proiectelor feroviare care fac obiectul procedurii de față, singura condiție de îndeplinit de către un operator economic, în situația în care i-ar fi atribuit contractul, este cea a obținerii autorizărilor și acordurilor AFER până la semnarea contractului;

- Se creează condițiile distorsionării concurenței prin faptul că orice operator economic poate să fie în același timp subcontractant și terț susținător în specialitatea sa într-un număr nelimitat de oferte, fără ca această situație să conducă la eliminarea vreunei astfel de oferte, deoarece art. 46 alin. (1) din OUG nr. 34/2006 nu interzice acest tip de participări în mai mult de o ofertă pentru același contract. Așadar, se creează situația în care un operator economic poate fi prezent în toate ofertele, ceea ce îi conferă certitudinea atribuirii contractului. Într-o astfel de situație nu se mai poate vorbi de o concurență reală.

1.5. Posibilitatea participării la procedura de achiziție publică a unor operatori economici care nu au experiență în domeniul feroviar. Încălcarea dispozițiilor art. 190 din OUG nr. 34/2006.

În formularea actuală a fișei de date, poate exista situația, cel puțin la nivel teoretic, în care un operator economic să nu dețină niciun fel de experiență în domeniul feroviar, dar să fie susținut pentru fiecare specialitate de către un terț susținător.

Art 187 alin. (3) din OUG 34/2006 prevede următoarele: "*(3) Capacitatea tehnică și/sau profesională a unui ofertant/candidat se apreciază în funcție de experiența aptitudinile, eficiența și eficacitatea acestuia, rezultate în urma analizării informațiilor prezentate pe parcursul procedurii de atribuire.*"

De asemenea, prevederile art. 190 alin. (1) și (2) din OUG nr. 34/2006 fac vorbire de posibilitatea unui cumul între capacitatea tehnico-profesională a ofertantului cu cea a terțului susținător și nu de cea a unei substituiri integrale a capacității tehnico-profesionale a primului cu cea a celui de-al doilea.

Prevederile din fișa de date a achiziției, punctul III.2.3.a) subpunctul 4 Notă: "Experiența similară solicitată poate fi îndeplinită de către un susținător pentru fiecare specialitate în parte", sunt contrare dispozițiilor art 190 din OUG nr. 34/2006. Aceste prevederi din fișa de date permit, în mod ilicit atât multitudinea de terți susținători, cât și substituirea totală a oferantului în materia experienței anterioare de către un terț susținător, persoană care nu participă în mod transparent în competiția privind atribuirea contractului de achiziție publică.

Pentru toate aceste considerente, petenta solicită obligarea autorității contractante la remedierea fișei de date, în sensul precizării faptului că experiența similară solicitată poate fi îndeplinită de către un singur terț susținător pentru toate specialitățile cuprinse în contract, aceasta fiind singura situație care respectă prevederile legale în vigoare.

2. În cadrul fișei de date, la punctul III.2.3.a) subpunctul 1.8. referitor la „Lucrări de construcții clădiri”, această cerință de calificare se

referă, pentru fiecare lot în parte, la construirea unei clădiri cu o anumită suprafață minimă.

În această situație trebuie făcută diferența între suprafața unei clădiri și suprafața desfășurată a unei clădiri.

- Suprafața unei clădiri (construcției) este suprafața la sol a clădirii (construcției) indiferent de numărul etajelor pe care aceasta le are.
- Suprafața desfășurată a unei clădiri (construcției) reprezintă suma suprafețelor tuturor etajelor clădirii (exclusiv suprafețele neîngrădite și subsolurile) măsurată la exteriorul pereților.

Raportându-se la caracteristicile tehnice ale clădirilor (gări - în speța de față) la care se vor efectua lucrări conform documentației de atribuire aferente procedurii de atribuire menționate mai sus, consideră că se impune utilizarea noțiunii de „suprafață desfășurată” în stabilirea valorii minime a cerinței de calificare în specialitatea „construcții clădiri”, respectându-se principiul proporționalității.

Noțiunea de "suprafață" menționată în fișa de date, reprezintă o eroare materială, autoritatea contractantă având intenția de a se referi la noțiunea de "suprafață desfășurată", noțiune ce apare într-un anunț de participare similar (Anunțul de participare nr. 151505/13.06.2014).

Pentru toate aceste considerente, contestatoarea solicită obligarea autorității contractante la remedierea prevederilor din fișa de date ce se referă la suprafață minimă a unei clădiri construite, în sensul precizării faptului că experiența similară solicitată vizează suprafața desfășurată a construcțiilor.

### 3. Încălcarea prevederilor art. 179 din OUG nr. 34/2006.

În fișa de date, la punctul III.2.3.a), subpunctul 2.1 sunt stabilite criteriile de calificare pentru managerul de proiect, și anume: *„experiența specifică - implicarea ca manager de proiect sau ca adjunct al managerului de proiect în cel puțin un contract și implicarea în calitate de expert în cel puțin un contract de reabilitare/modernizare a infrastructurii și/sau suprastructurii feroviare.”*

Experiența similară a managerului de proiect se referă în fapt la două cerințe:

- implicarea ca manager de proiect sau ca adjunct al managerului de proiect în cel puțin un contract și
- implicarea în calitate de expert în cel puțin un contract de reabilitare/modernizare a infrastructurii și/sau suprastructurii feroviare.

În ceea ce privește cerința privind implicarea ca manager de proiect sau ca adjunct al managerului de proiect în cel puțin un contract, aceasta nu respectă prevederile alin. 1 și 2 ale art. 179 din OUG nr. 34/2006 pentru următoarele motive:

- Această cerință nu menționează domeniul contractului în care se solicită experiența similară anterioară în calitate de manager de proiect sau de adjunct al managerului de proiect pentru respectiva persoană.
- Cerința nu specifică nimic în privința contractului ce va face dovada experienței similare, acesta putând fi un contract lipsit de complexitate.

În ceea ce privește cerința privind implicarea în calitate de expert în cel puțin un contract de reabilitare/modernizare a infrastructurii și/sau

suprastructurii feroviare, nici aceasta nu respectă prevederile art. 179 alin. 1 și 2 din OUG nr. 34/2006 întrucât:

- cu toate că în acest caz este menționat faptul că managerul de proiect trebuie să fi avut calitatea de expert într-un contract de reabilitare/modernizare și/sau suprastructurii feroviare, nu se specifică domeniul de expertiză al persoanei implicate, existând posibilitatea de a califica persoane care nu au pregătirea necesară pentru a fi manager de proiect într-un contract referitor la infrastructura feroviară.

- cerința nu specifică nimic în privința contractului ce va face dovada experienței, acesta putând fi un contract lipsit de complexitate, în acest caz încălcându-se principiul proporționalității în ceea ce privește complexitatea contractului de achiziție publică și cerințele de calificare solicitate de autoritatea contractantă.

- nu se precizează dacă este vorba despre un contract de lucrări sau de un contract de servicii, existând riscul de a fi prezentat un contract ce nu are nicio legătură cu ce urmează a fi atribuit.

Pentru toate aceste considerente se solicită constatarea încălcării dispozițiilor art. 179 alin. (1) și (2) din OUG nr. 34/2006 și obligarea autorității contractante la remedierea cerințelor ce trebuie îndeplinite de managerul de proiect, astfel încât să fie eliminate încălcările prevederilor art. 179 alin. (1) și (2) din OUG nr. 34/2006.

4. Fișa de date încalcă prevederile art. 33 din OUG nr. 34/2006, neprecizând dacă, în ceea ce privește legislația aplicabilă, respectiv OMT nr. 774/2013, se aplică integral sau numai anumite puncte din conținutul acestuia.

Prin lipsa informării cu privire la normele legale aplicabile din OMT 774/2013, autoritatea contractantă încalcă principiul transparenței.

În absența oricărei precizări în fișa de date în legătură cu chestiunea menționată la art. 33 alin. (2) lit. c) nu se poate cunoaște dacă OMT nr. 774/2013 - Anexa 2 se aplică în integralitatea sa ca atare sau nu.

5. În situația în care OMT nr. 774/2013 se aplică în integralitatea sa, deși nicio normă legală nu prevede obligativitatea aplicării sale în întregime, petenta înțelege să solicite neaplicarea următoarelor clauze contractuale conținute de Ordinul mai sus menționat, în considerarea faptului că acestea sunt nelegale:

5.1 Subclauza 4.26 [Utilități existente] din Condițiile Speciale ale Contractului, cuprinsă în Anexa 2 a OMT nr. 774/2013.

5.2 Subclauza 4.2 și 14.9 din Condițiile Speciale ale Contractului, cuprinse în Anexa 2 a OMT nr. 774/2013, cu privire la garanția de bună execuție și, respectiv, la „Sumele Reținute”.

5.3 Subclauza 8.7 din Condițiile Speciale ale Contractului, cuprinsă în Anexa 2 a OMT nr. 774/2013, cu privire la penalități aplicabile antreprenorului pentru întârzieri în executarea lucrărilor.

5.4 Sub-paragraful (b) al subclauzei 14.7 din Condițiile Speciale ale Contractului, cuprins în Anexa 2 a OMT nr. 774/2013, cu privire la termenul de efectuare a plăților de către beneficiar.

5.5 Subclauza 14.8 din Condițiile Speciale ale Contractului, cuprinsă în Anexa 2 a OMT nr. 774/2013, cu privire la penalități pentru întârzierea efectuării plăților de către beneficiar (aspectele criticate fiind valoarea penalităților și termenul de la care acestea încep să curgă).

5.6. Sub-paragraf (c) al subclauzei 16.2 din Condițiile Speciale ale Contractului, cuprins în Anexa 2 a OMT nr. 774/2013, cu privire la dreptul antreprenorului de a rezilia contractul în situația întârzierii plăților de către beneficiar.

5.7 Sub-paragraful (g) al subclauzei 15.2. din Condițiile Speciale ale Contractului cuprins în Anexa 2 a OMT nr. 774/2013, cu privire la dreptul Beneficiarului de a rezilia contractul în cazul retragerii sau suspendării finanțării contractului de către instituția finanțatoare.

5.8 Subclauza 4.4 din Condițiile Speciale ale Contractului, cuprinsă în Anexa 2 a OMT nr. 774/2013, cu privire la subantreprenori.

Petenta consideră nelegale următoarele clauze ale OMT 774/2013:

5.1. Subclauza 4.26 [Utilități existente] din Condițiile Speciale ale Contractului, cuprinsă în Anexa 2 a OMT nr. 774/2013 încalcă unele prevederi legale cu forță juridică superioară, și anume dispozițiile art. 2 alin. (2) și ale art. 33 alin. (1) din OUG nr. 34/2006.

Prevederile legale menționate sunt încălcate, la nivel principial, din două puncte de vedere:

- limitarea obligației autorității contractante de informare numai la utilitățile proprii și numai la cele pe care le cunoaște, în timp ce art. 2 alin. (2) al OUG nr. 34/2006 obligă la transparență, iar art. 33 alin. (1) al OUG nr. 34/2006, nu numai că nu dă autorității contractante dreptul de limitare a informării asupra proiectului scos la licitație, ci o obligă să informeze complet, corect și explicit;
- trecerea în sarcina ofertantului câștigător (antreprenorului) a tuturor obligațiilor, inclusiv financiare, legate de relocarea utilităților neprevăzute în documentația inițială, dar care sunt găsite pe parcursul lucrărilor și trebuie să fie relocate pentru a permite execuția corespunzătoare a proiectului, ceea ce înseamnă că fiecare ofertant ar trebui să-si dimensioneze oferta financiară nu numai pe baza elementelor tehnice și listelor de cantități existente în documentația de atribuire, ci și luând în considerare un risc de acoperire și a unor lucrări de relocare despre care, din diferite motive - inclusiv cel al limitării obligației de informare - documentația de atribuire nu informează. Acest risc este deci imposibil de cuantificat valoric în același mod de către toți ofertanții, dar contribuie decisiv la stabilirea clasamentului ofertelor, criteriul de atribuire adoptat în toate procedurile de până acum fiind „prețul cel mai scăzut”, acest lucru reprezentând o încălcare a principiilor privind tratamentul egal și nediscriminarea prevăzute la art. 2 alin. (2) al OUG nr. 34/2006 (în mod evident ofertele nu pot fi comparate pe aceleași baze, diferențele provenind și din luarea în considerare a unor elemente care nu țin direct de natura lucrărilor care fac obiectul proiectelor propriu-zise, ci mai degrabă de „abilitatea” fiecărui ofertant de a afla, în perioada pregătirii ofertelor, despre cât mai multe utilități existente posibile care necesită



relocarea, dar despre care autoritatea contractantă nu a informat în documentația de atribuire).

Modul în care este redactată clauza 4.26 din CSC este de natură să transforme un contract cu caracter comutativ, în care părțile cunosc întinderea prestațiilor lor la momentul încheierii sale, ori aceasta este cel puțin determinabilă, conform art. 1173 alin. (1) Cod Civil, într-un contract de tip aleatoriu, în cadrul căruia întinderea prestațiilor antreprenorului, în lipsa informațiilor furnizate de beneficiar depinde de hazard, respectiv de un eveniment viitor și incert care îl expune riscului unor pierderi, ce nu pot fi în niciun mod cuantificate la momentul depunerii ofertelor, contractul urmând a se încheia pe baza ofertei câștigătoare.

În același sens este de menționat și faptul că, în conformitate cu CGC, inclus de asemenea în modelul de contract din documentația de atribuire, contractul de tip FIDIC în care proiectarea se află în responsabilitatea beneficiarului lucrărilor se bazează prin excelență pe liste de cantități întocmite de proiectant și incluse de autoritatea contractantă în documentația de atribuire, pe care ofertanții trebuie să le completeze cu prețuri unitare prin însumarea valorilor astfel rezultate din fiecare listă de cantități obținându-se prețurile ofertelor. Nu există posibilitatea cotării de prețuri în afara listelor de cantități pentru a acoperi riscul amintit mai sus, subclauza 4.26 impunând în mod nelegal și abuziv antreprenorului să suporte toate costurile asociate relocării și a utilităților despre care documentația de atribuire nu informează de la început.

În realitate, viziunea legiuitorului, în speță a autorului Clauzelor Generale FIDIC aprobate prin FIG 1405/2010 este fără dubiu în sensul consacării unei responsabilități a beneficiarului în legătură cu documentația de proiectare și cu evenimentele imprevizibile (care sunt definite astfel în CGC - subclauza 1.1, pct. 1.1.6.8: "Imprevizibil" înseamnă ceea ce nu poate fi prevăzut în mod rezonabil de către un antreprenor cu experiență, până la data depunerii ofertei).

Acest principiu, care nu este modificat printr-o prevedere din cadrul CSC și rămâne, deci, aplicabil în cadrul contractului în ansamblul său (CGC împreună cu CSC), este probat de următoarele elemente, fără a fi limitate la acestea:

a) Subclauzele 17.3 [Riscurile Beneficiarului] și 17.4 [Consecințele riscurilor Beneficiarului] din CGC, neamendate prin CSC, stabilesc că unul din riscurile beneficiarului este proiectarea de către acesta sau de către alte persoane față de care el este responsabil, iar consecințele acestui risc, în cazul manifestării, sunt prelungirea duratei de execuție și plății suplimentare pentru Antreprenor (nu suportarea de către Antreprenor a costurilor generate de erorile/omisiunile de proiectare, așa cum stipulează în mod nelegal și abuziv subclauza 4.26 din CSC).

b) Subclauza 4.12 din CGC [Condiții Fizice Imprevizibile], citată mai jos, nemodificată prin CSC, care prevede, de asemenea, că riscul apariției unor evenimente/condiții imprevizibile aparține beneficiarului, nu

Antreprenorului, contradicția cu prevederile subclauzei 4.26 din CSC fiind evidentă.

Este de subliniat în același sens faptul că detectarea, în perioada pregătirii ofertelor, a tuturor utilităților existente care necesită relocarea, dar despre care autoritatea contractantă nu a informat prin documentația de atribuire, este practic imposibilă astfel încât prevederile coroborate ale subclauzelor 4.10 [Informații despre șantier] și 4.11 [Corectitudinea Valorii de Contract Acceptate] din CGC nu se pot invoca (nu se poate considera că, până la data depunerii ofertelor, au fost întrunite toate condițiile pentru ca viitorul adjudecatar al contractului să fi obținut toate informațiile necesare pregătirii unei oferte corespunzătoare, astfel încât să preia în cadrul costurilor sale, în același preț ofertat și lucrări despre care autoritatea contractantă nu a informat prin documentația de atribuire; ca urmare, prevederile contractuale referitoare la condiții fizice imprevizibile rămân aplicabile).

În particular, în cadrul documentației tehnice aferente procedurii de atribuire corespunzătoare anunțului SEAP nr. ... la pag. 6/361 din documentul intitulat „Proiect tehnic” apare următorul text: „Astfel de lucrări sunt și cele de protecție sau relocare (deviere) de utilități (gaze, apă, curent electric, etc.), pentru care se va asigura în ofertele participanților la licitație o sumă forfetară stabilită de CNCF ...-SA în documentația de atribuire”.

Conform prevederilor contractului FIDIC (utilizat în cadrul procedurii), astfel de sume forfetare nu pot fi decât Sume Provizionate, pe care autoritatea contractantă trebuie să le precizeze în formularul anexă la ofertă împreună cu destinațiile lor în cadrul contractului. Însă în formularele reprezentând anexa la oferta pentru fiecare dintre cele două loturi nu apar Sume Provizionate cu destinația „lucrări de protecție sau relocare (deviere) de utilități (gaze, apă, curent electric, etc)”.

5.1.2. Prevederile analizate din CSC contravin unor dispoziții din cadrul legislației primare, cuprinse în legi organice, cu forță juridică superioară unui ordin al Ministrului Transporturilor. Astfel, subclauza 4.26 din CSC vine în coliziune cu:

- Principiul statuat de art. 1877 C. civ în materia contractului de antrepriză ce operează atunci când lucrările proiectate nu pot să fie executate conform proiectului (absența precizării tuturor rețelelor de utilități în proiectul redactat de reprezentanții beneficiarului, ce stă la baza achiziției publice, reprezintă o neregularitate a proiectului).

- Prevederile art. 47 alin. (2) raportat la Anexa 3 din OUG nr. 34/2006, conform cărora este necesară publicarea naturii și dimensiunii lucrărilor. În coliziune cu acest text legal, subclauza 4.26 din CSC permite beneficiarului să nu precizeze toate lucrările ce urmează a fi efectuate în cadrul proiectului de achiziție publică, în condițiile în care impune un preț fix indiferent de dimensiunea lucrărilor care pot deveni necesare pe parcurs.

Totodată, prezența subclauzei 4.26 din CSC poate ridica semne de întrebare și asupra corectitudinii calculării valorii estimate a contractului de achiziție publică din moment ce textul normativ criticat permite

autorității contractante, indiferent care ar fi aceasta, să limiteze obligația de informare prevăzută la art. 33 alin. (1) al OUG nr. 34/2006. În legătură cu această valoare, care se publică în mod obligatoriu în anunțul de participare, se iau diferite decizii în etapa de evaluare, respectiv eliminarea ofertelor care depășesc acea valoare publicată sau verificarea suplimentară a ofertelor care prezintă un preț aparent neobișnuit de scăzut, în urma acestei verificări putând rezulta chiar și dacă prețul scăzut nu poate fi justificat de ofertant.

Dacă valoarea estimată a contractului nu conține și valorile estimate pentru relocarea tuturor utilităților existente, atunci evaluarea ofertelor și atribuirea contractului vor fi complet deformate, abătându-se grav de la prevederile legislației de achiziții publice.

Nu în ultimul rând, la nivel principial, existența în subclauza 4.26 din CSC a limitării obligației de informare a autorității contractante poate ridica suspiciuni privind existența unor condiții de tratament preferențial pentru unii ofertanți, care, spre deosebire de ceilalți, ar putea avea acces privilegiat la informațiile despre toate utilitățile care ar trebui relocate în cadrul unui proiect și, deci, ar putea să-și întocmescă ofertele în condiții care încalcă principiile prevăzute la art. 2 alin. (2) din OUG nr. 34/2006.

5.1.3. Prin aceeași subclauză 4.26 din CSC i se impune Antreprenorului să efectueze toate procedurile necesare legate de relocarea utilităților și să suporte toate costurile aferente, încălcând prevederile CGC, cele ale HG nr. 28/2008 și cele ale OMDLPL nr. 863/2008 care a aprobat instrucțiunile de aplicare a unor prevederi din Hotărârea Guvernului nr. 28/2008 privind aprobarea conținutului-cadru al documentației tehnico-economice aferente investițiilor publice, precum și a structurii și metodologiei de elaborare a devizului general pentru obiective de investiții și lucrări de intervenții.

Această subclauză se referă la toate utilitățile care necesită relocare prin proiect, deci inclusiv cele care nu figurează în documentația tehnică inclusă în cea de atribuire, la care s-a făcut referire la pct. 1.1. Prevederile referitoare la transferarea către Antreprenor a obligației de relocare a utilităților conține sintagma „serviciile (utilitățile) existente”, în care sunt incluse în mod evident și cele despre care autoritatea contractantă nu informează, conform aceleiași subclauze.

Pe lângă chestiunile prezentate la pct. 1.1, acest transfer de obligații de la Beneficiar către Antreprenor intră în contradicție cu reglementările privind exproprierea care prevăd că, în cazul relocării de utilități, relațiile juridice și contractuale (deci, și financiare), inclusiv cele ce derivă din derularea procedurii exproprierii, se stabilesc numai între beneficiarul proiectului și proprietarii utilităților respective. Or, prin CGC se stabilește, în mod firesc, faptul că legea aplicabilă este legea română, care cuprinde și astfel de reglementări specifice.

De altfel, autorizațiile de construire și avizele emise de proprietarii de utilități prevăd obligații numai pentru beneficiarul proiectului, nu și pentru Antreprenorul care îl execută. Mai mult, după cum este cunoscut, reglementările legale specifice existente impun ca proiectarea și executarea lucrărilor de relocare să se realizeze numai cu societăți

autorizate în acele domenii de proprietarii de utilități, astfel încât Antreprenorul nu ar putea face, teoretic, altceva decât să subcontracteze astfel de lucrări către firmele autorizate, fără a putea deține controlul asupra duratei și costurilor proiectării și execuției, însă fără a i se acorda dreptul contractual firesc de a beneficia de extinderi de timp și/sau plăți suplimentare în cadrul contractului cu beneficiarul, ceea ce înseamnă că i se vor aplica penalități de întârziere conform contractului, deși nu poate fi făcut răspunzător pentru acestea.

5.1.4. Subclauza 4.26 este în ultimă instanță deosebit de riscantă și pentru autoritățile contractante, întrucât deschide posibilitatea pentru ofertantul-contractant să invoce, în condițiile art. 1207 C.civ., eroarea esențială cu privire la întinderea obiectului prestației sale.

În condițiile în care întinderea obiectului prestației operatorului economic nu este nici cel puțin determinabilă, orice contract încheiat în condițiile în care în cuprinsul său este inserată subclauza 4.26 din CSC este supus riscului anulării pe temeiul erorii esențiale cu privire la întinderea obiectului prestației. Este evident faptul că riscul de contestare a procedurilor care conțin această subclauză contractuală este foarte mare.

5.1.5. Nu în ultimul rând, subclauza 4.26 ar putea fi interpretată ca fiind contrară Legii nr. 255/2010 privind exproprierea pentru cauză de utilitate publică, necesară realizării unor obiective de interes național, județean și local.

Clauza potrivit căreia „Antreprenorul are obligația de a efectua toate procedurile necesare care implică autoritățile locale, proprietarii și furnizorii utilităților existente, în vederea îndepărtării temporare și apoi a refacerii rețelelor de utilități”, poate fi interpretată în sensul că, prin contractul de achiziție publică, se transmite într-un mod nelegal Antreprenorului prerogativa realizării unor exproprieri, precum și obligațiile ce decurg din procedura exproprierii, cu încălcarea art. 2 alin. (2) și (3) lit. a), art. 5 și urm. din Legea nr. 255/2010.

5.2. Subclauza 4.2 și 14.9 din Condițiile Speciale ale Contractului, cuprinse în Anexa 2 a OMT nr. 774/2013, cu privire la garanția de bună execuție și, respectiv, la „Sumele Reținute”.

Prin condițiile contractuale incluse în documentația de atribuire (CGC - Anexa 2 la HG nr. 1405/2010 și CSC - OMT nr. 774/2013), completate cu prevederile Anexei la Ofertă publicate, se introduce noțiunea de „Sume Reținute”, separată de cea de „Garanție de Bună Execuție”, care reprezintă sume care se rețin din fiecare Certificat Interimar de Plată până la atingerea unui procent stabilit de autoritatea contractantă (Beneficiar) prin Anexa la Ofertă și care se returnează potrivit prevederilor CSC.

Subclauza 14.9 din CSC prevede că din astfel de sume, autoritatea contractantă poate reține (adică poate să nu returneze) contravaloarea unor penalități și/sau despăgubiri rezultate în urma culpei exclusive a Antreprenorului. Ca urmare, și Sumele Reținute au aceeași semnificație și natură juridică ca și Garanția de Bună Execuție, în concordanță cu prevederile art. 89 alin. (1) al HG nr. 925/2006, singura deosebire fiind

forma prevăzută în contract: Garanția de Bună Execuție are formă de garanție bancară sau de instrument de asigurare, iar Sumele Reținute reprezintă lichidități obținute prin rețineri succesive din plăți asupra cărora autoritatea contractantă este singura care are dreptul să decidă la un moment dat dacă le returnează integral sau nu.

Petenta subliniază că noțiunea de „Sume Reținute” nu se regăsește în niciun act normativ, fiind exclusiv menționată și definită în CGC, aprobate prin HG nr. 1405/2010 și reluată în CSC, aprobate prin OMT 774/2013. Este, însă, de remarcat faptul că art. 90 alin. (3) din HG nr. 925/2006 prevede că forma bancară sau de instrument de asigurare a Garanției de Bună Execuție poate fi înlocuită cu o garanție constituită prin rețineri succesive din plăți, însă numai în temeiul acordului părților, procedura de reținere din plăți fiind, așadar, aceeași cu cea prevăzută de CGC și CS C pentru Sumele Reținute.

Conform celor arătate mai sus, situația se prezintă astfel:

a) Legislația achizițiilor publice existentă conține reglementări numai în privința noțiunii de „Garanție de Bună Execuție”, nu și pentru Sumele Reținute prevăzute în contractul FIDIC, care este inclus în documentația de atribuire. Astfel art 89 alin. (2) și 92 alin. (4) din HG nr. 925/2006 stabilesc în mod imperativ că Garanția de Bună Execuție:

- nu poate depăși 10% din prețul contractului, fără TVA; și

- se returnează Antreprenorului astfel: 70% după recepția la terminarea lucrărilor și 30% după recepția finală.

b) Subclauza 4.2 din CSC aprobate prin OMT nr. 774/2013 precizează că Garanția de Bună Execuție va fi returnată numai după recepția finală, neexistând nicio diminuare a acesteia după recepția la terminarea lucrărilor, ceea ce contravine prevederilor imperative ale art. 92 alin. (4) din HG nr. 925/2006.

c) Subclauza 14.9 din CSC aprobată prin OMT nr. 774/2013 precizează că Sumele Reținute se returnează Antreprenorului numai după recepția finală, neexistând nicio diminuare a acestora după recepția la terminarea lucrărilor (CGC aprobate prin HG nr. 1405/2010 prevăd diminuarea la jumătate). Având în vedere principiul statuat de art. 89 alin. (2) din HG nr. 925/2006 privind nivelul maxim al Garanției de Bună Execuție și ținând cont de faptul că „Sumele Reținute” au natura juridică de Garanție de Bună Execuție, așa cum este confirmat și de textul acestei subclauze citat mai jos, rezultă că și în acest caz se încalcă prevederile imperative ale art. 92 alin. (4) din HG nr. 925/2006.

d) Valorile pentru Garanția de Bună Execuție și pentru Sumele Reținute se stabilesc sub formă de cote procentuale înscrise de autoritatea contractantă în formularul "Anexa la Ofertă". În cazul procedurii în discuție, fiecare din acestea este stabilită la cota procentuală de 10%. Având în vedere faptul că, așa cum s-a arătat mai sus, Sumele Reținute au natura juridică de Garanție de Bună Execuție, fiind reglementate contractual separat de aceasta, suma cotelor procentuale ale celor două tipuri de garanții de bună execuție nu ar trebui să depășească 10% din prețul contractului, fără TVA, conform art. 89 alin. (2) din HG nr. 925/2006. Prin actuala formulare a textului art. 14.9 din CSC se creează,

la nivel principial, premisa unui abuz în raport cu prevederile HG nr. 925/2006, respectiv că procentele concrete înscrise în formularul Anexei la Ofertă inclus în documentația de atribuire să depășească, însumate, procentul maxim de 10% stabilit în mod imperativ prin art. 89 alin. (2) din HG nr. 925/2006, ceea ce reprezintă, de asemenea, o încălcare a legislației de achiziții publice. În cazul procedurii în discuție, suma celor două cote procentuale este, conform Anexei la Ofertă publicate, de 20%, ceea ce încalcă prevederile imperative ale art. 89 alin. (2) din HG nr. 925/2006.

5.3. Subclauza 8.7 din Condițiile Speciale ale Contractului, cuprinsă în Anexa 2 a OMT nr. 774/2013, cu privire la penalități aplicabile antreprenorului pentru întâzieri în executarea lucrărilor.

De la început se precizează faptul că nivelul și condițiile de aplicare a penalităților pentru întâziera lucrărilor de către Antreprenor, inclusiv limitarea sau nu a acestora, reprezintă elemente importante ale procedurii de achiziție publică, pe baza cărora ofertanții își dimensionează financiar ofertele dacă decid să participe, având în vedere riscurile deosebite și total impredictibile menționate în prezenta contestație, care sunt rezultatul direct al tratamentului profund dezechilibrat în mod defavorabil/abuziv și nelegal, deci nejustificat, al Antreprenorului.

Subclauza înlocuiește subclauza 8.7 din CGC, care avea o formulare echilibrată și rațională.

5.3.1. Subclauza 8.7 din CSC nu face nicio diferență în ceea ce privește penalitățile în cazul în care întâziera ar fi produsă din culpa exclusivă a Antreprenorului sau din alte cauze (de ex. cazul de forța majoră, cazul fortuit sau culpa Beneficiarului sau a autorităților), reglementarea fiind cel puțin ambiguă.

În primul rând, se remarcă natura subclauzei 8.7 din CSC, aceea de clauză penală, respectiv de dispoziție contractuală care are menirea să stabilească contravaloarea daunelor suferite de autoritatea contractantă pentru executarea cu întâziera a obligației de realizare a lucrărilor de către Antreprenor.

Un contract de achiziție publică, mai ales în condițiile în care cuprinde clauze aprobate prin acte normative (atât CGC, cât și CSC sunt aprobate prin astfel de acte) are natura unui contract de adeziune, respectiv antreprenorul-contractant este ținut să accepte clauzele contractuale așa cum le propune beneficiarul (autoritate publică, ori persoană care utilizează fonduri publice).

Principiile regimului juridic aplicabil contractelor de adeziune standard prevăzut de Codul Civil trebuie să fie respectate și în caz achiziție publică, nefiind acceptabilă crearea unui dezechilibru vădit în beneficiul autorității contractante.

Interpretând logico-sistematic dispozițiile subclauzei 8.7 din CSC rezultă că Antreprenorul datorează penalități indiferent dacă se află în culpă sau nu în producerea întâzierii. Paragraful ultim al subclauzei face vorbire de efectele suplimentare create de întâziera din culpa Antreprenorului, situație în care reiese că textul subclauzei 8.7, cu

excepția ultimului paragraf, vizează nașterea obligației de plată a penalităților în sarcina Antreprenorului, indiferent dacă întârzierea s-a produs din vina sa sau nu. De altfel, subclauza 8.7 nu face nicio referire la situațiile enumerate în subclauzele 8.4 și 8.5 din CGC în care se prelungește durata de execuție a lucrărilor. Dacă subclauza 8.7 ar fi stabilit că Antreprenorul datorează penalități în situațiile în care nu sunt întrunite condițiile prevăzute de art. 8.4 și 8.5 din CGC, atunci ar fi intrat în coliziune cu normele juridice de forță superioară și cu principiul general al răspunderii întemeiat pe existența unei culpe. În actuala formulare (autoritatea contractantă) poate determina o întârziere a lucrărilor prin propria sa faptă, urmând a activa ulterior subclauza 8.7 și a percepe penalități antreprenorului care nu are nicio culpă în întârzierea executării lucrărilor.

Având în vedere această reglementare deficitară, se încalcă dispozițiile Codului Civil, referitoare la clauzele care exonerează de răspundere (art. 1351 și 1352).

Ca urmare, prin subclauza 8.7. autoritatea contractantă tinde să fie absolvită de răspunderea pentru orice prejudiciu ce ar putea fi cauzat Antreprenorului, întregul risc al contractului și întreaga răspundere fiind transferate acestuia, indiferent care ar fi cauza care ar provoca întârzierea, or acest lucru este interzis prin dispozițiile art. 1355 din Codul Civil.

Subclauza 8.7 din CSC încalcă, în formularea actuală, și dispozițiile art. 1534 Cod Civil care prevăd situațiile în care, deși se poate susține o culpă a debitorului, acesta nu răspunde sau răspunde în mod limitat, datorită faptei proprii a creditorului.

Analiza subclauzei 8.7 din CSC conduce la concluzia că autoritatea contractantă nu răspunde în nicio situație în cazul în care Antreprenorului i s-ar produce un prejudiciu. Acesta trebuie să răspundă atât pentru cazul fortuit și forța majoră, cât și pentru culpa autorității contractante, or acest lucru nu poate fi posibil, încălcându-se astfel un principiu elementar, respectiv echilibrul dintre părțile contractului.

5.3.2. Subclauza 8.7 din CSC încalcă principiul echilibrului financiar între părțile unui contract administrativ.

Subclauza 8.7 din CSC favorizează în mod abuziv autoritatea contractantă, dincolo de limitele ocrotirii interesului public, prin (i) quantumul vădit diferit al daunelor prevăzute în cazul neexecutării obligațiilor, prin (ii) momentele diferite de la care curg penalitățile pentru neexecutare în termen (pentru lucrări și, respectiv, pentru plăți), precum și prin (iii) momentele vădit diferite la care poate interveni rezilierea contractului de către una din părți, așa cum se arată în cele ce urmează la pct. 4, 5 și 6 în legătură cu subclauzele 14.7, 14.8 și 16.2 din CSC, raportate la subclauza 8.7.

5.3.3. Subclauza 8.7 din CSC instituie, nu numai la nivel principial, ci și în cazul concret al procedurii în discuție, un regim abuziv de penalizare excesivă pentru Antreprenor, cu dublări de penalități pentru aceeași culpă în unele situații și cu prevederi cel puțin ambigue.

Aspectele semnalate la acest punct sunt următoarele:

- Penalități foarte mari în raport cu ceea ce poate produce Antreprenorul în cadrul aceluiași contract.
- Absența plafonării penalităților percepute de beneficiar, în timp ce CGC din Anexa 2 la HG nr. 1405/2010 vorbesc de plafonarea acestor penalități.
- Baza de calcul diferențiată: Penalitățile de întârziere a unui sector se calculează în raport cu valoarea sectorului, în timp ce penalitățile de întârziere față de termenul final se calculează în raport cu valoarea lucrărilor neefectuate până la acest termen (rămase de efectuat după acest termen).
- Ambiguitate în privința valorii: O valoare explicită a penalităților (0,5% pe zi de întârziere) este dată numai în legătură cu finalizarea (tuturor) lucrărilor, nu și cu finalizarea sectoarelor, pentru care se poate doar presupune că se aplică aceeași cotă procentuală.
- Tratamente diferențiate aplicate penalităților pentru întârzierea sectoarelor în raport cu cele pentru întârzierea față de termenul final: Diferențierea se constată între penalități plătite și penalități percepute. Cele plătite „se vor deduce din suma penalităților aplicabile la terminarea lucrărilor”, în timp ce penalitățile percepute „nu se mai recuperează și nu fac obiectul compensării, chiar dacă până la termenul de execuție a fost recuperată perioada de timp considerată în întârziere” (deci se plătesc chiar și în situația în care întârzierile au fost recuperate și termenul final a fost respectat).
- Nereglementarea situației în care un sector este întârziat, iar următoarele în ordine cronologică sunt realizate în interiorul duratelor prevăzute pentru fiecare din acestea: întârzierile se stabilesc prin contract în raport cu date de finalizare, nu cu duratele lucrărilor, penalitățile aplicându-se în cazul depășirii datei, nu a perioadei. În aceste condiții, finalizarea unui sector ulterior celui întârziat are loc la o dată ulterioară termenului fixat deși durata lui a fost respectată, ceea ce activează aplicarea de penalități și pentru întârzierea acestui sector, dacă se aplică prevederile subclauzei 8.7 în litera lor. De asemenea, se va constata o întârziere față de data fixată ca termen final, ceea ce va atrage aplicarea de penalități și în legătură cu depășirea termenului final, nu numai cu depășirea termenelor pentru sectoare, aceste penalități cumulându-se, în aceleași condiții de aplicare a prevederilor subclauzei 8.7 în litera lor.

5.3.3.1. Penalități cu valori mult prea mari în raport cu producția medie pe care Antreprenorul o poate realiza în același interval de timp.

Cota procentuală a penalităților de întârziere (0,5% pe zi de întârziere) este precizată în cuprinsul subclauzei 8.7 din CSC, ceea ce anulează flexibilitatea conferită de subclauza 8.7 din CGC care trimite la procentul care se înscrie de către autoritatea contractantă în Anexa la Ofertă. Având în vedere că CSC au fost aprobate prin OMT nr. 774/2013, ele trebuie să fie utilizabile în cadrul oricărui proiect, indiferent de valoarea estimată a acestuia, anulându-se flexibilitatea menționată. În alte proiecte licitate de aceeași autoritate contractantă, de valori mult



mai mici, aceasta cotă procentuală era stabilită prin Anexa la Ofertă la valoarea de 0,1%.

Subclauza 8.7 din Condițiile Generale ale Contractului (Anexa 2 la HG nr. 1405/2010) statuează două aspecte fundamentale ale penalităților de întârziere aplicabile Antreprenorului:

- penalitățile de întârziere se stabilesc numai în raport cu data prevăzută pentru terminarea întregului proiect; și

- aceste penalități sunt singurele daune datorate de Antreprenor în baza contractului, în afara daunelor produse de rezilierea acestuia înainte de terminarea lucrărilor.

5.3.3.2. Subclauza 8.7 din CSC încalcă principiul conform căruia penalitățile percepute de beneficiar sunt limitate la penalitățile de întârziere față de termenul final, precum și cel al plafonării penalităților percepute de beneficiar, înscris în Condițiile Generale ale Contractului (FIDIC) și conținute de clauza 8.7 din Anexa 2 a HG nr. 1405/2010.

Subclauza 8.7 din CGC instituie în mod imperativ principiul limitării penalităților percepute de beneficiar numai la cele de întârziere față de termenul final (întârzierile față de termene intermediare și penalitățile asociate reprezintă prevederi suplimentare, nou introduse prin subclauza 8.7 din CSC). De asemenea, subclauza 8.7 din CGC prevede, la nivel principial, plafonarea tuturor penalităților percepute de beneficiar, făcând trimitere la Anexa la Ofertă, unde autoritatea contractantă ar trebui să introducă o cotă procentuală aferentă.

Subclauza 8.7 din CSC anulează ambele principii menționate. Menținerea în contract a acestor două principii reprezintă unul din elementele hotărâtoare în baza cărora societăți cu experiență, reputație și situație financiară solidă decid participarea la proceduri de achiziție publică. Riscurile ce derivă din înlăturarea celor două principii sunt deosebite și necuantificabile, în condițiile în care valorile proiectelor licitate sunt extrem de ridicate (de nivelul sutelor de milioane de euro), iar duratele de execuție sunt reduse. În aceste circumstanțe în ipoteza unor erori ivite în cadrul documentațiilor tehnice și a listelor de cantități aferente proiectelor, (ce se găsesc în responsabilitatea exclusivă a beneficiarului), din executarea contractelor de achiziție publică pot rezulta efecte negative exorbitante pentru Antreprenor.

Absența unei limite superioare a valorii penalităților de întârziere este contrară principiului proporționalității prevăzut de art. 2 din OUG 34/2006, reprezintă un abuz de drept din partea autorității publice, întrucât impune încheierea unui contract de adeziune care încalcă în mod flagrant principiul echilibrului financiar al contractelor administrative, dar și regula fundamentală din Condițiile Generale ale Contractului FIDIC privind limitarea superioară a penalităților la plata cărora poate fi obligat Antreprenorul.

În condițiile în care contractul de achiziție publică, având natura juridică de contract administrativ, este guvernat de regulile aplicabile contractului de adeziune, singurul principiu major care tinde să țină cont și de interesul cocontractantului autorității publice îl reprezintă principiul echilibrului contractual, ori cel puțin a echilibrului financiar.

Este de subliniat că toate formele de Condiții Generale ale Contractului FIDIC (construcție fără proiectare, proiectare și construcție etc.) prevăd o limitare a despăgubirilor. Și în Anexa 2 a HG nr. 1405/2010 privind aprobarea CGC se prevede că „suma totală datorată, potrivit prevederilor acestei Sub-Clauze, nu va putea depăși suma maximă aferentă penalităților de întârziere (dacă există), prevăzută în Anexa la Ofertă.”

- Subclauza 8.7. este contrară prevederilor Ghidului FIDIC de redactare a Condițiilor Speciale ale Contractului în materie de stabilire a penalității pe zi de întârziere.

Ghidul FIDIC de redactare a Condițiilor Speciale ale Contractului specifică la pagina 177 faptul că:

a) Suma reprezentând penalități pe zi de întârziere trebuie să reprezinte o estimare rezonabilă a prejudiciului Achizitorului, precum și a beneficiului nerealizat de acesta;

b) Aceeași sumă trebuie să ia în considerare și costul zilnic al supervizării lucrărilor în timpul perioadei de întârziere.

Tot astfel, Ghidul FIDIC de redactare a Condițiilor Speciale ale Contractului arată că, „pentru a limita penalitățile de întârziere, procentul utilizat în mod obișnuit în contractele internaționale variază între 5% și 15%.”

Absența stabilirii unei limite superioare a penalităților aplicabile Antreprenorului este de natură să conducă la efecte contrare celor urmărite de legiuitor și interesului public, respectiv la descurajarea participării la procedurile de achiziție publică a operatorilor economici caracterizați prin profesionalism și corectitudine.

5.3.3.3. Subclauza 8.7 din CSC, în formularea actuală, reprezintă expresia abuzului de drept, sancționat de art. 15 Cod civil.

În subclauza 8.7 din CSC se prevăd două tipuri de penalități de întârziere aplicabile Antreprenorului: unele aplicabile în raport cu întârzieri față de termene intermediare și altele aplicabile în legătură cu întârzieri față de termenul final de execuție a tuturor lucrărilor din contract.

Cel de-al doilea paragraf (evidențiat cu caractere îngroșate și subliniate în subclauza 8.7 din CSC) conține o prevedere în mod vădit abuzivă și nelegală: penalitățile care se percep de beneficiar în raport cu întârzierile față de termene intermediare nu pot fi recuperate/compensate de Antreprenor din/cu cele aferente întârzierilor față de termenul final, ceea ce înseamnă că pentru o singură culpă Antreprenorul ar trebui să plătească penalități de două ori (a doua oară incluse în cele aplicabile pentru întârzieri față de termenul final, care sunt o consecință directă a întârzierilor de pe parcurs). Primul din cele două paragrafe evidențiate cu caractere îngroșate și subliniate în subclauza 8.7 din CSC, la începutul punctului 3, introduce o excepție: dacă Antreprenorul a plătit deja penalități de întârziere față de termene intermediare, acestea se deduc din suma penalităților aplicabile pentru întârzieri față de termenul final, însă coroborate, cele două paragrafe astfel evidențiate conțin

reglementări abuzive și nelegale, făcând distincție în tratarea penalităților percepute și a celor plătite deja.

Din punct de vedere logic, pot exista numai următoarele situații de întârzieri din culpa Antreprenorului, în legătură cu fiecare din acestea analizându-se în cele ce urmează efectele aplicării prevederilor subclauzei 8.7, efecte care, acolo unde este cazul, se adaugă celui negativ provocat de nereglementarea prin aceeași subclauză a situației în care un Sector este întârziat, iar următoarele în ordine cronologică sunt realizate în interiorul duratelor prevăzute pentru fiecare (întârzierile se raportează numai la termene, adică la date calendaristice, nu și la durate, astfel încât penalitățile devin aplicabile și în situațiile în care durata de execuție a unui Sector este respectată, dar demararea lucrărilor la acesta a fost întârziată de unul precedent în ordinea tehnologică).

a) Antreprenorul înregistrează întârzieri față de cel puțin un termen intermediar, dar recuperează și termină proiectul la termen. În acest caz, deși a făcut eforturi, inclusiv financiare pentru recuperarea întârzierilor, Antreprenorul ar trebui să plătească penalitățile de întârziere față de termenul/termenele intermediar/e, ceea ce este nejustificat, injust și abuziv. Contractul se încheie pentru realizarea întregului obiectiv la termen, prin semnarea lui, Antreprenorul angajându-se să respecte termenul, în timp ce beneficiarul se angajează să plătească prețul convenit la semnare. În situația de mai sus, penalitățile reduc în mod nejustificat prețul inițial al contractului, știut fiind faptul că mai ales în cadrul proiectelor de mare valoare și complexitate calendarul de implementare suferă în mod frecvent modificări pe parcurs fără ca acest lucru să fie neapărat provocat de culpa exclusivă a Antreprenorului.

b) Antreprenorul înregistrează întârzieri față de cel puțin un termen intermediar, precum și întârzieri față de termenul final. În orice contract este prevăzut dreptul fiecărei părți de a contesta interpretările celeilalte părți și deciziile acesteia din urmă în baza acestor interpretări.

b1) Dacă Antreprenorul contestă decizia de aplicare de penalități pentru întârzieri față de un termen intermediar, iar până la terminarea tuturor lucrărilor diferendul nu se rezolvă și Antreprenorul nu plătește acele penalități, ele rămân în stadiul de a fi fost doar percepute, ceea ce înseamnă că devin aplicabile prevederile celui de-al doilea paragraf marcat cu caractere îngroșate și subliniat din subclauza 8.7, la începutul punctului 3. Deci după terminarea tuturor lucrărilor Antreprenorul ar trebui să plătească de două ori aceeași penalitate pentru aceeași culpă (penalizare excesivă), așa cum s-a arătat mai sus, ceea ce este injust și abuziv.

b2) Dacă Antreprenorul contestă decizia de aplicare de penalități pentru întârzieri față de un termen intermediar, dar, pentru a nu i se aplica prevederile celui de-al doilea paragraf marcat cu caractere îngroșate și subliniat, decide să plătească înainte de termenul final și înainte de a se fi rezolvat diferendul, atunci penalitățile deja plătite i s-ar deduce din cele aplicabile pentru întârzieri față de termenul final, însă

contractul nu prevede recuperarea penalităților plătite în situația în care diferendul se rezolvă în favoarea Antreprenorului. Și în acest caz Antreprenorul ar trebui să plătească de două ori aceeași penalitate pentru aceeași culpă (penalizare excesivă) care, în plus, nu a fost dovedită până în momentul plății, ceea ce este, de asemenea, injust și abuziv. Recuperarea poate totuși, avea loc prin justiție, însă acest lucru plasează Antreprenorul într-o poziție vădit defavorabilă în raport cu autoritatea contractantă: în timp ce aceasta din urmă poate reține, conform contractului, oricând și imediat, sume drept penalități din ceea ce contractul FIDIC numește „Sume Reținute”, chiar dacă ele sunt contestate de Antreprenor, acestuia nu i se conferă prin contract dreptul de recuperare, tot imediată, a acestor sume, ci numai recurgând la procedurile anevoioase și îndelungate din justiție. Și din această perspectivă subclauza 8.7 din CSC este injustă și abuzivă, favorizând cu ușurință abuzuri ale autorității contractante.

c) Antreprenorul înregistrează întârzieri numai față de termenul final. În această situație, aplicarea penalităților de întârziere este clară, rămânând nelegală sub aspectul cuantumului excesiv.

5.4. Sub-paragraful (b) al subclauzei 14.7 cu privire la termenul de efectuare a plăților de către beneficiar și Subclauza 14.8 cu privire la penalități pentru întârzierea efectuării plăților de către beneficiar (aspectele criticate fiind valoarea penalităților și termenul de la care acestea încep să curgă) din Condițiile Speciale ale Contractului, conținute în Anexa 2 a OMT nr. 774/2013, creează un dezechilibru contractual și încalcă prevederile art. 6 din Legea nr. 72/2013 privind măsurile pentru combaterea întârzierii în executarea obligațiilor de plată a unor sume de bani rezultând din contracte încheiate între profesioniști și între aceștia și autorități contractante (este de reținut faptul că încălcarea prevederilor art. 6 din Legea nr. 72/2013 nu mai apare în proiectul de ordonanță de urgență publicat pe site-ul MFE).

Chestiunile care fac obiectul acestor subclauze trebuie privite în mod coroborat atât între ele, cât și cu prevederile subclauzei 8.7 din CSC. În continuare, petenta prezintă elementele de nelegalitate ale acestor subclauze.

5.4.1. Dezechilibru contractual introdus de subclauza 8.7 din CSC față de situația în care beneficiarul este în culpă (se face referire și la subclauzele 14.7 și 14.8 din CSC):

a) Penalitățile datorate de beneficiar pentru plata cu întârziere sunt mai mici decât cele prevăzute în Legea nr. 72/2013, anterioară emiterii OMT nr. 774/2013.

Subclauza 8.7 din CSC stabilește o cotă procentuală de penalități de 0,5% pe zi de întârziere, cu aplicare diferențiată în privința bazei de calcul, așa cum se arată mai jos. Subclauza 14.8. din CSC stabilește ca penalitate de întârziere la plată un nivel egal cu rata de scont a BNR plus 1,5 puncte procentuale, aplicabil la valoarea plății întârziate.

Pe de altă parte, Legea nr. 72/2013 privind măsurile pentru combaterea întârzierii în executarea obligațiilor de plată a unor sume de bani rezultând din contracte încheiate între profesioniști și între aceștia și

autorități contractante prevede la art. 20 că „în raporturile dintre profesioniști și între aceștia și autoritățile contractante, dobânda legală penalizatoare se stabilește la nivelul ratei dobânzii de referință plus 8 puncte procentuale”.

În mod evident, OMT nr. 774/2013, emis ulterior legii menționate, intră în coliziune cu prevederile acelei legi în privința nivelului penalităților pentru întârziere la plată. O punere în concordanță a subclauzei 14.8 din CSC cu prevederile art. 20 din Legea nr. 72/2013 nu numai că ar fi obligatorie deoarece o lege are forță juridică superioară, ci ar crea un echilibru între penalitățile pe care una din părți i le-ar datora celeilalte în legătură cu neîndeplinirea corespunzătoare a principalei sale obligații contractuale.

b) Spre deosebire de CGC, termenul de la care încep să curgă penalitățile datorate de beneficiar pentru plata cu întârziere nu mai este stipulat în subclauza 14.8 din CSC, astfel încât Antreprenorul să-l cunoască în raport cu data la care el și-a încheiat toate formalitățile care îi revin în vederea plății (se permit întârzieri cu o durată neprecizată la nivelul Inginerului-consultant și al beneficiarului fără ca Antreprenorul să aibă dreptul de a aplica penalități pentru acestea).

Subclauza 14.7 din CGC este foarte clară în stabilirea termenului de plată în raport cu procedurile contractuale în vederea plății și pentru depășirea căruia se aplică penalități în baza subclauzei 14.8 din CGC: pornind de la o dată de referință unică (cea a transmiterii de către Antreprenor a Situațiilor Interimare de Lucrări), se stabilesc două termene: unul pentru emiterea de către Inginerul-consultant FIDIC a Certificatului Interimar de Plată și un altul, ulterior, pentru plata propriu-zisă. Este evident că perioada dintre cele două termene este alocată procesării facturilor, care se pot emite imediat ce Inginerul a emis Certificatul Interimar de Plată. Este de asemenea evident că, în raport cu aceste aspecte, Antreprenorul poate să cunoască în mod neechivoc termenul de plată, formalitățile care trebuie efectuate între data de referință (cea a transmiterii de către Antreprenor a Situațiilor Interimare de Lucrări) și data plății fiind în afara controlului Antreprenorului (formalitățile se efectuează numai la nivelul Inginerului-consultant și al beneficiarului).

Subclauza 14.7 din CSC prevede la lit. b) că suma certificată în Certificatul Interimar de Plată se plătește în termen de 45 de zile de la emiterea acestui certificat. După cum se observă, data de referință existentă în subclauza 14.7 din CGC a fost modificată, nemaifiind cea de depunere de către Antreprenor a Situațiilor Interimare de Lucrări, ci cea de emitere a Certificatului Interimar de Plată de către Inginer.

Pe de altă parte, subclauza 14.8 din CSC prevede că „Dacă Antreprenorul nu va primi plata în conformitate cu prevederile Sub-Clauzei 14.7 [Plățile], Antreprenorul va avea dreptul să primească costuri de finanțare aferente perioadei de întârziere calculate lunar pentru suma neplătită. Această perioadă se va considera că începe la data stabilită pentru plată, specificată în Sub-Clauza 14.7 [Plățile], fără a se lua în

considerare (în cazul sub-paragrafului b) data la care se emit Certificatele Interimare de Plată”.

Chiar dacă prin subclauza 14.6 din CSC se stabilește că Inginerul trebuie să emită Certificatele Interimare de Plată în 28 de zile de la primirea Situațiilor Interimare de Lucrări, formularea din subclauza 14.8 din CSC indică faptul că, pentru perioada de întârziere în emiterea Certificatelor Interimare de Plată, Antreprenorul nu are dreptul la penalități pentru întârzieri la plată, deși acele întârzieri țin exclusiv de procesări de documente în cadrul altor entități decât Antreprenorul. Altfel spus, Inginerul (consultantul care realizează supervizarea lucrărilor) și Beneficiarul pot întârzia oricât de mult emiterea Certificatelor Interimare de Plată (întrucât un Certificat Interimar de Plată se emite cu semnăturile ambelor entități) fără ca Antreprenorul să poată recurge la dreptul de penalizare pe care subclauza 14.7 din CGC i l-ar fi conferit dacă nu ar fi fost astfel amendată prin CSC. Acesta este un tratament vădit disproportionat și abuziv față de Antreprenor, fiind sancționat de art. 15 al Codului Civil.

Din analiza comparativă a subclauzei 2.5, respectiv 14.7 din CSC, care prevăd termenele în care părțile contractului trebuie să plătească sumele pe care le datorează, este evident faptul că termenele care se aplică executării obligației de plată a Beneficiarului sunt mai lungi decât cele care se aplică în cazul în care Antreprenorul este cel în sarcina căruia există o obligație de plată.

Această situație, coroborată cu anularea dreptului Antreprenorului (stipulat în CGC) de a percepe penalități în ipoteza în care Inginerul și Beneficiarul întârzie emiterea Certificatelor de Plată peste cele 28 de zile, creează un dezechilibru contractual vădit în detrimentul Antreprenorului. Nu există niciun temei care să confere autorității contractante beneficiul unor termene mai favorabile, fiind afectat astfel echilibrul financiar care ar trebui să guverneze contractul încheiat între Beneficiar și Antreprenor.

5.4.2. Încălcarea art. 6 din Legea nr. 72/2013 privind măsurile pentru combaterea întârzierii în executarea obligațiilor de plată a unor sume de bani rezultând din contracte încheiate între profesioniști și între aceștia și autorități contractante (așa cum s-a menționat mai sus, această încălcare nu mai apare în proiectul de ordonanță de urgență publicat pe site-ul MFE).

Având în vedere prevederile art. 6 și 7 din Legea nr. 72/2013 și prevederile subclauzei 4.17 din CSC rezultă, fără echivoc, că dispozițiile referitoare la termenele de plată conținute în CSC încalcă prevederile referitoare la termenele de plată din Legea nr. 72/2013.

Termenul de 30 de zile calendaristice stipulat în art. 6 din Legea nr. 72/2013 poate fi extins la 60 de zile numai dacă acesta este stabilit expres în contract și în documentația achiziției și este obiectiv justificat, ținând cont de natura sau caracteristicile specifice ale contractului, sub rezerva ca această clauză să nu fie abuzivă. În acest caz, termenul este extins fără a fi obiectiv justificat, autorității contractante atribuindu-se un beneficiu inechitabil.

5.5. Sub-paragraful c) al subclauzei 16.2 din Condițiile Speciale ale

Contractului, cuprins în Anexa 2 a OMT nr. 774/2013, cu privire la dreptul Antreprenorului de a rezilia contractul în situația întârzierii plăților de către beneficiar.

Un alt caz de tratament disproporționat și abuziv în raport cu art. 15 din Codul Civil privește subclauza 16.2 lit. c) din CSC, în care se prevede că una din situațiile care dau Antreprenorului dreptul de a rezilia contractul este întârzierea plăților cu 420 de zile, față de cele 42 de zile conținute în subclauza cu același număr din Condițiile Generale.

În același timp, Beneficiarul poate rezilia contractul după o notificare prealabilă transmisă cu 14 zile anterior datei încetării efectelor contractului, conform subclauzei 15.2 din CSC.

În aceste circumstanțe, contestatoarea apreciază că anularea subclauzei 16.2 lit. c) din CSC, aprobate prin OMT nr. 774/2013, cu consecința reactivării dispozițiilor corespunzătoare din CGC, ar reprezenta o soluție obligatorie pentru restabilirea, în parte, a principiului echilibrului contractual.

5.6. Sub-paragraful g) al subclauzei 15.2. din Condițiile Speciale ale Contractului cuprins în Anexa 2 a OMT nr. 774/2013, cu privire la dreptul Beneficiarului de a rezilia contractul în cazul retragerii sau suspendării finanțării contractului de către instituția finanțatoare.

Interpretând această clauză, rezultă faptul că Beneficiarul poate solicita rezilierea contractului și în situația în care, din motive imputabile acestuia, i se retrage sau i se suspendă finanțarea contractului de către instituția finanțatoare. Astfel, există situația încălcării principiului de drept potrivit căruia „nimeni nu își poate invoca propria culpă”, Beneficiarul putând acționa cu rea-credință atunci când nu mai dorește continuarea contractului.

De altfel, formularea acestui paragraf g) intră în contradicție logică și gramaticală cu prima teză a subclauzei 15.2, întrucât formularea completă a acestui caz de denunțare unilaterală este: *„Beneficiarul va fi îndreptățit să rezilieze contractul potrivit pactului comisoriu de grad IV dacă Antreprenorul:*

*(...) g) retragerea sau suspendarea finanțării contractului de către instituția finanțatoare”.*

În aceste condiții, rezultă indubitabil că acest caz de încetare a contractului la inițiativa Beneficiarului nu este generat de o anumită culpă a Antreprenorului, ci de o acțiune a instituției finanțatoare, terț față de raportul juridic dintre Antreprenor și Beneficiar. Or, pierderea sau suspendarea finanțării nu poate să se producă decât, eventual, din culpa Beneficiarului sau, oricum, fără a exista o culpă a Antreprenorului, Beneficiarul fiind cel care se află în raport juridic cu instituția finanțatoare, Antreprenorul neavând niciun raport juridic cu aceasta legat de finanțarea proiectelor de achiziție publică.

Prevederile subclauzei 15.2 lit. g) din CSC contravin unor dispoziții legale, după cum urmează:

- Adușă la lege, întrucât completează prevederile art. 1872 Cod Civil, referitoare la rezoluțiunea sau rezilierea contractului imputabilă Antreprenorului;

- Încalcă art. 1516 alin. (2) pct. 2 Cod Civil, întrucât adaugă o nouă situație în care o parte contractantă poate obține rezoluțiunea unui contract, aceea în care cealaltă parte nu are nicio culpă contractuală.

5.7. Subclauza 4.4 din Condițiile Speciale ale Contractului, cuprinsă în Anexa 2 a OMT nr. 774/2013, cu privire la subantreprenori:

Dispozițiile art. 11 alin. (7) din HG nr. 925/2006 stabilesc fără echivoc faptul că „autoritatea contractantă nu are dreptul de a impune îndeplinirea unor criterii de calificare pentru eventualii subcontractanți”, în timp ce art. 96 alin. (1) din același act normativ stipulează că, „în cazul în care părți din contractul de achiziție publică urmează să se îndeplinească de unul sau mai mulți subcontractanți, autoritatea contractantă are obligația de a solicita, la încheierea contractului de achiziție publică respectiv, prezentarea contractelor încheiate între viitorul contractant și subcontractanții nominalizați în ofertă.”

Din analiza textelor legale ce vizează regimul juridic aplicabil subcontractării lucrărilor ce fac obiectul procedurilor de achiziție publică nu rezultă existența niciunui prag cantitativ, ori valoric impus de legiuitor în materia subantreprizei.

În cadrul subclauzei cu același număr (4.4) din CGC, în legătură cu subcontractarea sunt stabilite următoarele principii obligatorii, rezonabile și suficiente, care se conformează regimului juridic aplicabil subcontractării lucrărilor ce fac obiectul procedurilor de achiziție publică:

- Antreprenorul nu are dreptul de a subcontracta în totalitate lucrările; și

- Antreprenorul răspunde în fața beneficiarului de orice acțiuni ale subantreprenorului, acesta din urma fiind responsabil în fața Antreprenorului.

Subclauza 4.4 din CSC modifică prevederile subclauzei corespondente din Condițiile Generale prin faptul că limitează subcontractarea la jumătate din valoarea contractului (prag care, în absența unor justificări, pare a fi fost ales arbitrar) și, mai mult, permite beneficiarului să ia decizii de respingere a unor subantreprenori propuși pe parcursul execuției lucrărilor, fără a motiva astfel de decizii (care pot fi, deci, arbitrare), în condițiile în care principiul răspunderii Antreprenorului pentru acțiunile subantreprenorului este menținut și în cadrul CSC. O astfel de restricție introdusă prin CSC adaugă la legislația primară (OUG nr. 34/2006) și secundară în domeniul achizițiilor publice, introducând o limitare nelegală a drepturilor și intereselor legitime ale participanților la procedurile de achiziție publică.

Alegerea subantreprenorilor se face prin excelență în baza capacității lor profesionale de a executa lucrările care li se atribuie, care se demonstrează prin documente doveditoare în acest sens, iar prezentarea unor astfel de documente presupune în mod evident o argumentare în caz de respingere.

Revenirea la forma subclauzei 4.4 din CGC ar fi soluția care ar remedia neajunsurile arătate, în subclauza 4.4 din CSC rămânând numai prevederi conform cărora beneficiarul poate interveni în aprobarea subantreprenorilor, iar deciziile sale de respingere trebuie să fie motivate



În raport cu capacitatea profesională a subantreprenorilor de a executa acele lucrări și cu îndeplinirea unor condiții legale la subcontractare. În acest mod i se lasă Antreprenorului întreaga responsabilitate în privința execuției tuturor lucrărilor, inclusiv prin alegerea de subantreprenori corespunzători, fără însă a avea dreptul de subcontractare integrală.

În încheiere, petenta menționează faptul că a solicitat în fața instanțelor judecătorești anularea OMT nr. 774/2013, în prezent existând pe rolul Curții de Apel ... dosarul nr. 3253/2/2014 din data de 14.05.2014 (anterior anunțului SEAP de față).

Autoritatea contractantă a transmis punctul de vedere cu privire la contestația ... solicitând respingerea acesteia, ca nefondată.

Pe cale de excepție, autoritatea contractantă invocă tardivitatea introducerii contestației, menționând că, potrivit art. 271. alin. (1) din OUG nr. 34/2006, contestatoarea avea obligația de a înainta și către autoritatea contractantă, contestația depusă la Consiliu, nu mai târziu de expirarea termenelor prevăzute la art. 256<sup>2</sup>, respectiv 10 zile de la publicarea documentației de atribuire.

Întrucât publicarea documentației de atribuire în cadrul anunțului de participare nr. ... a avut loc în data 13.06.2014, petenta avea obligația înaintării contestației către Consiliu și autoritatea contractantă, nu mai târziu de data de ... Contestația ... a fost primită și înregistrată la autoritatea contractantă în data de ... respectiv la 4 zile după expirarea termenului de depunere a contestațiilor.

1. Referitor la prevederile din cap. III.2.3.a) Capacitatea tehnică și/sau profesională: „Experiența similară solicitată poate fi îndeplinită de către un susținător pentru fiecare specialitate în parte”, autoritatea susține că precizarea este introdusă în conformitate cu prevederile legislative în vigoare.

Toate prevederile legislative invocate de petentă, respectiv art. 190 din OUG nr. 34/2006, art. 11<sup>1</sup> din HG nr. 925/2006, Anexa 2 a Ordinului ANRMAP nr. 509/2011, fac referire la acordarea angajamentului de susținere cu experiență similară, fără a detalia aplicabilitatea acestora în zecile de situații posibile în cadrul unei proceduri de achiziție publică.

Aceste prevederi legislative doar reglementează anumite aspecte privind achizițiile publice, neavând și neputând să aibă ca scop acoperirea tuturor situațiilor posibile ce pot apărea din aplicarea acestor prevederi.

În sensul celor prezentate anterior, ceea ce nu a invocat contestatorul sunt reglementările ANRMAP, autoritatea națională investită să reglementeze activitatea în achiziții publice din România, prin emiterea de Ordine, Instrucțiuni și Notificări, care au ca rol reglementarea modului de aplicare a prevederilor legislative în domeniu.

Astfel, prin Notificarea privind actualizarea modalității de completare a fișei de date - mai 2014, publicată pe site-ul [www.anrmap.ro](http://www.anrmap.ro), se reglementează modul de completare a Fișelor de date la cap.III.2.3.a) Capacitatea tehnică și/sau profesională, după cum urmează:

*„Dacă obiectul contractului presupune mai multe lucrări servicii/produse (diferite ca natură), autoritatea contractantă nu va limita posibilitatea dovedirii experienței similare prin solicitarea prezentării unui singur contract care să fi cuprins toate activitățile proiectului/contractului ce urmează a fi derulat, (ex. proiectare și execuție sau mai multe tipuri de lucrări/servicii) și se solicită o anumită valoare ca experiență similară, valoarea impusă se va raporta la valoarea fiecărui tip de activitate (ex. daca proiectare + execuție = 200.000 lei (din care proiectare 50.000 și execuție 150.000) valorile maxime ce pot fi impuse pentru contracte pot fi de 50.000 la proiectare, respectiv 150.000 la execuție”.*

Consideră ca fiind evident că în situația în care, prin reglementarea introdusă, unui ofertant nu i se poate solicita să prezinte în vederea dovedirii experienței similare decât mai multe contracte, raportate la fiecare din tipurile lucrărilor/serviciilor, susținerea acordată de către terți trebuie să se raporteze în același mod, funcție de fiecare din tipurile lucrărilor/serviciilor.

Având în vedere aceste reglementări, prin care un ofertant își poate demonstra experiența similară prin contracte având obiecte distincte, autoritatea consideră că solicitarea ca terțul susținător să dețină experiența necesară cumulată în toate aceste domenii, devine restrictivă, mai ales în contextul în care o procedură complexă, precum cea prezentă, impune deținerea de experiență similară în 8 domenii de activitate, marea majoritate complet diferite de celelalte.

Este evident restrictivă impunerea de către o autoritate contractantă, ofertantului sau terțului susținător, de prezentare a unei experiențe proprii în toate cele 8 domenii distincte. În susținerea acestei interpretări, autoritatea contractantă invocă Decizia CNSC nr. 796/2014, emisă asupra unei proceduri similare.

2. Referitor la contestarea prevederii din cap. III.2.3.a) Capacitatea tehnică și/sau profesională privind experiența similară managerului de proiect, autoritatea contractantă reiterează considerentele menționate la punctul anterior, privind obligativitatea respectării atât a legilor naționale incidente achizițiilor publice, cât și a reglementărilor emise în aplicarea acestor legi prin diverse acte normative.

Astfel, se poate constata deplina concordanță a cerinței solicitate cu reglementările în vigoare, în speță Instrucțiunea nr. 1 ANRMAP, emisă în aplicarea prevederilor art. 188 alin. (2) lit. d) și art. 188 alin. (3) lit. c) din O.U.G. nr. 34/2006, cu completările și modificările ulterioare, cap. V Dispoziții în legătură cu cerințele/criteriile de calificare și selecție referitoare la perfecționarea profesională/formare profesională a personalului de conducere, precum și a persoanelor responsabile pentru îndeplinirea contractului de servicii/lucrări.

La verificarea documentațiilor de atribuire în SEAP, ANRMAP urmărește respectarea acestei reglementări, nevalidând documentațiile care o încalcă.

Pe cale de consecință, nu există niciun temei pentru a solicita modificarea unei cerințe, în sensul formulării acesteia cu încălcarea unei prevederi legale incidente.

3. Referitor la contestarea prevederii din cap. III.2.3.a) Capacitatea tehnică și/sau profesională, punctul 1.8 Lucrări de construcții clădiri, se precizează că, în urma analizei efectuate asupra contestației depuse de LEONHARD WEISS, autoritatea contractantă a dispus luarea următoarelor măsuri de remediere asupra cerinței menționate:

- Modificarea cap. III.2.3.a) Capacitatea tehnică și/sau profesională, cerința 1. Experiența similară, punctul 1.8. Lucrări de construcții clădiri, din fișa de date a achiziției, după cum urmează:

În loc de:

*„- pentru lotul 1 construirea a cel puțin unei clădiri cu o suprafață de minimum 393 mp;*

*- pentru lotul 1 construirea a cel puțin unei clădiri cu o suprafața de minimum 920 mp”*

Se va citi:

*„- pentru lotul 1 construirea a cel puțin unei clădiri cu o suprafață desfășurată de minimum 393 mp;*

*- pentru lotul 2 construirea a cel puțin unei clădiri cu o suprafață desfășurată de minimum 920 mp”.*

Modificarea s-a efectuat în mod corespunzător prin publicarea clarificării nr. 18/4/1535/30.06.2014 și a eratei nr. 57014/01.07.2014, la anunțul de participare SEAP nr. .../13.06.2014.

Astfel, autoritatea contractantă consideră că prin măsura de remediere adoptată, solicitarea contestatoarei rămâne fără obiect.

4. În ceea ce privește criticarea clauzelor contractuale, stabilite conform Anexei nr. 2 la Ordinul Ministrului Transporturilor nr. 774/2013, autoritatea contractantă își menține punctul de vedere exprimat cu privire la contestațiile introduse de ... și ... SA.

În legătură cu această solicitare, reiterează considerentul potrivit căruia autoritățile contractante nu sunt investite legal să emită interpretări ale unor prevederi legale obligatorii, indiferent de rangul sau emitentul acestora, și cu atât mai mult, să efectueze modificări ale acestor prevederi.

Urmare solicitării Consiliului nr. 12787/... privind excepția tardivității depunerii contestației la autoritatea contractantă, potrivit prevederilor art. 271 alin. (1) și (3) din OUG nr. 34/2006, contestatoarea a transmis adresa nr. 1023/07.07.2014, înregistrată la Consiliu cu nr. ... prin care solicită respingerea excepției, atașând în acest sens dovada comunicării unei copii a contestației către autoritatea contractantă, în data de ...

Având în vedere măsura de remediere dispusă de autoritatea contractantă cu privire la cap. III.2.3.a) Capacitatea tehnică și/sau profesională, cerința 1. Experiența similară, punctul 1.8. „Lucrări de construcții clădiri”, contestatoarea a transmis adresa nr. 1022/... înregistrată la Consiliu cu nr. 21983/... prin care renunță la capătul de cerere nr. 2 din contestație.

Prin adresa nr. 1029/11.07.2014, înregistrată la Consiliu cu nr. ... petenta ... a răspuns punctual susținerilor autorității contractante din punctul de vedere, astfel:

1. Susținerile autorității contractante sunt apreciate ca fiind afirmații generale, neputând fi reținute ca argumente.

Referitor la Notificarea privind actualizarea modalității de completare a fișei de date, publicată pe site-ul ANRMAP, se arată că, o instrucțiune de completare a unei secțiuni din fișa de date nu poate fi considerată ca făcând parte dintr-un act normativ, reprezintă doar o indicație în privința modului în care orice autoritate contractantă trebuie să completeze fișa de date, astfel încât să fie respectate prevederile legale în vigoare, fără a le depăși cadrul.

În paragraful imediat următor, autoritatea contractantă extrapolează cele menționate în acest citat, afirmând că, dacă „unui ofertant nu i se poate solicita să prezinte în vederea dovedirii experienței similare decât mai multe contracte având obiecte distincte, raportate la fiecare din tipurile lucrărilor/serviciilor, susținerea acordată de către terți trebuie să se raporteze în același mod - funcție de fiecare din tipurile lucrărilor/serviciilor”.

Această concluzie nu poate fi reținută ca având temei legal deoarece:

- are la bază un text care nu reprezintă o normă legală, ci doar o instrucțiune privind modalitatea de conformare cu norma legală în redactarea fișei de date, și

- reprezintă o interpretare pe care normele legale nu o fac, singurele competente să facă astfel de interpretări fiind, potrivit Constituției, Înalta Curte de Casație și Justiție și celelalte instanțe judecătorești prevăzute de lege, respectiv curți de apel, tribunale și judecătorii.

În continuarea extrapolării menționate mai sus, autoritatea contractantă apreciază că „solicitarea ca terțul susținător să dețină experiența necesară cumulată în toate aceste domenii devine restrictivă”.

Această afirmație nu se poate, în opinia petentei, reține ca fiind argument valabil, deoarece legislația în materia achizițiilor publice nu se referă la condiții restrictive pentru terții susținători, ci doar pentru candidați/ofertanți; terții susținători sunt definiți, în legislație, ca persoane (juridice) distincte de candidați/ofertanți. În legislație nu se vorbește și nici nu se poate vorbi de cerințe restrictive sau nerestrictive în privința experienței similare a terților susținători.

În finalul susținerii sale de la pct. 1 din punctul de vedere, autoritatea contractantă aduce ca alt argument Decizia Consiliului nr. 796/2014, pronunțată în legătură cu o procedură similară anterioară, a aceleiași autorități contractante (licitație restrânsă), anulată, între timp, de aceasta și reluată, la acest moment, sub forma licitației deschise.

Prin această decizie, Consiliul a stabilit că norma legală trebuie interpretată în sensul că dovedirea experienței similare prin susținere se poate face pe fiecare specialitate în parte. Față de cele arătate mai sus,

se apreciază că, practic, acesta a fost singurul motiv pentru care autoritatea contractantă a introdus această prevedere în fișa de date aferentă procedurii actuale. Însă, Decizia nr. 796/2014 a fost emisă de Consiliu în legătură cu altă procedură decât cea de față, iar printre contestatorii de atunci nu s-a regasit și LEONHARD WEISS, astfel încât preluarea argumentelor acelei decizii în fișa de date a procedurii de față nu poate fi susținută cu argumentul „autoritatea de lucru judecat”, deoarece nu se păstrează tripla identitate de părți - obiect - cauză. Procedura în legătură cu care a fost pronunțată Decizia nr. 796/2014 a fost anulată, la scurt timp de la pronunțare, de către autoritatea contractantă, astfel încât nu mai era posibilă formularea unei căi de atac, împotriva deciziei respective, la Curtea de Apel.

În motivarea Deciziei nr. 796/2014, Consiliul a plecat de la aprecierea potrivit căreia Ordinul nr. 509/2011 al ANRMAP ar trebui să fie interpretat ca reglementând numai contractele cu o singură specialitate inclusă. Însă, legislația primară și secundară a achizițiilor publice (OUG nr. 34/2006 și HG nr. 925/2006) nu fac distincție între contractele cu o singură specialitate inclusă și cele cu două sau mai multe specialități, asigurând, astfel, un cadru general și unic de aplicabilitate în astfel de situații.

Nici Ordinul nr. 509/2011 al ANRMAP, dat în aplicarea normelor legale menționate, nu face o astfel de distincție. În cuprinsul acestuia nu se specifică faptul că s-ar aplica doar în acel tip particular de situații. Ca urmare, se apreciază că Ordinul nr. 509/2011 al ANRMAP nu are aplicare limitată doar la contracte cu o singură specialitate, ci conține o serie de reglementări date în aplicarea legislației cu putere juridică superioară în același domeniu, cu acoperirea tuturor situațiilor pe care le acoperă și legislația menționată.

Dacă, în ciuda absenței unei mențiuni exprese în acest sens în Ordinul nr. 509/2011 al ANRMAP, ar fi valabilă interpretarea conform căreia Ordinul s-ar aplica doar în cazul contractelor cu o singură specialitate, ar putea rezulta că și legislația primară și secundară ar avea aceeași aplicabilitate limitată, lăsând, deci, nereglementate, prin lege, procedurile de achiziții ce au ca obiect contracte care conțin două sau mai multe specialități. Or, argumentul nereglementării, prin norme legale, a procedurilor de achiziții care vizează contracte cu două sau mai multe specialități nu poate fi susținut.

În vederea îndeplinirii cerințelor privind experiența similară, nepermiterea prezentării de terți susținători pe fiecare specialitate, ci numai a unui singur terț susținător pentru întregul contract, indiferent de numărul de specialități incluse, așa cum prevede legislația existentă (OUG nr.34/2006, HG nr. 925/2006 și Ordinul nr. 509/2011 al ANRMAP), și așa cum interpretase inițial și autoritatea contractantă în cadrul procedurii anterioare, în legătură cu care Consiliul a emis Decizia 796/2014, nu reprezintă o restricționare a competiției, ci doar introduce limitări în modul de alcătuire a unui grup de operatori economici în vederea depunerii unei oferte comune, această limitare la nivel de organizare nefiind de natură a restricționa competiția, care se raportează

la contractul în sine și nu la modul de alcătuire a grupurilor. Operatorii economici vor avea la dispoziție intrarea într-o asociere pentru a-și putea cumula experiența similară individuală, ceea ce va fi în interesul evident al autorității contractante și, în general, în interes public, deoarece antreprenorul (asocierea), și nu terții susținători, va fi cel (cea) care va dispune de experiența similară stabilită prin fișa de date la un nivel care respectă principiul proporționalității cu contractul în cauză, pe fiecare specialitate, așa cum prevede art. 2 alin. (2) din OUG 34/2006.

Pentru toate considerentele prezentate mai sus, petenta își menține solicitarea de a obliga autoritatea contractantă să remedieze fișa de date în sensul precizării faptului că experiența similară solicitată poate fi îndeplinită de către un singur terț susținător pentru toate specialitățile cuprinse în contract, aceasta fiind singura situație care respectă prevederile legale în vigoare.

2. În ceea ce privește punctul 2 învedereat de autoritatea contractantă în punctul de vedere, petenta constată că aceasta susține, practic, că nu modifică cerința privind experiența similară a managerului de proiect publicată în fișa de date, deoarece cerința a făcut obiectul verificării și validării ANRMAP anterior publicării, conform atribuțiilor legale. De asemenea, autoritatea contractantă afirmă că „nu există niciun temei pentru a solicita modificarea unei cerințe, în sensul formulării acesteia cu încălcarea unor prevederi legale incidente”.

În legătura cu aceste susțineri formulează următoarele comentarii/critici:

Nu cunoaște dacă, înainte de a valida textul publicat al cerinței, ANRMAP a respins formulări anterioare și, în caz afirmativ, dacă printre formulările respinse de ANRMAP, considerându-le ca nelegale, s-a aflat și o formulare care ar fi lăsat fără obiect criticile aduse în contestație, prin raportare la prevederi legale incidente, în legătură cu cerința publicată. Deci, nu se cunoaște dacă ANRMAP ar valida sau nu o nouă formulare a cerinței care să ia în considerare criticile din contestație.

Pe de altă parte, autoritatea contractantă afirmă că o altă formulare decât cea existentă, care să țină cont de criticile aduse în contestație în legatură cu această cerință, ar încălca prevederi legale incidente, neaducând niciun argument în sprijinul acestei afirmații. Or, în contestație a demonstrat că tocmai formularea publicată în fișa de date încalcă în mod vădit prevederile art. 179 alin. (1) și (2) din OUG nr. 34/2006, iar astfel de încălcări trebuie în mod obligatoriu eliminate, potrivit legii.

Pe cale de consecință, contestatoarea solicită Consiliului să se constate că acea cerință, publicată în fișa de date (anunț de participare nr. .../13.06.2014) încălcă prevederilor art. 179 alin. (1) și (2) din OUG nr. 34/2006 și de a obliga autoritatea contractantă la remedierea cerinței de experiență similară ce trebuie îndeplinită de managerul de proiect, astfel încât să fie eliminate încălcările aduse prevederilor legale menționate.

3. În ceea ce privește punctul 4 învedereat de autoritatea contractantă în punctul de vedere, în care aceasta se limitează la a

menționa că „autoritățile contractante nu sunt investite legal să emită interpretări ale unor prevederi legale obligatorii, indiferent de rangul sau emitentul acestora, și cu atât mai mult, să efectueze modificări ale acestor prevederi”. Autoritatea contractantă nu formulează niciun punct de vedere în raport cu argumentele expuse de petentă și de alți contestatori în susținerea criticilor la adresa unora dintre aceste prevederi contractuale.

Contestatoarea ține să sublinieze și următoarele aspecte: OMT nr. 774/2013 a aprobat condiții contractuale speciale FIDIC „pentru obiective de investiții din domeniul infrastructurii de transport feroviar, finanțate din fonduri publice”.

În cuprinsul OMT nr. 774/2013 nu se regăsește prevederea expresă privind obligativitatea utilizării de către autoritățile contractante (în fapt una singură - ...), a condițiilor speciale aprobate prin acest ordin. De altfel, aceeași autoritate contractantă (...) utilizează pe scară largă, inclusiv la ora actuală, alte modele de contract decât cel FIDIC pentru realizarea de obiective de investiții din domeniul infrastructurii de transport feroviar, finanțate din fonduri de la bugetul de stat sau din fonduri proprii, deci din fonduri publice. Modelul de contract FIDIC este folosit la ora actuală de ... numai în proiectele de lucrări cu finanțare UE (de asemenea fonduri publice).

Cele arătate mai sus conduc la concluzia că autoritatea contractantă nu este obligată să utilizeze condițiile contractuale speciale aprobate prin OMT nr. 774/2013, ci alege să le utilizeze doar în anumite proiecte de investiții finanțate din fonduri publice.

În cazul procedurii de atribuire corespunzătoare anunțului de participare nr. ... autoritatea contractantă ... a ales să utilizeze condițiile contractuale speciale aprobate prin OMT nr. 774/2013 - Anexa 2, deși la data publicării anunțului cunoștea următoarele:

Condițiile contractuale speciale aprobate prin OMT nr. 774/2013 - Anexa 2 au fost puternic criticate de cele mai mari asociații ale constructorilor din România, ARACO și AIF - Asociația Industriei Feroviare din România, prin memoriul adresat în ianuarie 2014 Ministrului Transporturilor și, spre știință altor instituții de stat relevante, precum ... (transmis înainte de lansarea primelor licitații pentru aceleași proiecte).

Aceleași condiții contractuale speciale aprobate prin OMT nr. 774/2013 - Anexa 2, care au fost cuprinse în cadrul procedurilor de achiziții precedente lansate de ... în februarie 2014, au făcut obiectul unor contestații depuse de operatori economici interesați, chestiunile criticate fiind practic aceleași cu cele cuprinse în memoriul amintit mai sus. Acele contestații nu au ajuns să fie judecate pe fond, deoarece ... a decis anularea precedentelor licitații, înainte de judecarea pe fond a contestațiilor depuse la Consiliu.

La data de 14.05.2014 a fost înregistrat, la Curtea de Apel ... dosarul cu nr. 3253/2/2014, ce are ca obiect acțiunea în contencios administrativ împotriva aceluiași OMT nr. 774/2013, chestiunile criticate fiind aceleași cu cele cuprinse în contestația nr. .../... transmisă la

Consiliu și înregistrată sub nr. .../26.06.2013, termenul de judecată fixat de Curtea de Apel ... fiind 26.09.2014. Anterior fusese depusă la Ministerul Transporturilor plângerea prealabilă prevăzută de lege pentru astfel de situații.

La inițiativa și sub coordonarea Ministerului Fondurilor Europene (MFE), cu participarea unor instituții de stat (inclusiv Ministerul Transporturilor, dar și ...) și a unor reprezentanți ai sectorului privat de construcții, a fost elaborat un proiect de ordonanță de urgență care aprobă condițiile contractuale generale și cele speciale FIDIC aplicabile în toate sectoarele economice de interes - inclusiv infrastructura feroviară - și care ar urma să abroge, printre altele, și OMT nr. 774/2013. Formele finale ale condițiilor contractuale speciale au fost postate pe site-ul MFE (<http://www.fonduri-ue.ro/legislatie/legislatie-nationala/proiecte-legislative>) la data de ... forme anterioare, încă în lucru atunci, fiind postate pe același site începând cu data de 07.04.2014, deci anterior datei lansării procedurii care face obiectul prezentei (13.06.2014).

În legătură cu modelul de contract FIDIC utilizat în procedura de atribuire, autoritatea contractantă a publicat în SEAP cele trei documente care alcătuiesc setul complet al clauzelor contractuale: Condițiile Generale ale Contractului (HG nr. 1405/2010 - Anexa 2), Condițiile Speciale ale Contractului (OMT 774/2013 - Anexa 2) și formularul denumit Anexa la Ofertă (denumire standard în contractele FIDIC). Conform HG nr. 1405/2010, dar și uzanțelor internaționale în materie de contracte FIDIC, Condițiile Generale ale Contractului nu pot fi modificate decât prin Condițiile Speciale ale Contractului, în timp ce Anexa la Ofertă se limitează în a conține parametri specifici fiecărui contract la care unele clauze din Condițiile Generale și din cele Speciale fac trimitere. Se poate constata, deci, că prevederile art. 33 alin. (2) lit. c) din OUG nr. 34/2006 se pot raporta numai la Condițiile Speciale ale Contractului (OMT nr. 774/2013 - Anexa 2).

Însă, nicăieri în documentația de atribuire, nu se regăsesc informații care să indice care sunt clauzele contractuale obligatorii, așa cum impune art. 33 alin. (2) lit. c) din OUG nr. 34/2006. Așa cum a arătat în contestație, prin lipsa informării cu privire la clauzele obligatorii din OMT nr. 774/2013 - Anexa 2, autoritatea contractantă încalcă principiul transparenței.

Pentru toate considerentele prezentate mai sus, petenta își mentine solicitarea de a obliga autoritatea contractantă să nu aplice prevederile din cadrul Condițiilor Speciale ale Contractului (OMT nr. 774/2013 - Anexa 2) criticate în contestație, reiterând mențiunea că autoritatea contractantă are obligația legală de a remedia încălcarea prevederilor art. 33 alin. (2) lit. c) din OUG nr. 34/2006.

Prin adresa nr. 1033/18.07.2014, înregistrată la Consiliu cu nr. 23467/21.07.2014, contestatoarea ... ține să sublinieze că pe site-ul oficial MFE, este postat Proiectul de Ordonanță de urgență privind aprobarea Consițiilor Generale și a Condițiilor Speciale de Contract pentru obiective de investiții finanțate din fonduri publice, împreună cu anexele sale, care conțin, printre altele, propuneri de condiții speciale



pentru contractele FIDIC. Acest proiect prevede că, la data intrării în vigoare a acestuia, se abrogă toate dispozițiile contrare acesteia. Printre aceste dispoziții se numără și OMT nr. 774/2013, care conține condiții contractuale speciale pentru proiecte de investiții în domeniul infrastructurii feroviare, domeniu ce este cuprins în proiectul de ordonanță.

Astfel, petenta consideră că acest proiect trebuie avut în vedere la soluționarea contestației, cu atât mai mult cu cât ... nu este obligată să aplice OMT nr. 774/2013 în integralitatea sa.

Prin cea de a patra contestație formulată împotriva rezultatului procedurii, SC ... SRL, în calitate de operator economic interesat de participarea la procedura de licitație deschisă indicată mai sus, critică sub-clauzele 8.7 Penalități de întârziere și 16.2 Rezilierea contractului de către Antreprenor.

#### 1. Cu privire la nelegalitatea sub-clauzei 8.7 din CSC

Petenta învederează nelegalitatea sub-clauzei 8.7 din CSC sub două aspecte, pe care le analizează în continuare:

- Sub-clauza 8.7 din CSC aprobat prin Ordinul nr. 774/2013 încalcă principiul ierarhiei și forței juridice a actelor normative, întrucât înlocuiește integral sub-clauza 8.7 din CGC din Anexa 2 la HG nr. 1405/2010 și, deci, modifică substanțial prevederile unui act normativ cu forță superioară, respectiv HG nr. 1405/2010;

- Sub-clauza 8.7 din CSC încalcă în mod flagrant dispozițiile legislației în domeniul achizițiilor publice, respectiv ale OUG nr. 34/2006.

A. Încălcarea principiului ierarhiei și forței juridice a actelor normative, consacrat în art. 1 alin. (5) din Constituție și art. 4 alin. (3) din Legea nr. 24/2000 privind normele de tehnică legislativă pentru elaborarea actelor normative:

Petenta arată că sub-clauza 8.7 intitulată „Penalități de întârziere” din CSC înlocuiește integral sub-clauza 8.7 din CGC aprobate prin HG 1405/2010.

Astfel, potrivit art. 1 alin. (5) din Constituție „în România, respectarea Constituției, a supremației sale și a legilor este obligatorie”. Acest principiu constituțional ce stă la baza stabilirii ierarhiei actelor normative este reluat și detaliat de prevederile art. 4 alin. (3) din Legea nr. 24/2000, care prevede că „Actele normative date în executarea legilor, ordonanțelor sau a hotărârilor Guvernului se emit în limitele și potrivit normelor care le ordonă”. Legea nr. 24/2000 prevede la art. 77 că „ordinele cu caracter normativ, instrucțiunile și alte asemenea acte ale conducătorilor ministerelor și ai celorlalte organe ale administrației publice centrale de specialitate sau ale autorităților administrative autonome se emit numai pe baza și în executarea legilor, a hotărârilor și a ordonanțelor Guvernului”. Mai mult, potrivit art. 78 din același act normativ, intitulat „Sfera reglementării”, „ordinele, instrucțiunile și alte asemenea acte trebuie să se limiteze strict la cadrul stabilit de actele pe baza și în executarea cărora au fost emise și nu pot conține soluții care să contravină prevederilor acestora”.

Or, prevederile sub-clauzei 8.7 din CSC conțin soluții care contravin prevederilor sub-clauzei 8.7 din CGC, după cum urmează:

(a) Eliminarea prevederilor referitoare la stipularea unui plafon maxim al valorii totale a penalităților de întârziere.

Potrivit ultimei teze a primului alineat al sub-clauzei 8.7 din CGC, „Suma totală datorată, potrivit prevederilor acestei Sub-Clauze, nu va putea depăși suma maximă aferentă penalităților de întârziere (dacă există), prevăzută în Anexa la Ofertă”. Această prevedere a dispărut din sub-clauza 8.7 a CSC.

Prevederea menționată din CGC conține o regulă fundamentală în contractele de tip FIDIC, cea a limitării penalităților, în practica uzuală a contractelor de acest tip plafonul maxim variind, în general, între 5% și 15%. Rațiunea limitării acestei sume este reprezentată de faptul că, în etapa de pregătire a ofertelor, ofertanții își evaluează expunerea decurgând din răspunderea contractuală față de beneficiar și au în vedere eventuala plată a penalităților de întârziere specificate în documentația de atribuire. Prin urmare, stipularea unei limite clare și transparente a penalităților de întârziere este esențială în luarea deciziei de a participa la o anumită procedură de atribuire.

(b) Plata penalităților de întârziere de către Antreprenor și în raport cu termenele intermediare de execuție, iar nu numai cu termenul final de execuție.

Potrivit primului alineat al sub-clauzei 8.7 din CGC, „dacă Antreprenorul nu reușește să respecte prevederile Sub-Clauzei 8.2 [Durata de Execuție], Antreprenorul va plăti Beneficiarului penalități de întârziere, în conformitate cu prevederile Sub-Clauzei 2.5 [Revendicările Beneficiarului]. Penalitățile de întârziere vor constitui suma menționată în Anexa la Ofertă, care va fi plătită pentru fiecare zi de întârziere înregistrată între data de terminare contractuală și data specificată în Procesul verbal de recepție la terminarea lucrărilor”.

Această prevedere din CGC conține unul dintre principiile de bază ale modelului de contract FIDIC, model acceptat și utilizat pe scară largă la nivel internațional, și anume limitarea penalităților de întârziere numai la cele raportate la termenul final de execuție. Astfel, potrivit acestui principiu consacrat de o normă superioară, penalitățile de întârziere sunt datorate de Antreprenor numai în cazul unei eventuale depășiri a termenului de execuție a lucrării ce face obiectul contractului, în integralitatea sa. Rațiunea stabilirii acestui principiu rezidă tocmai în faptul că nu maximizarea penalităților, ci realizarea proiectului în condiții contractuale echilibrate pentru părți este principalul obiectiv al unui contract, obiectiv care ar trebui să fie comun atât părților contractante, cât și celorlalte entități interesate în realizarea corespunzătoare și la termen a oricărui proiect.

Or, acest principiu este anihilat prin sub-clauza 8.7 din CSC, care prevede o soluție diametral opusă, și anume posibilitatea aplicării de penalități de întârziere și față de termene intermediare.

Așadar, este de necontestat că principiul ierarhiei actelor normative așa cum este stabilit de art. 4 alin. (3) raportat la art. 77-78 din Legea

nr. 24/2000 a fost încălcat flagrant prin prevederile sub-clauzei 8.7 din CSC (normă cu forță juridică inferioară), care modifică substanțial sub-clauza 8.7 din CGC (normă cu forță juridică superioară), impunând soluții ce contravin flagrant acesteia din urmă.

În același timp petenta consideră că însuși art. 3 din Hotărârea nr. 1405/2010, conform căruia „condițiile contractuale speciale, de modificare/completare a condițiilor de contract prevăzute la art. 1 se vor aproba prin ordin al ministrului transporturilor și infrastructurii” este nelegal în măsura în care acesta este interpretat în sensul de a permite unui act normativ de forță inferioară, un ordin al ministrului transporturilor, de a modifica substanțial și/sau de a adăuga la prevederile hotărârii Guvernului, act normativ de forță superioară, în vederea instituirii unor soluții contrare celor stipulate de aceasta din urmă.

Nelegalitatea unei asemenea interpretări a art. 3 din Hotărârea nr. 1405/2010 rezultă din două considerente:

- Nu se poate realiza o delegare a forței juridice a unui act normativ superior către un act juridic inferior. Astfel, art. 108 alin. (1)-(2) din Constituția României prevede foarte clar că „Guvernul adoptă hotărâri și ordonanțe. Hotărârile se emit pentru organizarea executării legilor”. Această dispoziție instituie obligația constituțională ca organizarea executării legilor să se efectueze prin hotărâri ale Guvernului și nu direct prin ordine. Or, prin acordarea posibilității modificării integrale până la substituirea unor prevederi dintr-o hotărâre a Guvernului cu prevederi dintr-un ordin al ministrului transporturilor, se realizează în fapt o eludare a dispozițiilor constituționale, în sensul în care printr-o delegare de forță juridică normativă, prevederile ordinului vor fi cele care organizează executarea legii și nu cele ale hotărârii Guvernului.

- Prin art. 3 din HG nr. 1405/2010 se nesocotește principiul ierarhiei actelor normative consacrat de art. 4 alin. (3) și art. 12 lit. (b) din Legea nr. 24/2000, deoarece prin inserarea acestui articol în HG nr. 1405/2010 s-a încălcat cadrul stabilit de legea pe baza și în executarea căreia a fost emisă hotărârea. Aceasta întrucât o asemenea lege nu prevedea posibilitatea ca prin hotărârea de guvern să se delege unui ordin de minister stabilirea dispozițiilor de executare și aplicare a legii. Cu alte cuvinte, prin dispozițiile art. 3 din HG nr. 1405/2010 s-au depășit limitele competenței instituite prin legea pe care această hotărârea o aplică și s-a contravenit principiilor și dispozițiilor acestei legi.

În concluzie, întrucât sub-clauza 8.7 este nelegală, contravenind prevederilor unui act normativ cu forță juridică superioară, petenta solicită eliminarea sa din documentația de atribuire și înlocuirea cu clauza corespondentă din noile condiții speciale elaborate și publicate de către Ministerul Fondurilor Europene, care urmează să fie aprobate de către Guvernul României prin ordonanță de urgență.

B. Sub-clauza 8.7 din CSC încalcă legislația în domeniul achizițiilor publice, respectiv OUG nr. 34/2006:

Petenta învederează că sub-clauza 8.7, în formularea din CSC este nelegală sub următoarele aspecte:

- Nu prevede un plafon maxim al valorii totale a penalităților de întârziere;

- Nu conține nicio limitare a răspunderii contractuale a Antreprenorului, acesta răspunzând și pentru daunele indirecte, pierderea de profit, etc. Stabilirea daunelor care trebuie acoperite de către Antreprenor cu titlu de „penalități de întârziere” este în aceste condiții lăsată la aprecierea exclusivă și arbitrară a unui terț („Inginerul”), fără a se institui niciun criteriu de apreciere pe care acesta să aibă obligația să îl respecte. Astfel, potrivit acestei sub-clauze, „penalitățile de întârziere nu se vor limita la valoarea lucrărilor neefectuate, ci la orice alte sume datorate de Beneficiar către terți, din vina Antreprenorului, potrivit determinării Inginerului”;

- Prevede plata penalităților de întârziere de către Antreprenor și în raport cu termenele intermediare de execuție, iar nu numai cu termenul final de execuție, în condițiile în care chiar dacă întârzierea a fost recuperată de către Antreprenor până la termenul final de execuție, acesta nu mai are posibilitatea recuperării de la autoritatea contractantă penalităților plătite deja și nici a compensării acestora;

- Instituie un nivel excesiv de ridicat al penalităților (0,5% pe zi de întârziere).

Prin prisma aspectelor enumerate, prevederile sub-clauzei 8.7 încalcă:

- principiul tratamentului egal și nediscriminatoriu al operatorilor economici consfințit la art. 2 alin. (2) lit. a) și b) din OUG nr. 34/2006 și principiul eficienței utilizării fondurilor stipulat la art. 2 alin. (2) lit. f) din OUG nr. 34/2006;

- principiul proporționalității prevăzut la art.2 alin. (2) lit. e) din OUG 34/2006;

- principiul transparenței prevăzut la art. 2 alin. (2) lit. d) din OUG 34/2006.

Prevederile sub-clauzei 8.7, care instituie un nivel excesiv de ridicat al penalităților de întârziere și care nu stipulează un plafon maxim al valorii cumulate la care pot ajunge aceste penalități, are ca efect direct crearea unor condiții contractuale inechitabile și discriminatorii, restricționând participarea la procedura de atribuire a contractorilor experimentați și profesioniști.

Prin prevederile sub-clauzei 8.7 mai sus menționate se nesocotește în mod vădit și principiul proporționalității, prevăzut în mod expres la art. 2 alin. (2) lit. e) din OUG nr. 34/2006.

Astfel, măsurile instituite prin această sub-clăuză, constând în (a) neprevăderea unei plafonări a limitei superioare a penalităților de întârziere, (b) stabilirea unui nivel excesiv de ridicat al penalităților pe zi de întârziere, (c) stabilirea posibilității răspunderii financiare a antreprenorului pentru daune indirecte, se caracterizează prin faptul că depășesc limitele a ceea ce este adecvat și necesar în scopul realizării obiectivelor urmărite.

Astfel scopul primordial urmărit de autoritatea contractantă este asigurarea interesului public prin implementarea corespunzătoare și la timp a proiectului vizat în vederea obținerii unor beneficii și efecte economice maxime. Or, instituirea măsurilor precizate (în special absența stabilirii unei limite superioare a penalităților) este de natură să ducă la efecte contrare scopului urmărit de autoritate și interesului public, prin descurajarea participării la proiect a operatorilor economici caracterizați prin profesionalism, experiență și reputație solidă în domeniu și care ar putea duce la bun sfârșit un proiect de o asemenea anvergură. Așadar, stabilirea măsurilor menționate nu este nici necesară și nici adecvată realizării obiectivelor urmărite.

## 2. Cu privire la nelegalitatea sub-clauzei 16.2 lit. c) din CSC

Petenta susține că aceasta este nelegală sub următoarele aspecte:

A. Încalcă principiul ierarhiei și forței juridice a actelor normative, întrucât înlocuiește integral sub-clauza 16.2 lit. c) din CGC din Anexa 2 la HG nr. 1405/2010 și, deci, modifică substanțial prevederile unui act normativ cu forță superioară;

B. Contravine dispozițiilor legislației civile primare, cu forță juridică superioară Ordinului 773/2013;

C. Încalcă principiile proporționalității și utilizării eficiente a fondurilor, prevăzute la art. 2 alin. (2) lit. e) și f) din OUG 34/2006.

A. Încălcarea principiului ierarhiei și forței juridice a actelor normative, consacrat în art. 1 alin. (5) din Constituție și art. 4 alin. (3) din Legea 24/2000:

Sub-clauza menționată din CSC (aprobată prin Ordinul nr. 774/2013) stabilește la lit. c) posibilitatea Antreprenorului de a rezilia contractul atunci când sunt îndeplinite cumulativ două condiții, și anume: (i) Autoritatea Contractantă nu își execută obligația față de Antreprenor de plată a unui Certificat de Plată Interimar, și (ii) a expirat un termen de 420 de zile de la data la care trebuia efectuată această plată.

Prin contrast, sub-clauza 16.2 lit. c) din CGC (aprobată prin HG nr. 1405/2010) stabilește că Antreprenorul va fi îndreptățit să rezilieze contractul „dacă nu primește suma datorată potrivit Certificatului Interimar de Plată în termen de 42 de zile, după data de expirare a perioadei specificate în Sub-Clauza 14.7 [Plățile], termen la care trebuie efectuată plata (cu excepția deducerilor prevăzute în Sub-Clauza 2.5 [Revendicările Beneficiarului])”.

B. Încălcarea prevederilor legislației civile primare:

Sub-clauza 16.2 din CSC vine în coliziune cu dispozițiile art. 15 C.civ. care interzic abuzul de drept, prevăzând expres că niciun drept nu poate fi exercitat în scopul de a vătăma sau păgubi pe altul ori într-un mod excesiv și nerezonabil, contrar bunei-credințe.

Instituirea posibilității Antreprenorului de a rezilia contractul numai după expirarea unui termen de 420 de zile de la data la care autoritatea contractantă trebuia să-și execute obligația de plată reprezintă exercitarea excesivă și nerezonabilă a unui drept contractual al autorității contractante. Aceasta cu atât mai mult cu cât dreptul similar de reziliere a contractului pe care îl are autoritatea contractantă poate fi exercitat de

către aceasta imediat după producerea unei neexecutări de către Antreprenor sau după expirarea unui termen rezonabil (spre exemplu, 28 zile potrivit sub-clauzei 15.2 lit. c) pct. iii).

Deci, autoritatea contractantă beneficiază de dreptul de a ieși imediat din contract atunci când are loc o neexecutare din partea Antreprenorului, pe când Antreprenorul este forțat să rămână în contract pe o perioadă mai mare de un an (420 de zile), deși se află în ipoteza neexecutării unei obligații esențiale din partea autorității - plata prețului contractului. Or, o asemenea dispoziția contractuală nenegociată vine în contradicție cu prevederile art. 1873 C.civ. potrivit cu care dacă antreprenorul nu poate începe sau continua executarea contractului din cauza neîndeplinirii fără justificare de către beneficiar a propriilor obligații, antreprenorul este îndreptățit să obțină rezilierea contractului, cu daune-interese. Așadar, potrivit acestui text legal, dreptul antreprenorului de a rezilia contractul se naște imediat ce are loc o neexecutare fără justificare din partea autorității contractante.

Însă, după cum se observă, prin derogare de la acest articol de lege, sub-clauza 15.2 lit. c) din CSC aproape că anihilează dreptul Antreprenorului de a obține rezilierea contractului datorită neîndeplinirii fără justificare de către autoritatea contractantă a propriilor obligații, forțându-l pe Antreprenor să continue contractul chiar dacă încălcarea obligației de plată asumate de autoritatea contractantă se perpetuează mai mult de un an (420 de zile).

Mai mult, aplicarea clauzei 16.2 lit. c) are drept consecință directă păgubirea și vătămarea Antreprenorului, contravenind dispozițiilor art. 15 Cod civil. Introducerea acestui termen în favoarea autorității contractante este vădit disproporționată, fiind extrem de oneroasă pentru Antreprenor. Astfel, există riscul ca Antreprenorul să fie nevoit să finanțeze execuția lucrărilor pentru o perioadă de peste 1 an, fără a avea posibilitatea de a înceta contractul. Mai mult, clauza indicată este profund dezechilibrată având în vedere că în temeiul sub-clauzei 15.2, beneficiarul are dreptul de a rezilia contractul potrivit pactului comisoriu de gradul IV, după doar 14 zile de la transmiterea unei înștiințări către Antreprenor.

C. Încălcarea principiilor proporționalității și utilizării eficiente a fondurilor, prevăzute la art. 2 alin. (2) lit. e) și f) din OUG nr. 34/2006:

Este evidentă totala disproporție și caracterul abuziv al sub-clauzei criticate, care instituie un dezechilibru contractual vădit dintre drepturile și obligațiile Antreprenorului și cele ale autorității contractante, descurajând participarea antreprenorilor la procedura de atribuire. Ca efect, Antreprenorul nu dispune de o minimă predictibilitate în estimarea riscului pe care și-l asumă la semnarea contractului, devenind practic subordonat arbitrarului. Pentru motivele arătate, respectivele prevederi încalcă vădit principiul proporționalității, prevăzut la art. 2 alin. (2) lit. e) din OUG nr. 34/2006.

În afara faptului că sub-clauza 16.2 lit. c) este abuzivă față de antreprenor, creându-i acestuia o situație de dezechilibru contractual față de autoritatea contractantă, efectele acesteia, analizate prin prisma

întregului mecanism contractual prevăzut de CSC, sunt manifest contrare prevederilor art. 2 lit. f) din OUG 34/2006 care consfințesc principiul utilizării eficiente a fondurilor.

Acest principiu presupune ca în atribuirea contractului de achiziție publică să se urmărească atingerea a două efecte:

- obținerea celei mai bune valori pentru fondurile alocate proiectului de autoritatea contractantă;
- evitarea de către autoritatea contractantă a unor cheltuieli nejustificate.

Clauza 16.2 lit. c) trebuie interpretată prin prisma prevederilor art. 16.1 care prevede că dacă „Beneficiarul nu respectă prevederile Sub-Clauzei 2.4 [Asigurarea Resurselor Financiare de către Beneficiar] sau Sub-Clauzei 14.7 [Plățile], Antreprenorul (...) are dreptul să solicite suspendarea execuției Lucrărilor cu 21 de zile înaintea suspendării”.

Așadar, primul drept al Antreprenorului este de a suspenda executarea lucrărilor, fără însă a avea dreptul de a rezilia contractul. Dreptul de a rezilia contractul se va naște abia după expirarea a 420 zile de la data exigibilității sumei datorate potrivit Certificatului Interimar de Plată. Pe tot parcursul acestei perioade de 420 zile executare lucrărilor va fi suspendată, iar în temeiul art. 14.8 Antreprenorul va avea dreptul de a solicita costurile de finanțare aferente perioadei de întârziere calculate lunar pentru suma neplătită.

Potrivit clauzei 14.8, aceste costuri vor fi calculate la rata de scont publicată de banca centrală din țara monedei în care se face plata la care se adaugă 1,5 puncte procentuale, și vor fi plătite în această monedă. Mai mult, potrivit sub-clauzei 16.1 lit. b) Antreprenorul va avea dreptul la plata costurilor suplimentare la care se adaugă un profit rezonabil care vor fi incluse în prețul contractului. Cu alte cuvinte va avea loc o majorare a prețului contractului, majorare care va fi proporțională cu durata suspendării execuției lucrărilor adică raportat la perioada de 420 zile.

În același timp, printre cauzele care permit autorității contractante să rezilieze contractul la inițiativa sa nu se numără situația în care Antreprenorul nu realizează lucrările datorită suspendării de către acesta a executării lucrărilor în temeiul sub-clauzei 16.1.

Așadar, în mod concret aplicarea coroborată a acestor clauze duce la următoarea situație:

- execuția lucrărilor va fi suspendată de către Antreprenor (depășindu-se în mod automat durata de execuție, așa cum este definită de sub-clauza 8.2 din CSC) pentru o perioadă de 420 zile (mai mult de 1 an);
- autoritatea contractantă va suporta pe o perioadă de 420 zile costurile de finanțare aferente acestei perioade, calculate lunar pentru suma neplătită conform clauzei 14.8;
- autoritatea contractantă va suporta, de asemenea, orice alte costuri suplimentare la care se va adaugă un profit rezonabil pe care putea să-l înregistreze antreprenorul dacă asemenea suspendare nu avea loc;

- autoritatea contractantă nu va putea rezilia contractul pe toată această perioadă de 420 de zile, iar

- la sfârșitul perioade de 420 zile Antreprenorul va rezilia contractul, iar autoritatea contractantă va plăti Antreprenorului pe lângă cele menționate mai sus și valoarea pierderilor de profit și a oricărei pierderi sau pagube suportate de Antreprenor în temeiul sub-clauzei 16.4.

Așadar, prin instituirea unui termen de disproporționat de mare, de 420 zile, se realizează, pe lângă un abuz de drept contractual față de Antreprenor, și o inexplicabilă și nejustificată îngreunare financiară a autorității contractante, în primul rând prin mărirea prețului contractului, ceea ce încalcă prevederile art. 2 alin. (2) lit. f) din OUG nr. 36/2004 ce consacră principiul utilizării eficiente a fondurilor.

Autoritatea contractantă a transmis punctul de vedere cu privire la contestația SC ... SRL, solicitând respingerea acesteia, ca nefondată.

Aceasta precizează că modelul de contract contestat este conform Anexei nr. 2 la Ordinul Ministrului Transporturilor nr. 774/2013 publicat în Monitorul Oficial al României nr 294 bis/23 mai 2013.

Potrivit prevederilor HG nr. 1405/2010 art. 2 și 3, CNCF ... SA în calitate de autoritate contractantă și companie aflată în subordinea Ministerului Transporturilor, are obligația de a folosi și respecta modelul de contract prevăzut în Anexa la OMT nr. 774/2013.

Ordinul a fost emis și publicat în condițiile legii privind emiterea unor acte normative, a fost trecut prin procedura aducerii la cunoștința publică prin publicarea pe site-ul Ministerului Transporturilor, CNCF ... SA a răspuns solicitărilor transmise de operatorii economici și a obținut avizul Consiliului de Dialog Social, motiv pentru care a fost publicat în această formă.

Față de această precizare, autoritatea consideră solicitarea contestatoarei ca fiind tardivă în ceea ce privește modificarea clauzelor contractuale, respectiv Condițiile Speciale de Contract.

De asemenea, se arată că în cadrul soluționării unei contestații similare, privind aplicarea prevederilor legislative obligatorii ale OMT nr. 774/2013, prin Decizia Consiliului nr. 62/2013, acesta în mod just a apreciat: „Procedând la verificarea clauzelor contractuale criticate de contestatoare, Consiliul constată că acestea constituie de fapt clauze aprobate prin OMT nr. 774/2013, ceea ce face dovada că în realitate autoritatea contractantă a procedat la întocmirea documentației de atribuire cu aplicarea întocmai a unor reglementări legale imperative, astfel încât cererea contestatoarei de modificare a acestora ori de anulare a procedurii apare ca nefondată”.

Urmare punctului de vedere exprimat de autoritatea contractantă, contestatoarea a transmis adresa înregistrată la Consiliu cu nr. ... învederând Consiliului că aceasta nu a contracarat în niciun fel argumentele prezentate în cadrul contestației, ci s-a limitat la o serie de aprecieri sumare și complet nefundamentate din punct de vedere juridic.

... afirmă în mod nejustificat că, în temeiul art. 2 și 3 din HG nr. 1405/2010, ar avea obligația de a folosi modelul de contract prevăzut în



Anexa 2 la Ordinul nr. 774/2013. În acest sens petenta arată că HG nr. 1405/2010 stipulează în mod neechivoc obligația imperativă a ... de a folosi clauzele contractuale cuprinse în CGC prevăzute ca Anexa 2 la Hotărârea nr. 1405/2010, însă nu impune ... obligația de a folosi și clauzele cuprinse în CSC, adică în Anexa 2 la Ordinul nr. 774/2013.

Totodată, art. 1 din HG nr. 1405/2010, menționează numai Condițiile Generale de Contract: „Se aprobă utilizarea (...) Condițiilor de contract pentru construcții clădiri și lucrări ingineresti proiectate de către beneficiar, prevăzute la anexa nr. 2, ale Federației Internaționale a Inginerilor Consultanți în Domeniul Construcțiilor (FIDIC), pentru obiective de investiții din domeniul infrastructurii de transport de interes național, finanțate din fonduri publice”.

Din analiza celor două texte legale rezultă, fără putință de tăgadă că, unitățile aliate în subordinea Ministerului Transportului, deci inclusiv autoritatea contractantă, au obligația de a utiliza condițiile de contract pentru construcții clădiri și lucrări ingineresti proiectate de către beneficiar prevăzute la Anexa nr. 2 la HG nr. 1405/2010, în speță, Condițiile Generale de Contract, adoptate prin hotărâre a Guvernului României, nicidecum alte condiții speciale prevăzute în diverse ordine emise de diferite ministere.

Mai mult, niciun alt articol din cadrul HG nr. 1405/2010 sau al Ordinului nr. 774/2013 nu conține vreo dispoziție care să prevadă în mod expres „obligația” unităților menționate să utilizeze Condițiile Contractuale Speciale (CSC) din Anexa nr. 2 la Ordinul nr. 774/2013. Așadar, se poate desprinde concluzia că legiuitorul a dorit să instituie în sarcina unităților aflate în subordinea Ministerului Transportului o obligație numai în ceea ce privește utilizarea Condițiilor Generale de Contract prevăzute în Anexa 2 la HG 1405/2010, lăsând acestor unități facultatea de a utiliza Condițiile Speciale de Contract adecvate atunci când consideră necesar, în funcție de circumstanțele specifice aplicabile fiecărui proiect.

Petenta consideră că limitele până la care se întinde examinarea documentației de atribuire emisă de autoritatea contractantă, acoperă și circumstanțele ce țin de oportunitatea adoptării acesteia, la fel cum asupra oportunității actelor administrative se pot pronunța și instanțele de judecată. Această concluzie este fundamentată atât de partea introductivă a art. 278 alin. (2) din OUG 34/2006 - Consiliul examinează din punct de vedere al legalității și temeiniciei - cât și cele cuprinse în Decizia ICCJ nr. 471/30.01.2009, prin care instanța supremă a reținut că „instanța poate analiza și elementele de oportunitate, când apreciază că acestea întregesc elementele legalității, mergând pe ideea că scopul legii (interesul public) este întotdeauna un element de legalitate, iar mijloacele pentru atingerea acestui scop sunt aspecte ce țin de oportunitate”.

Excesul de putere al autorității contractante trebuie stabilit de Consiliu prin raportare la scopul documentației de atribuire, ținând seama de prevederile art. 2 alin. (1) lit. n) din Legea nr. 554/2004 privind contenciosul administrativ, care definesc excesul de putere ca

reprezentând „exercitarea dreptului de apreciere al autorităților publice prin încălcarea limitelor competenței prevăzute de lege sau prin încălcarea drepturilor și libertăților cetățenilor”.

Așadar, autoritatea contractantă a comis un abuz de putere prin preluarea în cuprinsul Acordului Contractual a sub-clauzelor 8.7 și 16.2 ale CSC, deși acestea sunt vădit nelegale și vătămătoare față de operatorul economic care va fi declarat câștigător al licitației publice, prin faptul că acestea încalcă principiul echilibrului financiar între părțile unui contract administrativ și sunt vădit disproporționate față de scopul urmărit de autoritatea contractantă, favorizând în mod abuziv autoritatea contractantă dincolo de limitele ocrotirii interesului public.

De asemenea, aceasta susține că cererea sa privind eliminarea sub-clauzelor 8.7 și 16.2 din CSC aprobate prin Anexa 2 la Ordinul 774/2013 nu este tardivă.

Autoritatea contractantă demonstrează ignorarea principiului constituțional potrivit căruia „persoana vătămată într-un drept al său ori într-un interes legitim, de o autoritate publică, printr-un act administrativ sau prin nesoluționarea în termenul legal a unei cereri, este îndreptățită să obțină recunoașterea dreptului pretins sau a interesului legitim, anularea actului, și repararea pagubei” (art. 52 din Constituția României).

Principiul enunțat stă la baza dreptului administrativ, art. 1 și art. 6 din Legea nr. 554/2004 privind contenciosul administrativ („Legea 554/2004”) prevăzând în mod clar că persoana vătămată printr-un act administrativ, fie acesta individual sau cu caracter normativ, se poate adresa instanței de contencios administrativ sau unei jurisdicții administrative speciale competente (cum este CNSC) în vederea remedierii unei asemenea vătămări. Mai mult, acest principiu este reiterat cu aplicație specifică în materia atribuirii contractelor de achiziție publică prin dispozițiile OUG nr. 34/2006, care prevede la art. 255 că „orice persoană care se consideră vătămată într-un drept ori într-un interes legitim printr-un act al autorității contractante, prin încălcarea dispozițiilor legale în materia achizițiilor publice, poate solicita, prin contestație, anularea actului, obligarea autorității contractante de a emite un act. recunoașterea dreptului pretins sau a interesului legitim pe cale administrativ- juridicțională. în condițiile prezentei ordonanțe de urgență”.

Așadar, astfel cum prevede art. 52 din Constituție și Legea nr. 554/2005, orice act administrativ, fie individual, fie normativ, poate fi contestat pentru motive de nelegalitate, indiferent dacă a fost sau nu supus procedurii dezbaterii publice anterior adoptării acestuia. În aceste condiții, afirmațiile autorității contractante privind tardivitatea cererii de a se modifica acordul contractual, parte a documentației de atribuire, prin eliminarea sub-clauzelor vătămătoare ale CSC sunt lipsite de temei juridic.

Cu privire la nelegalitatea sub-clauzelor 8.7 și 16.2 din CSC raportate la dispozițiile legislației în domeniul achizițiilor publice,

respectiv ale OUG nr. 34/2006, contestatoarea ține să facă o serie de precizări suplimentare față de cele din contestație.

Aceasta arată că a contestat sub-clauzele 8.7 și 16.2 din CSC (parte din Acordul Contractual 51, deci din documentația de atribuire), precizând că acestea sunt nelegale raportat la prevederile OUG nr. 34/2006. În esență, a arătat că sub-clauzele încalcă flagrant:

- principiul tratamentului egal și nediscriminatoriu al operatorilor economici consfințit la art. 2 alin. (2) lit. a) și b) din OUG nr. 34/2006 și principiul eficienței utilizării fondurilor stipulat la art. 2 alin. (2) lit. f) din OUG nr. 34/2006;

- principiul proporționalității prevăzut la art. 2 alin. (2) lit. e) din OUG 34/2006;

- principiul transparenței prevăzut la art. 2 alin. (2) lit. d) din OUG 34/2006.

Așadar, a invocat prin contestație faptul că unele dintre dispozițiile acordului contractual sunt nelegale în raport cu dispozițiile OUG nr. 34/2006. Procedând astfel, a acționat în deplină concordanță cu dispozițiile art. 255 și art. 278 alin. (2) din OUG 34/2006, întrucât a supus analizei CNSC legalitatea și temeinicia unui act al autorității contractante (acordul contractual, mai exact sub-clauzele 8.7 și 16.2 CSC) prin raportare la dispozițiile OUG nr. 34/2006.

În încheiere, se subliniază că nu ar putea propune prin ofertă modificări ale sub-clauzelor menționate pentru a restabili echilibrul contractual al părților, deoarece asemenea modificări ar atrage respingerea ofertei ca neconformă, în temeiul art. 36 alin. (2) lit. b) din HG 925/2006.

Prin ultima contestație formulată împotriva documentației de atribuire, ... în calitate de operator economic interesat de participarea la procedura de licitație deschisă indicată mai sus, critică fișele tehnice publicate în SEAP, precizând că pentru ambele loturi sunt puse la dispoziție anumite fișe tehnice (Fișele tehnice 19, 20, 21, 22 fiind atașate ca Anexă nr. 3), în legătură cu care autoritatea trebuie să precizeze în mod clar că au doar un rol informativ.

Petenta susține că a transmis deja autorității contractante solicitări de clarificări (Anexa nr. 4) în sensul precizării clare a rolului informativ al respectivelor Fișe tehnice, astfel cum ... a clarificat anterior, în aceleași proceduri (anulate în urmă cu 3 luni și relansate acum) și într-o procedură lansată în 2012.

Contestatoarea ține să menționeze că termenul-limită pentru contestarea fișelor tehnice este respectat în cazul acestei contestații. Data de la care trebuie calculat termenul de 10 zile pentru formularea contestației este 18.06.2014, data indicării de către ..., prin răspunsul de clarificări din 18.06.2014, a link-ului la care se poate accesa caietul de sarcini. Astfel, cu toate că anunțul de participare a fost publicat în data de 13.06.2014, caietul de sarcini care include și fișele tehnice nu a fost disponibil de la început în SEAP. Caietul de sarcini publicat în SEAP cuprinde foarte multe părți de documente arhivate care numai dacă toate ar fi în mod corect descărcate ar putea forma un document

accesibil. Însă, există fișiere corupte care nu pot fi corect descărcate, ceea ce împiedică implicit accesarea oricărei părți a caietului de sarcini. Acest aspect a fost semnalat de foarte mulți operatori economici prin solicitări de clarificări disponibile în SEAP.

Pe fond, contestatoarea arată că în contextul unor proceduri similare ... a confirmat faptul că fișe tehnice similare/identice sunt doar informative, iar nu obligatorii. Chiar în procedura pentru atribuirea aceluiași contract (anulată anterior), ... a confirmat că fișele tehnice sunt informative, lăsând fără obiect o contestație similară formulată la acel moment.

Petenta consideră că documentația de atribuire, inclusiv caietul de sarcini și specificațiile tehnice trebuie să fie clar formulate, așa cum prevede art. 33 din OUG nr. 34/2006.

Prin urmare, obiectul acestei contestații vizează tocmai asigurarea faptului că cerințele contestate sunt explicite sub aspectul caracterului lor pur informativ.

Pentru a atinge dezideratul menționat contestatoarea a formulat și o solicitare de clarificări către autoritate având ca obiectul clarificarea caracterului informativ al respectivelor fișe tehnice, dar la care nu a fost publicat în SEAP răspunsul până la data depunerii prezentei contestații.

O interpretare în sensul obligativității respectivelor cerințele tehnice nu poate fi primită, întrucât impunerea unor asemenea specificații ar fi o măsură restrictivă și disproporționată, de natură să limiteze în mod flagrant accesul operatorilor economici interesați la procedură.

Legislația achizițiilor publice conține prevederi exprese prin care este interzis autorității contractante să impună cerințe minime prin care se încalcă principiul proporționalității și asigurării liberei concurențe, prin restricționarea participării operatorilor economici la procedura de atribuire.

Contestatoarea prezintă succint anumite specificații tehnice de natură a limita în mod nejustificat accesul la procedură, apreciind că modalitatea de formulare a cerințelor BTS este restrictivă, inoportună și disproporționată prin raportare la nevoile concrete ale autorității contractante.

- Cu privire la BTS 4 TRX, specificația tehnică (fișa tehnică) nr. 19 și BTS 2 TRX, specificația tehnică (fișa tehnică) nr. 20:

#### Fișa tehnică nr.19

Nr. crt.	Parametri și condiții inițiale	Parametri și condiții modificate
1.2	Gama temperaturii de operare -20 <sup>0</sup> C +50°C	Limitele de temperatură propuse atât de mari nu se justifică având în vedere că echipamentul este instalat într-un mediu închis, încălzit și ventilat.
1.5	Puterea la ieșire GSM850/900 GMSK 68W 8-PSK 34 W	Și un echipament care suportă valori inferioare, de exemplu generează suficientă putere la ieșire, îndeplinind totodată toate cerințele standard (EI RENE, etc.).

1.6	Microwave hardware integrated	Nu se justifică cerința de a avea echipamentul integrat, atât timp cât acesta poate fi furnizat și suplimentar.
1.7	Rx sensibilitatea până la -116 dBm	O valoare sub dBm (de exemplu, -nșdBm) nu generează limitări ... în ansamblul proiectului atât timp cât sunt îndeplinite toate cerințele standard (EIRENE, etc.). Prin urmare, în varianta propusă de Autoritate, cerința este vădit disproporționată și restrictivă.

### Fișa tehnică nr. 21

Nr. crt.	Parametri și condiții impuse de proiectant	Parametri și condiții modificate
1.1	Capacitate: 2000 TRXS	O capacitate inferioară nu generează limitări pentru ... deoarece în această procedură de atribuire BSC va fi folosit cu mai puțin de 100TRX conectați. Prin urmare, în forma publicată cerința este disproporționată față de nevoile reale ale Autorității.
1.4	Gama temperaturii de operare -20°C +55°C	Echipamentul cerut de Autoritate este de interior astfel încât nu este necesară respectarea unei game atât de mari a temperaturii de operare. O gamă a temperaturii de operare între ~5°C până la +45°C este considerată a fi suficientă. Prin urmare, cerința este restrictivă și disproporționată.

Cerințele vizând TCU (TCU SPECIFICAȚIA TEHNICĂ (FIȘA TEHNICĂ) nr. 22 sunt restrictive și disproporționat formulate prin raportare la nevoile autorității:

### Fișa tehnică nr. 22

Nr. crt.	Parametri și condiții impuse de proiectant	Parametri și condiții modificate
1.2	Gama temperaturii de operare -20°C +55°C	Produsul este un echipament de interior astfel încât nu este necesară respectarea unei game atât de mari a temperaturii de operare. O gamă a temperaturii de operare între ~5°C până la +45°C este considerată a fi suficientă.
1.7	Interfața OMC X.25 conexiune via PSPDN sau MSC	x.25 este învechit. Este imperios necesar și util să se permită folosirea unui TCP/IP via Ethernet care reprezintă protocolul cel mai nou.
1.9	Interfața LMT X.21/V.11 (64 Kbit/s)	x.21 este învechit. Este imperios necesar și util să se permită folosirea TCP/IP via Ethernet care reprezintă protocolul cel mai nou.

Autoritatea contractantă a transmis punctul de vedere cu privire la contestația ... solicitând respingerea acesteia, pe fond, ca tardiv introdusă, prin nerespectarea prevederilor art. 2711 din OUG nr. 34/2006, ca fiind inadmisibilă, iar pe fond, ca rămasă fără obiect în ceea

ce privește contestarea cerințelor existente în cadrul documentației de atribuire.

Astfel, conform art. 256<sup>2</sup> alin. (1) lit. a) și alin. (2) din OUG nr. 34/2006, termenul de introducere a contestației este de 10 zile începând cu ziua următoare luării la cunoștință, în condițiile prezentei ordonanțe de urgență, despre un act al autorității contractante considerat nelegal.

Documentația contestată a fost pusă la dispoziție de către autoritatea contractantă și a putut fi luată la cunoștință în urma publicării în cadrul anunțului SEAP nr. ..., în data de 18.06.2014, prin publicarea Răspunsului nr. 1 (act nr. 18/4/1395/18.06.2014). Pe cale de consecință, contestatoarea avea obligația de a înainta contestația până în data de 28.06.2014.

Însă, contestația a fost depusă și înregistrată cu nr. 1/D/2445 din 03.07.2014, la sediul autorității contractante, în data de 03.07.2014, respectiv la 5 zile după expirarea termenului prevăzut de art. 256<sup>2</sup> din OUG nr. 34/2006. Astfel, consideră că acțiunea introdusă intră sub incidența prevederilor art. 271 alin. (1) din OUG nr. 34/2014 și solicită respingerea ei ca tardivă.

Totodată, având în vedere depunerea contestației la sediul CNCF ... SA în data de 03.07.2014, consideră ca sunt incidente prevederile art. 271<sup>1</sup> și art. 271<sup>2</sup> din OUG nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, ultima modificare fiind prin OUG nr. 51/2014, contestatoarea nefăcând dovada constituirii și depunerii garanției de bună conduită la sediul autorității contractante, pentru fiecare lot contestat, și solicită respingerea acesteia.

Pe fondul contestației, în urma analizei efectuate asupra cerinței introduse în cadrul documentației de atribuire și a motivațiilor prezentate în contestația depusă, au rezultat următoarele:

Asupra Fișelor tehnice publicate în documentele Proiect Tehnic Lot 5 - Instalații de Siguranța Circulației - Semnalizări. Volumul II - Liste de cantități (pentru Lotul 1), respectiv Lot 4 - Instalații de Siguranța Circulației - Semnalizări - Proiect Tehnic - Volumul 2 - Liste de cantități (pentru Lotul 2) și în particular Fișele Tehnice nr. 19, 20, 21, 22 (pentru ambele loturi), autoritatea contractantă CNCF ... SA apreciază că în situația existenței unor diferențe între cerințele Fișelor tehnice și cerințelor Beneficiarului, prevalează Cerințele Beneficiar ..., pentru a se asigura evaluarea corespunzătoare a ofertelor depuse, cu respectarea deplină a acestor cerințe obligatorii.

Asupra acestor considerente, autoritatea contractantă s-a pronunțat inclusiv prin clarificarea transmisă în cadrul unei proceduri de achiziție derulate anterior ( AP 149336/15.02.2014).

În cadrul prezentei proceduri de achiziție publică, autoritatea contractantă nu a clarificat, până la data depunerii contestației ... Fișele tehnice menționate, existente în cadrul documentației de atribuire aferente anunțului de participare .../13.06.2014.

Având în vedere cele prezentate, și raportat la solicitările introduse în contestația depusă, autoritatea contractantă a hotărât în temeiul art.

256<sup>3</sup> alin. (1) din OUG nr. 34/2006, adoptarea următoarelor măsuri de remediere:

1) Clarificarea caracterului documentelor ce fac obiectul contestației, prin publicarea unei clarificări în anunțul de participare SEAP nr.... după cum urmează:

*Referitor la Fișele tehnice publicate în documentele Proiect tehnic Lot 5 - Instalații de Siguranța Circulației – Semnalizări, Volumul II - Liste de cantități (pentru Lotul 1), respectiv Lot 4 - Instalații de Siguranța Circulației - Semnalizări - Proiect Tehnic - Volumul 2 - Liste de cantități (pentru Lotul 2) și Fișele tehnice nr. 19, 20, 21, 22 (pentru ambele loturi), se precizează că în situația existenței unor diferențe între cerințele Fișelor tehnice și Cerințele Beneficiarului, prevalează Cerințele Beneficiar ..., ofertanții urmând a întocmi ofertele în acest sens pentru a se asigura evaluarea corespunzătoare a ofertelor depuse, cu respectarea deplină a acestor cerințe obligatorii.*

2) Modificarea s-a adus la cunoștința operatorilor economici interesați, prin publicarea clarificării nr. 18/4/1625/07.07.2014.

Autoritatea contractantă consideră că prin măsura adoptată, cerută de altfel în cadrul contestației, solicitarea acestuia privind modificarea acestei cerințe rămâne fără obiect.

Urmare luării unor măsuri de remediere, autoritatea contractantă a transmis adresa nr. 1760/16.07.2014, înregistrată la Consiliu cu nr. 23083/16.07.2014, precizând următoarele:

Autoritatea contractantă ridică excepția inadmisibilității și a tardivității, conform art. 271 alin. (1) din OUG nr. 34/2006, apreciind că această prevedere trebuie să fie interpretată în sensul că înaintarea contestației atât la Consiliu, cât și la autoritatea contractantă trebuie să se facă în interiorul termenului precizat, indiferent de calea utilizată - poștală, depunere directă, fax, astfel încât acestea să o poată lua la cunoștință în acest termen.

Pe fondul contestației, autoritatea contractantă face următoarele precizări:

- în conformitate cu prevederile OUG nr. 34/2006, solicitarea din cadrul unei contestații asupra unei proceduri nu poate consta decât în solicitarea de remedieri privind încălcarea unei prevederi legislative de către autoritatea contractantă în cadrul acelei proceduri de achiziție, și nu de preluare ad litteram a unor clarificări proprii acesteia, dintr-o altă procedură distinctă.

Procedura prezentă nu reprezintă o reluare identică a procedurii anterioare, ci o procedură nouă de licitare a lucrărilor aferente tronsoanelor de cale ferată ce fac obiectul licitării.

Se poate astfel lesne constata că prezenta procedură a fost inițiată prin publicarea unei documentații de atribuire distincte de cea din vechea procedură, documentație ce a suferit modificări și a fost verificată și validată spre publicare de către ANRMAP în mod independent.

Luând în considerare aceste aspecte, în urma depunerii contestației prezente, autoritatea contractantă a re-verificat cerințele din Fișele Tehnice și Cerințele Beneficiarului, și a precizat și în măsura de

remediere emisă în temeiul art. 256<sup>3</sup> din OUG nr. 34/2006, că în situația în care există anumite neconcordanțe între cele două tipuri de documente, prevalează cele din Cerințele Beneficiarului.

Totodată, la stabilirea măsurilor de remediere comunicate, s-a avut în vedere și aplicabilitatea prevederilor art. 35-37 din OUG nr. 34/2006, prin care nicio ofertă nu poate fi respinsă în condițiile demonstrării echivalenței sale în funcționare sau chiar superiorității performanțelor solicitate, inclusiv a caracteristicilor tehnice invocate de contestatoare.

În urma reanalizării considerentelor depuse de petentă, autoritatea contractantă a decis ca, pentru eliminarea oricăror interpretări contrare privind eliminarea obiectului contestației, să emită o nouă clarificare, prin care să precizeze remedierea aspectelor contestate punctual, după cum urmează:

*Referitor la Fișele Tehnice nr. 19, 20, 21, 22 (pentru ambele loturi), autoritatea contractantă precizează că, parametrii și condițiile inițiale prezentate în tabelul următor, sunt rezultatul proiectării pentru îndeplinirea cerințelor de funcționalitate impuse de beneficiar.*

*În urma reanalizării parametrilor și condițiilor solicitate, autoritatea contractantă a hotărât reconsiderarea acestora, după cum urmează:*

#### Fișa tehnică nr.19

Nr. crt.	Parametri și condiții inițiale	Parametri și condiții modificate
1.2	Gama temperaturii de operare -20 <sup>U</sup> C +50°C	Gama temperaturii de operare -20°C la +50°C. Se acceptă și alte limite de temperatură, cu condiția ca echipamentul să asigure îndeplinirea tuturor funcționalităților sistemului.
1.5	Puterea la ieșire GSM850/900 GMSK 68W 8-PSK 34 W	Puterea la ieșire GSM850/900 GMSK 68W 8-PSK 34 W. Se acceptă și alte puteri, cu condiția ca nivelul minim de semnal să fie minim -92dBm.
1.6	Microwave hardware integrated	Microwave hardware
1.7	Rx sensibilitatea până la -116 dBm	Rx sensibilitatea până la -116 dBm. Se acceptă și alte valori, cu condiția ca echipamentul să asigure îndeplinirea tuturor funcționalităților sistemului.

#### Fișa tehnică nr. 20

Nr. crt.	Parametri și condiții impuse de proiectant	Parametri și condiții modificate
1.2	Gama temperaturii de operare -20 <sup>U</sup> C +50°C	Gama temperaturii de operare -20 <sup>U</sup> C la +50°C. Se acceptă și alte limite de temeperatură, cu condiția ca echipamentul să asigure îndeplinirea tuturor funcționalităților sistemului.
1.5	Puterea la ieșire GSM850/900 GMSK 68W 8-PSK 34 W	Puterea la ieșire GSM850/900 GMSK 68W 8-PSK 34 W. Se acceptă și alte puteri, cu



		condiția ca nivelul minim de semnal să fie minim -92dBm.
1.6	Microwave hardware integrated	Microwave hardware
1.7	Rx sensibilitatea până la -116 dBm	Rx sensibilitatea până la -116 dBm. Se acceptă și alte valori, cu condiția ca echipamentul să asigure îndeplinirea tuturor funcționalităților sistemului.

### Fișa tehnică nr. 21

Nr. crt.	Parametri și condiții impuse de proiectant	Parametri și condiții modificate
1.1	Capacitate: 2000 TRXS	Capacitate: 2000 TRXS. Se acceptă și altă capacitate, dar nu mai mică de 200 TRXS.
1.4	Gama temperaturii de operare -20°C +50°C	Gama temperaturii de operare -20°C la +50°C. Se acceptă și alte limite de temperatură, cu condiția ca echipamentul să asigure îndeplinirea tuturor funcționalităților sistemului.

### Fișa tehnică nr. 22

Nr. crt.	Parametri și condiții impuse de proiectant	Parametri și condiții modificate
1.2	Gama temperaturii de operare -20 C +50°C	Gama temperaturii de operare -20UC la +50°C. Se acceptă și alte limite de temperatură, cu condiția ca echipamentul să asigure îndeplinirea tuturor funcționalităților sistemului.
1.7	Interfața OMC X.25 conexiune via PSPDN sau MSC	Interfața OMC X.25 conexiune via PSPDN sau MSC. Se acceptă și folosirea unui TCP/IP via Ethernet, cu condiția ca echipamentul să asigure îndeplinirea tuturor ființionalităților sistemului.
1.9	Interfața LMT X.21/V.11 (64 Kbit/s)	Interfața LMT X.21/V.11 (64 Kbit/s). Se acceptă și folosirea unui TCP/IP via Ethernet, cu condiția ca echipamentul să asigure îndeplinirea tuturor funcționalităților sistemului.

*Ofertanții își vor întocmi oferta, conform prezentei clarificări.*

Autoritatea consideră că prin noua clarificare emisă s-a eliminat orice interpretare contradictorie privind aplicabilitatea considerentelor din adresa nr. 18/4/1625/07.07.2014 publicată în SEAP, punctual asupra aspectelor contestate de Kapsch Carrier Com AG.

Asupra acestei noi măsuri de remediere face următoarele precizări suplimentare:

Prin publicarea adresei nr. 18/4/1625/07.07.2014, s-a clarificat caracterul tuturor cerințelor din Fișele Tehnice contestate, prin indicarea prevalenței Cerințelor Beneficiar ... asupra acestora.

Prin publicarea clarificării emise în prezent, s-au modificat în sensul permisiv, cerințele contestate punctual ca fiind restrictive în cadrul contestației introduse, eliminându-se interpretările contrare.

Autoritatea contractantă consideră solicitarea privind declararea expresă că Fișele Tehnice indicate de petentă "au caracter informativ" în integralitatea lor (fiecare Fișă Tehnică având peste 30 de cerințe punctuale), ca fiind excesivă, netemeinică și nefondată, în condițiile în care acesta a contestat ca restrictive doar aspectele prezentate și remediate punctual în tabelele anterioare.

Declararea tuturor Fișelor Tehnice contestate ca având caracter informativ în ansamblul lor, duce practic la ignorarea tuturor celor peste 30 de parametri și condiții din fiecare din aceste fișe, așa cum au fost stabilite de proiectant, permițând practic ofertantului să vină cu orice fel de echipamente, care nu vor asigura îndeplinirea cerințelor de funcționalitate ale beneficiarului, și care, de asemenea, vor duce la imposibilitatea comparării ofertelor depuse.

Petenta a răspuns punctului de vedere al autorității contractante prin adresa nr. 2183/18.07.2014, înregistrată la Consiliu cu nr. 23382/21.07.2014, solicitând:

- respingerea excepției inadmisibilității contestației pe motiv că nu a fost constituită garanția de bună conduită.

- respingerea excepției tardivității formulării contestației invocată de ....

- pe fond, admiterea contestației, respectiv obligarea Companiei Naționale de Căi Ferate ... SA să precizeze în mod clar și fără echivoc, printr-o clarificare publicată în SEAP, faptul că:

- Fișele Tehnice publicate a) în documentul „Proiect Tehnic. Lot 5 - Instalații de Siguranța Circulației - Semnalizări”, Volumul II - Liste de cantități (pentru Lotul 1) și respectiv (b) în documentul „Lot 4 - Instalații de Siguranța Circulației - Semnalizări - Proiect Tehnic - Volumul 2 - Liste de Cantități” (pentru Lotul 2) și în particular Fișele Tehnice nr. 19, 20, 21, 22 sunt DOAR INFORMATIVE (pentru ambele loturi ale Procedurii) și că

- ofertele pentru partea de GSM-R a proiectului vor fi întocmite luând în considerare cerințele din documentul „... Cerințe Beneficiar GSM- R”.

- să revoce/să anuleze Răspunsul de clarificare/remediere nr. 18/4/1625/07.07.2014 publicat de ... în SEAP în data de 08.07.2014.

Autoarea contestației își rezervă dreptul de a solicita pe cale separată cheltuielile ocazionate de prezenta contestație.

Întrucât Răspunsul de clarificare/remediere nr. 18/4/1625 din 07.07.2014, publicat de ... în SEAP în data de 08.07.2014, ulterior formulării contestației ar fi în contradicție cu măsurile impuse de Consiliu ca urmare a admiterii contestației, pentru corecta implementare a deciziei este important să fie anulate oricare și toate actele contrare.

Referitor la excepția inadmisibilității contestației, pe motiv că nu a fost constituită garanția de bună conduită, petenta solicită respingerea acesteia, având în vedere că a depus contestația la oficiul poștal în data

de ... pentru a fi transmisă atât Consiliului cât și autorității contractante, conform dovezilor deja depuse la CNSC.

În ceea ce privește excepția tardivității formulării contestației, invocată de autoritatea contractantă, petenta solicită respingerea acesteia, deoarece data de referință prin raportare la care se verifică formularea în termen a contestației este data depunerii acesteia la oficiul poștal, respectiv data de ... iar nu data înregistrării la registratura CNSC sau a ... (03.07.2014).

Contestația sa a rămas fără obiect doar parțial, respectiv exclusiv și limitativ în ceea ce privește specificațiile tehnice remediate de ... prin Clarificarea din 16 iulie 2014.

Cu toate că în contestație a criticat ca restrictive, excesive și disproporționate toate Fișele tehnice și în special Fișele tehnice 19, 20, 21, 22 (în integralitatea lor), prin Clarificarea din 16 iulie 2014 ... a remediat doar un număr infim de specificații tehnice din Fișele Tehnice 19, 20, 21, 22.

Contestația sa a rămas fără obiect strict în ceea ce privește criticile aduse specificațiilor remediate de ... prin Clarificarea din 16 iulie 2014.

Chiar și așa, petenta consideră că ar fi fost de preferat și ar fi în continuare de preferat ca ... să formuleze un răspuns generic, în sensul că respectivele specificații sunt informative întrucât abordarea utilizată este ambiguă și, față de complexitatea și amploarea documentației, îngreunează urmărirea modificărilor aduse de ... documentației inițiale.

Contestația nu a rămas integral fără obiect prin publicarea în SEAP, de către ... a Clarificării din 16 iulie 2014.

Clarificarea ... publicată în 8 iulie 2014

Din Răspunsul ... din 8 iulie 2014 nu rezultă că Fișele tehnice sunt informative, astfel cum a solicitat, prin contestație, a se clarifica.

Clarificarea ... din 16 iulie 2014

Prin Clarificarea din 16 iulie 2014 ... a remediat doar o foarte mică parte dintre specificațiile tehnice impuse cu nerespectarea legislației achizițiilor publice.

De aceea, obiectul contestației subzistă prin raportare la toate celelalte specificații tehnice cuprinse în Fișele tehnice, și în special în Fișele tehnice nr. 19, 20, 21, 22.

Lista specificațiilor tehnice problematice inclusă în contestație (și remediate de ...) a fost doar exemplificativă.

Acceptând modificarea unor specificații tehnice prin Clarificarea din 16 iulie 2014, ... recunoaște implicit că Fișele tehnice nu respectă legislația achizițiilor publice.

... trebuie să meargă mai departe și să ia măsuri de remediere complete, în sensul declarării tuturor Fișelor tehnice ca fiind informative, și în special a Fișelor Tehnice 19-22.

Este adevărat că această Procedură este independentă față de celelalte trei, organizate tot de ... și în care ... a clarificat caracterul informativ al Fișelor Tehnice, însă măsurile dispuse anterior în mod voluntar de ... (deci fără constrângerea Consiliului/instanței) prezintă relevanță faptică și juridică.

Petenta arată că în tabelul din contestație a prezentat succint și concret specificații tehnice din Fișele tehnice de natură a limita în mod nejustificat accesul la procedură.

Prin urmare, în vederea garantării liberei concurențe între ofertanții participanți la procedura de atribuire, se impune confirmarea expresă de către autoritate a faptului că respectivele cerințe incluse în Fișele tehnice sunt informative, iar nu obligatorii.

După cum a făcut și în contestație, continuă exemplificările și în prezentele concluzii scrise :

(i) Specificații tehnice inaplicabile în cazul prezentei proceduri:

Aceste cerințe nu pot fi îndeplinite de niciunul dintre ofertanți și ar atrage invalidarea procedurii de licitație:

Exemplu:

Fișa tehnică nr. 22 emisă pentru Unitatea de Transcodare - TCU:

- 3.16 EN 50155 Echipament electronic folosit pe Material Rulant

Fișa tehnică 21 emisă pentru Controlerul Stației de Bază (BSC):

- 3.16 EN 50155 Echipament electronic folosit pe Material Rulant

Fișa tehnică 19 emisă pentru sistemul BTS - 4 TRX de interior cu configurația 2/2/0:

- 3.16 EN 50155 Echipament electronic folosit pe Material Rulant

Fișa tehnică 20 emisă pentru sistemul BTS - 2 TRX de interior cu configurația 2/0/0:

- 3.16 EN 50155 Echipament electronic folosit pe Material Rulant

Rezumat explicativ privind Standardul EN 50155:

Acest standard este aplicabil tuturor echipamentelor electronice de control, reglaj, protecție, întreținere, etc. care sunt instalate pe materiale rulante și asociate fie cu:

- bateria de acumulator a vehiculului sau

- o sursă de alimentare cu energie electrică cu tensiune redusă cu sau fără o conexiune directă la sursa de alimentare cu energie electrică (transformator, separator de tensiune, sursă auxiliară de alimentare cu energie) cu excepția circuitelor de energie electrică electronice care sunt în conformitate cu EN 50207.

Concluzie:

Echipamentul BSS GSM-R nu este instalat pe materialul rulant. Unitatea de Transcodare (TCU), Controlerul Stației de Bază (BSC) vor fi instalate într-o cameră destinată sistemelor de telecomunicații a operatorului GSM-R (...), la fel și în cazul BTS (2TRX sau 4 TRX) - acesta va fi instalat în containere sau în interior, în clădiri situate în apropierea șinelor.

Prin urmare, acest standard nu este aplicabil pentru acest echipament.

Exemplu:

Fișa tehnică nr. 22 emisă pentru Unitatea de Transcodare (TCU):

- 3.2 Directiva privind compatibilitatea electromagnetică EMC 89/336

Fișa tehnică nr. 21 emisă pentru Controlerul Stației de Baza BSC:

- 3.10 1999/05/CE Directiva CE

Rezumat privind EMC 89/336

Directiva EMC 89/336 a fost revizuită de organele de standardizare și a fost înlocuită cu Directiva 2004/108/CE Standardul EN 300 386 (Clasa A).

Concluzie:

Directiva EMC 89/336 nu mai este valabilă și a fost înlocuită cu o altă directivă, prin urmare, furnizorul trebuie să asigure conformitatea numai cu noua directivă.

Exemplu

Fișa tehnică nr. 19 emisă pentru sistemul BTS de interior cu configurația - 4TRX 2/2/0;

- 3.14 EN 50128 Aplicațiile căii ferate - Sisteme de comunicații, semnalizare și procesare - Soft pentru controlul căii ferate și sisteme de protecție:

Fișa tehnică nr. 20 emisă pentru sistemul BTS de interior cu configurația - 2TRX 2/0/0:

- 3.14 EN 50128 Aplicațiile căii ferate - Sisteme de comunicații, semnalizare și procesare - Soft pentru controlul căii ferate și sisteme de protecție

Fișa tehnică nr. 22 emisă pentru Unitate de Transcodare (TCU):

- 3.14 EN 50128 Aplicațiile căii ferate - Sisteme de comunicații, semnalizare și procesare - Soft pentru controlul căii ferate și sisteme de protecție

Fișa tehnică nr. 21 emisă pentru Controlerul Stației de Bază (BSC):

- 3.14 EN 50128 Aplicațiile căii ferate - Sisteme de comunicații, semnalizare și procesare - Soft pentru controlul căii ferate și sisteme de protecție

Rezumat privind standardul EN 50128

Documentul descrie procedurile și cerințele tehnice pentru dezvoltarea sistemelor electronice programabile pentru aplicațiile de control și monitorizare a căilor ferate. Acesta este aplicabil întregii game de aplicații de securitate. Acestea pot cuprinde de la aplicații de maximă importanță, cum ar fi semnalizarea de siguranță, până la aplicații cu un nivel mai redus de importanță, cum ar fi sistemele informatice de gestiune. Aceste sisteme pot fi implementate utilizând microprocesoare dedicate, controlere programabile logice, sisteme multiprocesor distribuite, sisteme informatice centrale ample și alte arhitecturi.

Concluzie:

Echipamentele, Controlerul Stației de Bază, Unitatea de Transcodare și Stația de Bază constituie echipamente GSM-R și nu sunt considerate aplicații de control al căilor ferate și/sau de monitorizare a căilor ferate. Prin urmare, specificația EN 50128 nu este aplicabilă acestor echipamente. Niciun furnizor GSM-R nu poate asigura conformitatea cu această specificație.

În această privință, se pare, de asemenea, că această specificație a fost retrasă de organele de standardizare.

(ii) Specificații tehnice parțial inaplicabile:

Exemplu:

Fișa tehnică nr. 19 emisă pentru sistemul BTS de interior cu configurația - 4TRX 2/2/0;

- 3.13 EN 50126 Aplicațiile căii ferate - Specificația și demonstrația reabilității, disponibilității, mentenabilității și siguranței (RAMS)

Fișa tehnică nr. 20 emisă pentru sistemul BTS de interior cu configurația - 2TRX 2/0/0;

- 3.13 EN 50126 Aplicațiile căii ferate - Specificația și demonstrația reabilității, disponibilității, mentenabilității și siguranței (RAMS)

Fișa tehnică nr. 22 emisă pentru TCU Unitate de Transcodare;

- 3.13 EN 50126 Aplicațiile căii ferate - Specificația și demonstrația reabilității, disponibilității, mentenabilității și siguranței (RAMS)

Fișa tehnică nr. 21 emisă pentru BSC Controlerul Stației de Bază

- 3.13 EN 50126 Aplicațiile căii ferate - Specificația și demonstrația reabilitării, disponibilității, mentenabilității și siguranței (RAMS)

Rezumat privind standardul EN 50126

Această specificație este împărțită în mai multe secțiuni, în principal: Fiabilitate, Disponibilitate, Mentenabilitate, Siguranță.

Concluzia:

Partea referitoare la siguranță a acestei specificații nu este aplicabilă echipamentelor GSM-R. Prin urmare, nu s-ar putea da o declarație de conformitate integrală cu această specificație, ci doar cu privire la partea aplicabilă.

*Analizând documentele existente la dosarele cauzei, Consiliul constată următoarele:*

Pentru atribuirea contractului având ca obiect „Reabilitarea liniei de cale ferată ...”, ... în calitate de autoritate contractantă a inițiat procedura licitație deschisă, prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr. ... din 13.06.2013, odată cu care a postat și documentația de atribuire. Nemulțumite de conținutul documentației de atribuire, ... .. SC ... SRL și ... au formulat prezentele contestații, solicitând:

- obligarea autorității contractante la adoptarea măsurilor de remediere privind criteriile de calificare privind capacitatea tehnică - experiența similară;

- obligarea autorității contractante la adoptarea măsurilor de remediere privind prevederile nerealiste și disproporționate din cadrul contractului de lucrări.

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

- modificarea criteriilor de calificare stabilite prin documentația de atribuire criticate prin contestație (...)

- remedierea fișei de date, în sensul precizării faptului că experiența similară solicitată poate fi îndeplinită de către un singur terț susținător pentru toate specialitățile cuprinse în contract, aceasta fiind singura situație care respectă prevederile legale în vigoare;

- remedierea prevederilor din fișa de date ce se referă la suprafața minimă a unei clădiri construite, în sensul precizării faptului că

experiența similară solicitată vizează suprafața desfășurată a construcțiilor;

- remedierea cerințelor ce trebuie îndeplinite de managerul de proiect, astfel încât să fie eliminate încălcările aduse prevederilor art. 179 alin. (1) și (2) din OUG nr. 34/2006;

- remedierea fișei de date, prin obligarea autorității contractante la neaplicarea prevederilor criticate în contestație (...).

- anularea prevederilor nelegale ale documentației de atribuire, respectiv a celor cuprinse în sub-clauzele 8.7 – Penalități de întârziere și 16.2 – Rezilierea contractului de către antreprenor ale acordului contractual publicat ca parte a acestei documentații;

- prelungirea corespunzătoare a termenului de depunere a ofertelor;

- obligarea autorității contractante la plata cheltuielilor de judecată (SC ... SRL).

- obligarea autorității contractante să precizeze în mod clar și fără echivoc, printr-o clarificare publicată în SEAP, faptul că:

- Fișele Tehnice publicate a) în documentul Proiect Tehnic. Lot 5 - Instalații de Siguranța Circulației – Semnalizări, Volumul II - Liste de cantități (pentru Lotul 1) și respectiv (b) în documentul „Lot 4 - Instalații de Siguranța Circulației - Semnalizări - Proiect Tehnic - Volumul 2 - Liste de Cantități (pentru Lotul 2) și în particular Fișele Tehnice nr. 19, 20, 21, 22 sunt DOAR INFORMATIVE (pentru ambele loturi ale procedurii) și că;

- ofertele pentru partea de GSM-R a proiectului vor fi întocmite luând în considerare cerințele din documentul „... Cerințe Beneficiar GSM- R” (...).

Prin contestația depusă, ... în contradictoriu cu ... a solicitat cele menționate în partea introductivă a deciziei, criticând o serie de criterii de calificare stabilite prin documentația de atribuire.

Prin adresa nr. 53/... înregistrată la Consiliu cu nr. 21064/27.06.2013, ... menționează, în mod expres, că renunță la contestația sa din data de ... „având în vedere că, prin măsurile de remediere adoptate de autoritatea contractantă, contestația a rămas fără obiect”.

Cu observarea prevederilor art. 278 alin. (7) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, potrivit cărora Consiliul poate lua act, oricând în cursul soluționării contestației, de renunțarea la aceasta de către contestator, Consiliul urmează să ia act de renunțarea la contestația din data de ... înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. .../... depusă de către ...

De asemenea, în baza aceluiași articol 278 alin. (7) din OUG nr. 34/2006, Consiliul ia act de renunțarea la capătul de cerere nr. 2 (suprafața minimă aferentă experienței similare – construirea unei clădiri) din contestația SC ... cerere formulată prin adresa nr. 1022/... înregistrată la Consiliu cu nr. 21983 din ....

Înainte de a trece la cercetarea pe fond a contestațiilor, în contextul invocării excepției tardivității contestațiilor formulate de SC ...

și ... de către autoritatea contractantă raportat la art. 278 alin. (1) din ordonanță și art. 284 alin. (1) C. proc. civ., Consiliul este ținut să analizeze cu precădere excepția. Astfel fiind, Consiliul constată că autoarele contestațiilor critică documentația de atribuire ce a fost publicată în SEAP la 13.06.2014, respectiv 18.06.2014 (data publicării componentei DTE3part.057.rar.p7s). Societățile contestatoare au luat cunoștință despre actul pe care îl reclamă (documentația de atribuire) la 13.06.2014 (SC ...), respectiv 18.06.2014 (...), dată care reprezintă data la care se va raporta termenul legal de depunere a contestației, stabilit în textul art. 256 ind. 2 alin. (1) lit. b) din ordonanța de urgență privind achizițiile publice. Conform acestui text legal, în cazul în care valoarea estimată a contractului care urmează să fie atribuit este egală sau mai mare decât pragurile valorice prevăzute la art. 55 alin. (2), ipoteză în care se încadrează și contractul în referință, contestația poate fi depusă în cel mult 10 zile, începând cu cea următoare luării la cunoștință de către contestator de actul autorității contractante pe care acesta îl consideră nelegal.

Socotirea termenului de contestare se realizează potrivit art. 3 lit. z) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006 – *"Termenul exprimat în zile începe să curgă de la începutul primei ore a primei zile a termenului și se încheie la expirarea ultimei ore a ultimei zile a termenului; ziua în cursul căreia a avut loc un eveniment sau s-a realizat un act al autorității contractante nu este luată în calculul termenului. Dacă ultima zi a unui termen exprimat altfel decât în ore este o zi de sărbătoare legală, o duminică sau o sâmbătă, termenul se încheie la expirarea ultimei ore a următoarei zile lucrătoare"* –, ceea ce înseamnă că, în speță, cele zece zile pentru depunerea în termen a contestațiilor de către operatorii economici atât la Consiliu, cât și la autoritate, expiră la finele zilei de luni ... respectiv luni 30.06.2014. SC ... a formulat și transmis contestația sa atât la Consiliu, cât și la autoritatea contractantă, la ... (prin poștă conform documentelor anexate în susținere). ... a formulat și transmis contestația sa atât la Consiliu, cât și la autoritatea contractantă, la ... (prin poștă conform documentelor anexate în susținere). Regula cuprinsă la art. 183 C. proc. civ., conform căreia *actul de procedură depus în interiorul termenului prevăzut de lege prin scrisoare recomandată la oficiul poștal sau depus la un serviciu de curierat rapid ori la un serviciu specializat de comunicare este socotit a fi făcut în termen*, se aplică și procedurii în fața Consiliului, constituind dreptul comun în materie (art. 297 din ordonanță). Prin analogie, ea se aplică și comunicării către autoritatea contractantă. În atari condiții, se respinge ca nefondată excepția tardivității contestațiilor ridicată de autoritatea contractantă.

De asemenea, Consiliul constată netemeinicia excepției invocate de autoritatea contractantă privind aplicarea dispozițiilor art. 271<sup>1</sup> din OUG nr. 34/2006 pentru neconstituirea garanției de bună conduită. Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 51/2014 ce a modificat OUG nr. 34/2006 a intrat în vigoare la data de 30.06.2014 data publicării ei în Monitorul



Oficial al României nr. 488/30.06.2014. Art. II din OUG nr. 51/2014 prevede: *Contestațiile/Cererile/Plângerile aflate în curs de soluționare la Consiliu/instanța de judecată la data intrării în vigoare a prezentei ordonanțe de urgență continuă să fie soluționate în condițiile și cu procedura prevăzută de legea în vigoare la data la care au fost depuse.* Cum cele două contestații au fost depuse la ... și ... (data poștei), anterior datei de 30.06.2014 când a intrat în vigoare OUG nr. 51/2014, operatorii economici nu aveau obligația constituirii garanției de bună conduită.

Criticile contestatoarei ... formulate împotriva cerinței privind experiența similară bazate pe caracterul restrictiv al perioadei de maxim cinci ani, sunt considerate de Consiliu neîntemeiate. În motivare Consiliul are în vedere dispozițiile art. 188 alin. (3) din OUG nr. 34/2006 prevăd: *În cazul aplicării unei proceduri pentru atribuirea unui contract de lucrări, în scopul verificării capacității tehnice și/sau profesionale a ofertanților/candidaților, autoritatea contractantă are dreptul de a le solicita acestora, în funcție de specificul, de volumul și de complexitatea lucrărilor ce urmează să fie executate și numai în măsura în care aceste informații sunt relevante pentru îndeplinirea contractului, următoarele:*

a) *o listă a lucrărilor executate în ultimii 5 ani, însoțită de certificări de bună execuție pentru cele mai importante lucrări.*

Totodată, prin Anexa la Ordinul ANRMAP nr. 509/2011, referitor la experiența similară se precizează ca nefiind restrictivă solicitarea de forma: a) *O listă a lucrărilor executate în ultimii 5 ani, însoțită de certificări de bună execuție pentru cele mai importante lucrări* Această listă poate fi însoțită de cel puțin un document sau de un număr maxim de documente [contract(e)/proces(e) verbal(e) de recepție etc.] prin care să se confirme executarea lucrărilor în valoare de ... și, după caz, având o capacitate de ....

Articolul 12 din Ordinul ANRMAP nr. 509/2011 precizează situația în care experiența similară solicitată în ultimii 5 ani poate fi considerată restrictivă, respectiv: *Solicitarea unei cerințe minime de calificare și selecție referitoare la prezentarea unui contract similar de furnizare/prestare/execuție, semnat/încheiat și/sau început în ultimii 3, respectiv 5 ani, devine restrictivă din considerentul că există posibilitatea ca un operator economic să fi semnat/încheiat și/sau să fi început un astfel de contract în urmă cu mai mult de 3 sau 5 ani, dar să poată prezenta experiența similară realizată în perioada solicitată.*

Cum prin fișa de date a achiziției autoritatea contractantă și-a exprimat clar poziția privind modul de îndeplinire a cerinței privind experiența similară în total acord cu dispozițiile OUG nr. 34/2006 cât și a Ordinului ANRMAP nr. 509/20011, respectiv de a se prezenta *Lista contractelor de lucrări executate și duse la bun sfârșit, în ultimii 5 ani calculați până la data limită de depunere a ofertelor. Din listă trebuie să reiasă îndeplinirea următoarelor cerințe:*

.....

*Contractul/contractele prezentat/prezentate în vederea demonstrării experienței similare trebuie să fie finalizat/finalizate, iar*

*lucrările trebuie să fie executate și duse la bun sfârșit, cu mențiunea: Conform prevederilor ORDIN ANRMAP 509/2011, art. 14 alin.(1) Prin formulele "lucrări executate și duse la bun sfârșit" și "contract de lucrări finalizat" se înțelege:*

- *lucrări recepționate parțial care sunt însoțite de proces-verbal de recepție parțială; sau*
- *lucrări recepționate însoțite de proces-verbal la terminarea lucrărilor; sau*
- *lucrări recepționate însoțite de proces-verbal de recepție finală, cerința autorității contractante nu poate fi considerată restrictivă.*

Dispozițiile articolelor mai sus citate trebuie privite prin prisma faptului că legiuitorul a avut în vedere limitarea perioadei în care se poate demonstra experiența similară în cazul contractelor de lucrări la 5 ani, în sensul că o perioadă mai mică de 5 ani ar fi restrictivă. Prin impunerea unei perioade de 5 ani autoritatea contractantă a respectat dispozițiile legale mai sus citate.

Criticile contestatoarei SC ... împotriva cerinței de calificare privind experiența similară, cu referire la faptul că autoritatea contractantă a permis posibilitatea îndeplinirii acesteia pentru fiecare din cele opt componente de către un susținător, sunt considerate de Consiliu nefondate. Din analiza criticii contestatoarei Consiliul constată că aceasta nu invocă caracterul restrictiv al cerinței ce nu iar permite participarea la procedură ci este nemulțumită de faptul că formularea dată de autoritatea contractantă este prea permisivă, prin admiterea susținătorilor putând participa la procedură societăți ce nu dețin experiență similară reprezentativă în domeniul infrastructurii feroviare. În conformitate cu dispozițiile art. 255 din OUG nr. 34/2006, (1) *Orice persoană care se consideră vătămată într-un drept ori într-un interes legitim printr-un act al autorității contractante, prin încălcarea dispozițiilor legale în materia achizițiilor publice, poate solicita, prin contestație, anularea actului, obligarea autorității contractante de a emite un act, recunoașterea dreptului pretins sau a interesului legitim pe cale administrativ-jurisdicțională, în condițiile prezentei ordonanțe de urgență.*

(2) *În sensul prevederilor alin. (1), prin persoană vătămată se înțelege orice operator economic care:*

*a) are sau a avut un interes legitim în legătură cu respectiva procedură de atribuire;*

*b) a suferit, suferă sau riscă să sufere un prejudiciu ca o consecință a unui act al autorității contractante, de natură să producă efecte juridice, ori ca urmare a nesoluționării în termenul legal a unei cereri privind respectiva procedura de atribuire.*

Deși contestatoarea a demonstrat că are un interes să participe la procedura de achiziție în cauză ea nu a dovedit prejudiciul care l-ar putea suferi datorită faptului că cerința de calificare privind experiența similară este prea permisivă. În conformitate cu dispozițiile art. 178 alin. (2) din OUG nr. 34/2006, *Autoritatea contractantă nu are dreptul de a solicita îndeplinirea unor cerințe minime referitoare la situația economică*

*și financiară și/sau la capacitatea tehnică și profesională, care ar conduce la restricționarea participării la procedura de atribuire.* Cum cerința de calificare este mult mai permisivă (admite îndeplinirea cerinței de calificare pentru fiecare componentă de către un susținător), contestatoarea nu poate fi prejudiciată în niciun fel. Scopul ordonanței de urgență, precum și interesul autorității contractante este de a se permite participarea la procedura de atribuire a cât mai multor operatori economici și nu restricționarea la un număr limitat de operatori economici.

Aceeași este situația și în ceea ce privește criticile contestatoarei SC ... formulate împotriva cerinței de calificare privind experiența specifică a managerului de proiect care în opinia sa nu respectă prevederile art. 179 alin. (1) și (2) din OUG nr. 34/2006. Prin fișa de date a achiziției, la cap. III.2.3.a) Capacitatea tehnica și/sau profesionala, autoritatea contractantă a solicitat:

### *2.1. Managerul de proiect*

*Persoana desemnată trebuie să îndeplinească următoarele cerințe:*

- *absolvent de studii superioare*
- *experiența specifică – implicarea ca manager de proiect sau ca adjunct al managerului de proiect în cel puțin un contract și implicarea în calitate de expert în cel puțin un contract de reabilitare/modernizare a infrastructurii și/sau suprastructurii feroviare.*

*Domeniul infrastructurii și/sau se refera la calea ferată și nu cuprinde domeniile metrou și tramvai.*

Contestatoarea consideră că trebuie să se precizeze expres că experiența ca manager de proiect trebuie demonstrată printr-un proiect derulat în domeniul feroviar și de aceeași complexitate cu cel supus licitației. De asemenea, dorește să se precizeze domeniul de expertiză al persoanei desemnate ca manager de proiect iar demonstrarea experienței ca expert să se facă prin prezentarea unui contract de aceeași complexitate și de lucrări nu de prestări servicii.

În conformitate cu dispozițiile art. 188 alin. (3) din OUG nr. 34/2006, autoritatea contractantă are dreptul și nu obligația de a solicita ofertanților informații referitoare la studiile pregătirea profesională și calificarea persoanelor de conducere precum și a persoanelor responsabile de execuția contractului. În același timp, dispozițiile art. 178 alin. (2) din aceeași ordonanță de urgență prevăd că *Autoritatea contractantă nu are dreptul de a solicita îndeplinirea unor cerințe minime referitoare la situația economică și financiară și/sau la capacitatea tehnică și profesională, care ar conduce la restricționarea participării la procedura de atribuire.*

Chiar dacă autoritatea contractantă nu avea obligația de a impune cerințe de calificare pentru personalul desemnat responsabil cu execuția contractului totuși aceasta a impus un minim de cerințe care să-i asigure certitudinea că operatorii economici participanți au experiență în domeniul contractului supus achiziției.

În condițiile în care cerințele de calificare în forma existentă în documentația de atribuire nu-i restricționează în vreun fel participarea la

procedură, contestatoarea nu poate solicita înăsprirea condițiilor de calificare doar cu scopul de a limita participarea altor operatori economici la această procedură. Scopul autorității contractante este de a participa la procedură cât mai mulți operatori economici, dintre care să-l aleagă pe cel mai bun atât din punct de vedere tehnic cât și financiar.

Referitor la criticile celor trei contestatoare (... .. S.R.L. și SC ...) formulate împotriva anumitor clauze contractuale din cadrul Clauzelor Speciale de Contractare aprobate prin Ordinul ministrului Transporturilor nr. 774/2013, Consiliul are în vedere că în cadrul documentației de atribuire, autoritatea contractantă a inclus Acordul contractual prin care se precizează:

*În conformitate cu prevederile art.33, alin. 2, lit. c din OUG 34/2006 cu modificările și completările ulterioare, clauzele contractuale obligatorii sunt următoarele:*

#### **1. CONDIȚIILE SPECIALE ALE CONTRACTULUI**

*Condițiile speciale ale contractului sunt cele prevăzute în ANEXA nr. 2 la OMT nr. 774 din 15 mai 2013 pentru aprobarea condițiilor contractuale speciale privind contractele pentru echipamente și construcții, inclusiv proiectare, și cele privind contractele pentru construcții clădiri și lucrări ingineresti proiectate de către beneficiar ale Federației Internaționale a Inginerilor Consultanți în Domeniul Construcțiilor (FIDIC) pentru obiective de investiții din domeniul infrastructurii de transport feroviar, finanțate din fonduri publice  
EMITENT: MINISTERUL TRANSPORTURILOR ȘI INFRASTRUCTURII  
PUBLICAT ÎN: MONITORUL OFICIAL nr. 294 bis din 23 mai 2013,  
și*

#### **2. CONDIȚIILE GENERALE ALE CONTRACTULUI**

*Condițiile generale ale contractului sunt cele prevăzute în ANEXA nr. 2 la HG nr. 1405/28.12.2010 privind aprobarea condițiilor contractuale ale Federației Internaționale a Inginerilor Consultanți în Domeniul Construcțiilor (FIDIC) pentru obiective de investiții în domeniul infrastructurii de transport de interes național, finanțate din fonduri publice, EMITENT: GUVERNUL - PUBLICAT ÎN: MONITORUL OFICIAL nr. 51 din 20 ianuarie 2011.*

De asemenea, autoritatea contractantă a postat în SEAP conținutul celor două acte normative ca și componente ale documentației de atribuire.

Prin art. 2 din HG nr. 1405/2010 care aprobă printre altele, utilizarea Condițiilor de contract pentru construcții clădiri și lucrări ingineresti proiectate de către beneficiar, prevăzute la anexa nr. 2, ale Federației Internaționale a Inginerilor Consultanți în Domeniul Construcțiilor (FIDIC), pentru obiective de investiții din domeniul infrastructurii de transport de interes național, finanțate din fonduri publice, se dispune că „Toate unitățile aflate în subordinea sau sub autoritatea Ministerului Transporturilor și Infrastructurii au obligația de a folosi condițiile contractuale prevăzute la art. 1 la încheierea contractelor de lucrări pentru obiective de investiții din domeniul infrastructurii de transport de interes național, finanțate din fonduri publice, atunci când

valoarea estimată a contractului depășește pragul valoric prevăzut de art. 124 lit. c) 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”.

În același timp, prin art. 3 al aceleiași hotărâri de guvern sunt prevăzute următoarele: „Condițiile contractuale speciale, de modificare/completare a condițiilor de contract prevăzute la art. 1, se vor aproba prin ordin al ministrului transporturilor și infrastructurii”.

Având în vedere această ultimă prevedere a actului normativ invocat prin care legiuitorul a delegat Ministerului Transporturilor și Infrastructurii obligația de a elabora condițiile contractuale speciale, prin Ordinul Ministrului Transporturilor nr. 774 din 15 mai 2013 pentru aprobarea condițiilor contractuale speciale privind contractele pentru echipamente și construcții, inclusiv proiectare, și cele privind contractele pentru construcții clădiri și lucrări ingineresti proiectate de către beneficiar ale Federației Internaționale a Inginerilor Consultanți în Domeniul Construcțiilor (FIDIC) pentru obiective de investiții din domeniul infrastructurii de transport feroviar, finanțate din fonduri publice, publicat în Monitorul Oficial al României nr. 294 bis/23 mai 2013, au fost aprobate condițiile contractuale speciale privind contractele pentru echipamente și construcții, inclusiv proiectare, și cele privind contractele pentru construcții clădiri și lucrări ingineresti proiectate de către beneficiar ale Federației Internaționale a Inginerilor Consultanți în Domeniul Construcțiilor (FIDIC) pentru obiective de investiții din domeniul infrastructurii de transport feroviar, finanțate din fonduri publice.

Deși SC ... a atacat la Curtea de Apel ... Ordinul nr. 774/2013 solicitând anularea lui în data de 14.05.2014 (face obiectul dosarului nr. 3253/2/2014 – primul termen fiind stabilit pentru 26.09.2014), până la pronunțarea unei decizii pro sau contra de către Curtea de apel, dispozițiile ordinului nr. 774/2013 sunt în vigoare și produc efecte (contestatoarea nefăcând dovada suspendării aplicării prevederilor Ordinului nr. 774/2013 de către instanță).

Sușinerile contestatoarei că Consiliul ar trebui să ia în considerare la soluționarea contestației prevederile proiectului de ordonanță de urgență existent pe site-ul Ministerului Fondurilor Europene, sunt considerate de Consiliu nefondate. În condițiile în care Ordinul nr. 774/2013 este în vigoare la acest moment, prevederile sale sunt obligatorii pentru autoritatea contractantă, dispozițiile proiectului de ordonanță de urgență propus de Ministerul Fondurilor Europene putând fi luate în considerare doar la momentul aprobării acesteia de către Guvern (așa cum precizează chiar contestatoarea la acest moment este doar o propunere).

De asemenea, referirea făcută de contestatoarea ... S.R.L. la o decizie emisă de Curtea de Apel ... într-o altă speță, nu poate fi reținută de Consiliu, având în vedere diferențele dintre cele două cauze,

probatoriile administrate, în sensul că, Ordinul nr. 258/2013 emis de Ministerul pentru Proiecte de Infrastructură și Investiții Străine, invocat în speța exemplificată de contestatoare, a fost publicat exclusiv pe site-ul autorității contractante, în timp ce Ordinul nr. 774/2013, fiind de interes general, este publicat în Monitorul Oficial al României nr. 294 bis/23 mai 2013, fiind opozabil erga omnes.

În aceste condiții, având în vedere faptul că sub-clauzele 4.26 - Utilități existente, 4.2 - Garanția de bună execuție, 14.9 - Plata sumelor reținute, 8.7 - Penalități de întârziere, 14.7 - Plăți (subparagraful b), 14.8 - Întârzieri în efectuarea plăților, 15.2 - Rezilierea contractului de către beneficiar și 4.4 - Subantreprenori, din condițiile speciale ale contractului, nu contrazic prevederile contractuale generale aprobate prin HG nr. 1405/2014 privind aprobarea utilizării unor condiții contractuale ale Federației Internaționale a Inginerilor Consultanți în Domeniul Construcțiilor (FIDIC) pentru obiective de investiții din domeniul infrastructurii de transport de interes național, finanțate din fonduri public, ci constituie o particularizare a acestora, criticile formulate de ... S.R.L. și de SC ... privind aceste sub-clauze contractuale apar ca fiind neîntemeiate deoarece acestea constituie, de fapt, clauze aprobate prin OMT nr. 774/2013 ceea ce face dovada că în realitate autoritatea contractantă a procedat la întocmirea documentației de atribuire cu aplicarea întocmai a unor reglementări legale imperative astfel încât cererea contestatoarei de modificare a acestora apare ca nefondată.

Pe de altă parte, analizând conținutul sub-clauzei 16.2 - Rezilierea contractului de către Antreprenor, lit. c) din clauzele contractuale speciale, rezultă că acestea prevăd posibilitatea ca antreprenorul să rezilieze contractul când nu primește suma datorată potrivit Certificatului Intermediar de Plată în termen de 420 de zile, contrar atât prevederilor contractuale generale care prevăd pentru aceeași situație un termen de 42 de zile, cât și prevederilor art. 6 din Legea nr. 72/2013 care dispun că „Termenele de plată stabilite în contract pentru executarea obligațiilor autorităților contractante nu pot fi mai mari decât termenele stabilite potrivit art. 6 alin. (1). În mod excepțional, părțile pot stipula un termen de plată de maximum 60 de zile calendaristice, dacă acesta este stabilit expres în contract și în documentația achiziției și este obiectiv justificat, ținând cont de natura sau caracteristicile specifice ale contractului, sub rezerva ca această clauză să nu fie abuzivă, în sensul art. 12”, ceea ce face critica privind acest aspect să fie întemeiată, fiind necesară corelarea termenului criticat din condițiile speciale ale contractului cu termenul prevăzut în condițiile generale.

În aceste condiții, contestațiile formulate de ... S.R.L. și SC ... care privesc sub-clauzele analizate anterior din condițiile speciale ale contractului, apar ca fiind în parte întemeiate, respectiv în ceea ce privește sub-clauza 16.2 lit. c).

Trecând la analiza contestației formulate de ... Consiliul constată că aceasta este neîntemeiată. Din conținutul contestației rezultă că aceasta este îndreptată împotriva documentației de atribuire, respectiv împotriva

unor prevederi ale fișelor tehnice nr. 19, 20, 21 și 22, care în opinia sa conțin cerințe restrictive.

În conformitate cu dispozițiile art. 256<sup>3</sup> din OUG nr. 34/2006, ca urmare a depunerii contestației, autoritatea contractantă a adoptat două măsuri de remediere, publicate în SEAP, la 08.07.2014 și 16.07.2014, sub denumirile „răspuns 6” și „răspuns 11”, înregistrate la autoritatea contractantă sub nr. 18/4/1625/07.07.2014 și respectiv nr. 18/4/1758 din 16.07.2014 prin care, precizează, pe de o parte, că „în situația existenței unor diferențe între cerințele fișelor tehnice și cerințele beneficiarului, prevalează cerințele beneficiarului ..., pentru a se asigura evaluarea corespunzătoare a ofertelor depuse, cu respectarea deplină a acestor cerințe obligatorii”, iar pe de altă parte, în legătură cu fiecare dintre cerințele criticate din fișele tehnice 19, 20, 21 și 22, adoptarea măsurilor de remediere în sensul acceptării unor specificații mai permissive.

Din compararea măsurii de remediere publicată în SEAP la data de 08.07.2014 (adresa nr. 18/1625/07.07.2014), potrivit căreia „Referitor la fișele tehnice publicate în documentele Proiect Tehnic Lot 5 – Instalații de Siguranța Circulației – Semnalizări, Volumul II – Liste cantități (pentru lotul 1), respectiv Proiect Tehnic Lot 4 – Instalații de Siguranța Circulației – Semnalizări, Volumul II – Liste cantități (pentru lotul 2) și Fișele tehnice nr. 19, 20, 21, 22 (pentru ambele loturi), precizăm că în situația existenței unor diferențe între Cerințele Fișelor Tehnice și Cerințele Beneficiarului, prevalează Cerințele Beneficiar ..., pentru a se asigura evaluarea corespunzătoare a ofertelor depuse, cu respectarea deplină a acestor cerințe obligatorii”, cu cerința contestatoarei ca „ofertele pentru partea de GSM-R a proiectului vor fi întocmite luând în considerare cerințele din documentul «... Cerințe Beneficiar GSM-R»”, rezultă că, sub acest aspect contestația este rămasă fără obiect.

Astfel, referitor la critica autoarei contestației aferentă fișei tehnice nr. 19 și fișei tehnice nr. 20, parametru 1.2 - gama temperaturii de operare -20°C la +55°C, potrivit căreia nu se justifică limitele de temperatură mari, autoritatea contractantă, prin măsurile de remediere adoptate acceptă și alte limite de temperatură, cu condiția ca echipamentul să asigure îndeplinirea tuturor funcționalităților sistemului, ceea ce conduce la rămânerea fără obiect a acestei critici.

În cadrul aceleiași fișe tehnice, contestatoarea a criticat și parametru „puterea la ieșire GSM850/900 GMSK 68W 8-PSK 34W”, susținând că și un echipament care suportă valori inferioare, de exemplu 60W, generează suficientă putere la ieșire, îndeplinind totodată cerințele standard, iar autoritatea contractantă a luat măsura de remediere acceptând și alte puteri, cu condiția ca nivelul minim de semnal să fie minim – 92 dBm, astfel că și sub acest aspect contestația este rămasă fără obiect.

Și în ceea ce privește celelalte două critici formulate în legătură cu aceeași fișă tehnică, respectiv cele referitoare la „microwave hardware integrated” și „Rx sensibilitate până la – 116 dBm<sup>2</sup>”, autoritatea contractantă a luat măsuri de remediere, în sensul că a eliminat

termenul „intergrated” și a acceptat și alte valori ale parametrului „Rx” cu condiția ca echipamentul să asigure îndeplinirea tuturor funcționalităților sistemului”, astfel că și aceste critici sunt rămase fără obiect.

Referitor la criticile formulate în legătură cu fișa tehnică nr. 21, privind parametrii capacitate 2000 TRXS și gama temperaturii de operare -20°C la +55°C, autoritatea contractantă a luat măsuri de remediere în sensul că a menționat că acceptă și altă capacitate, dar nu mai mică de 200TRXS și respectiv că acceptă și alte limite de temperatură cu condiția ca echipamentul să asigure îndeplinirea tuturor funcționalităților sistemului”, sub acest aspect contestația rămânând fără obiect.

În ceea ce privește criticile aferente fișei tehnice nr. 22, Consiliul constată că acestea au în vedere trei aspecte:

- gama temperaturii de operare -20°C la +55°C, cerință remediată de autoritatea prin acceptarea și a altor limite de temperatură, cu condiția ca echipamentul să asigure îndeplinirea tuturor funcționalităților sistemului;

- interfața OMCX.25 conexiune via PSPDN sau MSC considerând necesară folosirea unui TCP/IP via Ethernet care reprezintă protocolul cel mai nou, remediată de autoritatea contractantă prin precizarea că acceptă și folosirea unui echipament TCP/IP via Ethernet, cu condiția ca echipamentul să asigure îndeplinirea tuturor funcționalităților sistemului;

- interfața LMTX.21/V.11(64 kbit/s), considerând necesară folosirea unui TCP/IP via Ethernet care reprezintă protocolul cel mai nou, remediată de autoritatea contractantă prin precizarea că acceptă și folosirea unui echipament TCP/IP via Ethernet, cu condiția ca echipamentul să asigure îndeplinirea tuturor funcționalităților sistemului.

Având în vedere că autoritatea contractantă a acceptat și alți parametri, nenominalizați, dar care „să asigure îndeplinirea tuturor funcționalităților sistemului”, deci respectivele fișe tehnice au fost modificate în sensul asigurării cerințelor funcționale conform art. 35 alin. (6) lit. b) din OUG 34/2006 prin renunțarea la intervale stabilite pentru anumiți parametri criticați de contestatoare, Consiliul apreciază că, sub acest aspect contestația este neîntemeiată.

Sușinerile contestatoarei din cadrul adresei nr. 2183/18.07.2014, înregistrată la Consiliu sub nr. 23382/21.07.2014 (reprezentând concluzii scrise la punctul de vedere al autorității contractante), prin care arată că, de fapt, criticile sale privesc toate fișele tehnice nu pot fi reținute, întrucât acestea nu au fost motivate și nici dovedite, fiind simple afirmații, contestația rezumându-se la a exemplifica aspecte restrictive din cadrul fișelor tehnice nr. 19, 20, 21 și 22, astfel că, față de prevederile art. 249 din Noul cod de procedură civilă, care dispune că „Cel care face o susținere în cursul procesului trebuie să o dovedească, în afară de cazurile anume prevăzute de lege”, acestea urmează a fi respinse ca neîntemeiate.

Consiliul nu poate reține nici criticile referitoare la „specificațiile tehnice inaplicabile” exemplificate de contestatoare prin adresa nr. 2183/18.07.2014, înregistrată la Consiliu sub nr. 23382/21.07.2014



(reprezentând concluzii scrise la punctul de vedere al autorității contractante), acestea neregăsindu-se în contestația inițială, fiind inadmisibile în condițiile în care prin contestația ce face obiectul dosarului .../2014, Consiliul nu a fost investit cu asemenea critici.

Astfel, Consiliul are în vedere prevederile art. 270 din OUG nr. 34/2006, care stipulează următoarele: „Contestația se formulează în scris și trebuie să conțină următoarele elemente: a) numele, domiciliul sau reședința contestatorului ori, pentru persoanele juridice, denumirea, sediul lor și codul unic de înregistrare. În cazul persoanelor juridice se vor indica și persoanele care le reprezintă și în ce calitate; b) denumirea și sediul autorității contractante; c) denumirea obiectului contractului de achiziție publică și procedura de atribuire aplicată; d) obiectul contestației; e) motivarea în fapt și în drept a cererii; f) mijloacele de probă pe care se sprijină contestația, în măsura în care este posibil; g) semnătura părții sau a reprezentantului persoanei juridice. (2) În situația în care Consiliul apreciază că în contestație nu sunt cuprinse toate informațiile prevăzute la alin. (1), va cere contestatorului ca, în termen de 5 zile de la înștiințarea prin care i se aduce la cunoștință această situație, acesta să completeze contestația. În cazul în care contestatorul nu se conformează obligației impuse de Consiliu, contestația va fi respinsă”.

Din conținutul normei expuse rezultă că persoana vătămată sesizează Consiliul, într-un termen anume dat, cu o contestație care trebuie să cuprindă obligatoriu motivarea în fapt și drept.

Nicăieri în cuprinsul cap. IX din ordonanță nu se amintește că persoana vătămată își poate completa voluntar motivarea contestației prin care s-a delimitat cadrul soluționării, astfel încât Consiliul să analizeze alte critici decât cele cu care a fost investit în termenul legal de contestare.

Este adevărat că OUG nr. 34/2006, prin prevederile art. 275 alin. (6) recunoaște dreptul părților de a depune concluzii scrise în cadrul procedurii de soluționare a contestațiilor, însă instituția juridică a concluziilor scrise nu poate fi confundată cu cea a completării elementelor esențiale ale contestațiilor pentru care legiuitorul a instituit norma citată anterior.

Așadar, contestatoarea din cauza examinată are o viziune greșită asupra noțiunii de „concluzii scrise”, înțelegând prin aceasta că ar putea să formuleze noi motivări. În realitate, concluziile scrise, astfel cum reiese chiar din denumirea lor, constituie o expunere finală a argumentației asupra cererii supuse dezbaterii, nu o nouă motivare a cererii. Concluziile scrise nu pot schimba cadrul procesului, prin suplimentarea motivelor de contestație, pe de o parte, pentru că ele nu sunt supuse regulilor de comunicare către toți candidații implicați care nu sunt parte în dosar, iar pe de altă parte, pentru că s-ar compromite principalul avantaj al procedurii de soluționare a contestației, adică celeritatea ei.

În aceste condiții, Consiliul apreciază că, odată investit în termen prin contestație cu anumite motive de nelegalitate a actului atacat emis

de către autoritatea contractantă, nu mai poate fi reînvestit după expirarea termenului de contestare cu alte motive de nelegalitate, o astfel de conduită reprezentând o completare a motivării în afara termenului legal stipulat de art. 256<sup>2</sup> alin. (1) lit. a) din OUG nr. 35/2006. Practic, în materia achizițiilor publice, pe calea concluziilor scrise, pot fi dezvoltate doar motivele și capetele de cerere despre care s-a făcut vorbire în contestația inițială și completarea acesteia cu elemente esențiale (motivare) ca urmare a solicitării Consiliului în raport de dispozițiile art. 270 alin. (2) din ordonanță.

De altfel, susținerea contestatoarei referitoare la faptul că fișele tehnice ar trebui să aibă caracter informativ, nu poate fi reținută de Consiliu, având în vedere faptul că, acestea conțin specificații tehnice ce descriu necesitățile autorității contractante, astfel că, acceptarea acestora cu caracter informativ ar putea conduce la elaborarea unor oferte care să nu satisfacă nevoile autorității contractante.

Referirile părților din prezentele cauze la jurisprudența Curților de Apel și la alte decizii emise de Consiliu nu pot fi reținute, având în vedere, pe de o parte, faptul că fiecare speță în parte are specificul său și un anumit probatoriu administrat în cauză de părți, iar pe de altă parte, faptul că, în dreptul românesc, precedentul judiciar nu constituie izvor de drept.

Cererea referitoare la plata cheltuielilor de judecată formulată de contestatoarea ... S.R.L. va fi respinsă ca nedovedită, contestatoarea nedepunând, la dosarul cauzei, niciun fel de probe în dovedirea cererii.

Având în vedere faptul că la dosarul cauzei s-au regăsit documentele necesare soluționării cauzelor, solicitarea contestatoarei ... S.R.L. de a depune concluzii oral va fi respinsă, nefiind relevantă cauzei.

În baza art. 278 alin. (2), (4) și (6) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006, Consiliul va admite în parte contestațiile formulate de ... S.R.L. și SC ... urmând a se dispune continuarea procedurii de atribuire după remedierea documentației de atribuire (în referire la subclauza 16.2 din condițiile speciale de contractare), conform celor precizate mai sus. Actul de remediere a documentației va fi postat de autoritate în SEAP, pentru a fi adus la cunoștința operatorilor economici interesați.

În conformitate cu prevederile art. 278 alin. (5) din OUG nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii, aprobată prin Legea nr. 337/2006, cu modificările ulterioare, Consiliul respinge ca nefondate contestațiile formulate de ... și ... precum și restul criticilor din contestațiile formulate de ... S.R.L. și SC ....

Redactată în opt exemplare, conține 76 pagini.

**PREȘEDINTE COMPLET,**

...

**MEMBRU,**

...

...

**MEMBRU,**