CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR

C.N.S.C.

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

În conformitate cu prevederile art. 12 alin. (1) şi ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile şi căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziţie publică, a contractelor sectoriale şi a contractelor de concesiune de lucrări şi concesiune de servicii, precum şi pentru organizarea şi funcţionarea Consiliului Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr. ....
Data: ....

Prin contestaţia nr. 5282/16.05.2017, înregistrată la Consiliul Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor sub nr. 19101/16.05.2017, depusă de către SC .... SRL, cu sediul în ...., având număr de înregistrare la Oficiul Registrului Comerţului ... şi Cod Unic de Înregistrare ..., formulată împotriva documentaţiei de atribuire elaborată de către ..., în calitate de autoritate contractantă cu sediul în ..., referitoare la procedura de licitaţie deschisă online, privind atribuirea contractului de achiziţie publică de lucrări având ca obiect „Proiectare şi execuţie «Pod suspendat peste Dunăre în zona Brăila»”, s-a solicitat:
- obligarea autorităţii contractante la adoptarea măsurilor de remediere ce se impun ca urmare a neregulilor invocate în conţinutul contestaţiei,
- suspendarea procedurii de atribuire până la soluţionarea fondului cauzei.

Prin contestaţia înregistrată la Consiliul Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor sub nr. 20216/23.05.2017, depusă de către SC ..., cu sediul în ..., având număr de ordine în Registrul Comerţului din Roma ..., reprezentată convenţinal de SCA ...” cu sediul ales în ...., formulată împotriva documentaţiei de atribuire elaborată de către ..., în calitate de autoritate contractantă cu sediul în ... referitoare la procedura de licitaţie deschisă online, privind atribuirea contractului de achiziţie publică de lucrări având ca obiect „Proiectare şi execuţie «Pod suspendat peste Dunăre în zona Brăila»”, s-a solicitat:
- obligarea autorităţii contractante la clarificarea/modificarea documentaţiei de atribuire,
- suspendarea procedurii de atribuire până la soluţionarea fondului cauzei,
- în subsidiar, obligarea autorităţii contractante de a prelungi perioada de elaborare şi de depunere a ofertelor cu minim 30 de zile din momentul modificării cerinţelor din documentaţia de atribuire.

CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR,
asupra cauzei de faţă, constată următoarele:

Prin contestaţia nr. 5282/16.05.2017, înregistrată la Consiliul Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor sub nr. 19101/16.05.2017, SC ... SRL în calitate de operator economic interesat de participarea la procedura de atribuire în cauză, critică o serie de prevederi ale documentaţiei de atribuire pe care le consideră abuzive şi nelegale.

1. Astfel, în ceea ce priveşte factorii de evaluare menţionaţi la punctele 2, 3 şi 5 pentru obţinerea punctajului pentru personalul cheie din cadrul fişei de date a achiziţiei, secţiunea IV, Procedura IV.2.1 Criterii de atribuire, respectiv: *„Punctul 2 privind experienţa deţinută de ŞEFUL ECHIPEI DE PROIECTARE, respectiv experienţa deţinută în poziţia de Şef echipă proiectare şi/sau Adjunct Şef Echipă proiectare şi/sau Coordonator Proiect şi/ sau Director Proiect şi/ sau Manager Proiect şi/ sau Adjunct Coordonator Proiect şi/sau Adjunct Director Proiect şi/sau Adjunct Manager Proiect şi/ sau Şef Proiect şi/ sau Adjunct Sef Proiect în cadrul unui proiect tehnic pentru construcţie nouă a unui pod rutier suspendat/hobanat cu o deschidere de cel puţin 300 m şi avand un profil transversal de minim 4 benzi de circulaţie.*

Algoritm de calcul: Participarea expertului propus în poziţia de Şef echipă proiectare şi/sau Adjunct Sef Echipă proiectare şi/sau Coordonator Proiect şi/sau Director Proiect şi/ sau Manager Proiect şi/sau Adjunct Coordonator Proiect şi/sau Adjunct

Director Proiect şi/sau Adjunct Manager Proiect şi/sau Şef Proiect şi/ sau Adjunct Sef Proiect în cadrul unui proiect tehnic pentru construcţie nouă a unui pod rutier suspendat/hobanat cu o deschidere de cel puţin 300 m şi având un profil transversal de minim 4 benzi de circulaţie se va puncta astfel:

- *între 300 şi 349 m pentru deschiderea maximă a podului suspendat/ hobanat: 2 puncte;*
- *între 350 si 449 m pentru deschiderea maximă a podului suspendat/hobanat: 4 puncte;*
- *între 450 si 549 m pentru deschiderea maximă a podului suspendat/hobanat: 6 puncte;*
- *între 550 si 649 m pentru deschiderea maximă a podului suspendat/hobanat: 8 puncte;*
- *650 m sau mai mult pentru deschiderea maximă a podului suspendat/hobanat: 10 puncte",* contestatoarea apreciază ca fiind extrem de restrictiv factorul de evaluare precizat anterior, nu raportat la caracteristicile geometrice specifice ale lucrărilor de artă ce urmează a fi proiectate şi executate ci raportat la proiectele similare care s-au realizat în România în ultimii 50 de ani, respectiv niciunul.

Autoritatea contractantă trebuie să aibă în vedere la stabilirea factorului de evaluarea principiile prevăzute la art. 2 din Legea nr. 98/2016 privind tratamentul egal, proporţionalitatea şi, mai mult decât celelalte, libera concurenţă.

Or, atâta vreme cât în România nu a fost proiectată şi executată nicio lucrare de artă care ar permite întrunirea cerinţei minime privind deschiderea de minim 300 m, este cu atât mai evidentă exacerbarea

factorului de evaluare ce prevede că pentru obţinerea unui punctaj maxim, deschiderea podului suspendat/hobanat să fi fost de 650 m sau mai mult.

Punctul 3 privind experienţa deţinută de INGINERUL PROIECTANT DE PODURI *„în cadrul unor contracte de elaborare studii de fezabilitate şi/sau proiecte tehnice pentru construcţie nouă a cel puţin unui pod rutier suspendat/hobanat cu o deschidere de cel puţin 300 m.*

Algoritm de calcul: Participarea expertului propus în poziţia de Inginer proiectant de poduri şi/sau Inginer proiectant structuri în cadrul unor contracte de elaborare studii de fezabilitate şi/ sau proiecte tehnice pentru construcţie nouă a cel puţin unui pod rutier suspendat/hobanat cu o deschidere de cel puţin 300 m se va puncta astfel:

între 1 -2 contracte: 2 puncte;

între 3-4 contracte: 4 puncte;

între 5-6 contracte: 6 puncte;

mai mult de 6 contracte: 8 puncte".

Contestatoarea apreciază ca fiind extrem de restrictiv factorul de evaluare menţionat mai sus, deoarece în România nu a fost proiectată şi executată nicio lucrare de artă care ar permite întrunirea cerinţei minime privind deschiderea de minim 300 m.

Cu atât mai mult, cerinţa privind executarea mai multor contracte de elaborare studii de fezabilitate şi/ sau proiecte tehnice pentru construcţie nouă a cel puţin unui pod rutier suspendat/ hobanat cu o deschidere de cel puţin 300 m încalcă toate principiile unei proceduri de achiziţie publică prevăzute de art. 2 din Legea nr. 98/2016.

Punctul 5 privind exeprienţa deţinută de MANAGERUL DE PROIECT, respectiv *„experienţa deţinută în poziţia de Manager Proiect şi/ sau Manager General al Proiectului şi/sau Director Proiect şi/sau Coordonator Proiect şi/ sau Adjunct Director Proiect şi/ sau Adjunct Manager Proiect şi/sau Adjunct Manager General al Proiectului şi/sau Adjunct Coordonator Proiect în cadrul unui contract care a avut ca obiect construcţia nouă a unui pod rutier suspendat/hobanat cu o deschidere de cel puţin 300 m şi având un profil transversal de minim 4 benzi de circulaţie. Algoritm de calcul: Participarea expertului propus în poziţia de Manager Proiect şi/sau Manager General al Proiectului şi/sau Director Proiect şi/sau Coordonator Proiect şi/ sau Adjunct Director Proiect şi/sau Adjunct Manager Proiect şi/sau Adjunct Manager General al Proiectului şi/sau Adjunct Coordonator Proiect în cadrul unui contract care a avut ca obiect construcţia nouă a unui pod rutier suspendat/ hobanat cu o deschidere de cel puţin 300 m şi având un profil transversal de minim 4 benzi de circulaţie se va puncta astfel:*

- *între 300 şi 349 m pentru deschiderea maximă a podului suspendat/hobanat: 2 puncte;*
- *între 350 şi 449 m pentru deschiderea maximă a podului suspendat/hobanat: 4 puncte;*
- *între 450 şi 549 m pentru deschiderea maximă a podului suspendat/hobanat: 6 puncte;*
- *între 550 şi 649 m pentru deschiderea maximă a podului suspendat/ hobanat: cV puncte;*

- *650 m sau mai mult pentru deschiderea maximă a podului suspendat/hobanat: 10 puncte.*

Sunt valabile susţinerile menţionate mai sus, respectiv că autoritatea contractantă trebuie să aibă în vedere la stabilirea factorului de evaluare principiile prevăzute de art. 2 din Legea nr. 98/2016 privind tratamentul egal, proporţionalitatea şi mai mult decât celelalte, libera concurenţă.

Or, atâta vreme cât în România nu a fost proiectată şi executată nicio lucrare de artă care ar permite întrunirea cerinţei minime privind deschiderea de minim 300 m este cu atât mai evidentă exacerbarea factorului de evaluarea ce prevede că pentru obţinerea unui punctaj maxim, deschiderea podului suspendat/hobanat să fi fost de 650 m sau mai mult.

2. În ceea ce priveşte capitolul documentaţiei de atribuie care face referire la Condiţiile contractuale, contestatoarea face referire la dispoziţiile art. 5-42 din cadrul Acordului Contractual Proiectare şi Execuţie "Pod Suspendat Peste Dunăre în Zona Brăila" pe care le apreciază ca fiind lovite de nulitate absolută pentru următoarele considerente:

Potrivit dispoziţiilor HG nr. 1405/2010, *"Se aprobă utilizarea Condiţiilor de contract pentru echipamente şi construcţii, inclusiv proiectare, prevăzute în anexa nr. I, şi a Condiţiilor de contract pentru construcţii clădiri şi lucrări inginereşti proiectate de către beneficiar, prevăzute în anexa nr. 2, ale Federaţiei Internaţionale a Inginerilor Consultanţi în Domeniul Construcţiilor (FIDIC), pentru obiective de investiţii din domeniul infrastructurii de transport de interes naţional, finanţate din fonduri publice"*. Potrivit aceluiaşi act normativ, *"Toate unităţile aflate în subordinea sau sub autoritatea Ministerului Transporturilor şi Infrastructurii au obligaţia de a folosi condiţiile contractuale prevăzute la art. I la încheierea contractelor de lucrări pentru obiective de investiţii din domeniul infrastructurii de transport de interes naţional, finanţate din fonduri publice (...)"*. Potrivit art. 3 din actul normativ citat *"Condiţiile contractuale speciale, de modificare/completare a condiţiilor de contract prevăzute la art. 1, se vor aproba prin ordin al ministrului transporturilor şi infrastructurii".*

În acest sens, prin Ordinul nr. 146 din 1 martie 2011 au fost aprobate condiţiile contractuale speciale ale contractelor pentru echipamente şi construcţii, inclusiv proiectare, şi ale contractelor pentru construcţii clădiri şi lucrări inginereşti proiectate de către beneficiar ale Federaţiei Internaţionale a Inginerilor Consultanţi în Domeniul Construcţiilor (FIDIC), pentru obiective de investiţii din domeniul infrastructurii rutiere de transport de interes naţional, finanţate din fonduri publice, ordin emis în temeiul art. 3 din HG nr. 1.405/2010.

Având în vedere cele precizate anterior, contestatoarea invocă încalcarea dispoziţiilor art. 3 din HG nr. 1405/2010, ale art. 2, art. 3 alin. 2, art. 4, precum şi cele ale art. 77, art. 78 şi art. 79 din Legea nr. 24/2000, privind normele de tehnică legislativă pentru elaborarea actelor normative şi, pe cale de consecinţă nulitatea absolută a prevederilor art. 5-42 din Acordul contractual, modificarea Condiţiilor speciale de contract stabilite printr-un ordin al Ministrului Transporturilor neputându-se efectua

printr-un act juridic cu caracter inferior, respectiv printr-un simplu document ce emană de la autoritatea contractantă.

Or, la data publicării în SEAP a anunţului nr. 2335346/02.05.2017, OMT nr. 146/2011 nu fusese modificat printr-un alt ordin al Ministrului Transporturilor conform dispoziţiilor legale citate anterior.

Concluzia este cu atât mai evidentă cu cât, potrivit dispoziţiilor art. 69 din Legea nr. 24/2000, *"Intervenţiile legislative pentru clarificarea sensului unor norme legale se realizează printr-un act normativ interpretativ de acelaşi nivel cu actul vizat, prin dispoziţii interpretative cuprinse într-un nou act normativ sau prin modificarea dispoziţiei al cărui sens trebuie clarificat".*

Astfel, dacă intervenţiile legislative pentru clarificarea sensului unor norme legale se realizează printr-un act normativ interpretativ de acelaşi nivel cu actul vizat, cu atât mai mult orice modificare, completare, abrogare a dispoziţiilor dintr-un act normativ trebuie efectuate printr-un act normativ de cel puţin acelaşi nivel cu actul normative vizat.

În susţinerea celor antemenţionate, contestatoarea invocă şi principiul simetriei actelor, care conduce la aceeaşi concluzie, respectiv nulitatea absolută a condiţiilor speciale de contract reglemetate de art. 5-42 din Acordul Contractual. Potrivit prevederilor Legii nr. 80/2017 pentru aprobarea Ordonanţei de urgenţă a Guvernului nr. 80/2016:

2. La articolul IX, alin. (4) al art. 235 se modifică şi va avea următorul cuprins:(4) Prin hotărâre a Guvernului se stabilesc condiţiile contractuale generale şi specifice pentru anumite categorii de contracte de achiziţie publică aferente obiectivelor de investiţii finanţate din fonduri publice.

1. Articolul X se modifică şi va avea următorul cuprins:

Articolul X:

La data intrării în vigoare a hotărârii Guvernului prevăzute la art. 235 alin. (4) din Legea nr. 98/2016 privind achiziţiile publice, cu completările aduse prin prezenta ordonanţă de urgentă, se abrogă Hotărârea Guvernului nr. 1.405/2010 privind aprobarea utilizării unor condiţii contractuale ale Federaţiei Internaţionale a Inginerilor Consultanţi în Domeniul Construcţiilor (FIDIC) pentru obiective de investiţii din domeniul infrastructurii de transport de interes naţional, finanţate din fonduri publice, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 51 şi 5/ bis din 20 ianuarie 2011".

Or, per a contrario, Legea nr. 80/2017 care aproba OUG nr. 80/2016 de modificare a Legii nr. 98/2016, statuează în anul 2017 că, până la intrarea în vigoare a unor condiţii de contract care să stabilcască condiţiile contractuale generale şi specifice pentru anumite categorii de contracte de achiziţie publică aferente obiectivelor de investiţii finanţate din fonduri publice, rămâne în vigoare şi deplin aplicabile şi prevederilor Legii nr. 98/2016 prevederilor HG nr. 1405/2010 şi pe cale de consecinţă OMT 146/2011.

Interpretarea în sensul căreia prevederile HG nr. 1405/2010 si, pe cale de consecinţă, ale OMT nr. 146/2011 rămân în vigoare şi deplin aplicabile, conform prevederilor Legii nr. 98/2016 până la modificarea,

respectiv abrogarea lor expresă prin adoptarea unor noi condiţii de contracte generale şi speciale, rămâne valabilă.

Dincolo de această încălcare, o parte dintre modificările propuse dezechilibrează grav, în detrimentul Antreprenorului, poziţiile părţilor contractante în privinţa responsabilităţilor şi a riscurilor, aspect care, dincolo de caracterul abuziv, sunt de natură să cauzeze blocaje majore în derularea contractului.

Un prim aspect pe care contestatoarea îl subliniază şi a cărui eliminare o solicită este cel prevăzut la art. 4 din Acordul Contractual respectiv:

"Beneficiarul convine să plătească Antreprenorului, pentru proiectarea, execuţia şi finalizarea Lucrărilor şi remedierea oricăror defecţiuni, în timpul şi în modalitatea descrisă în Contract, suma de...(lei fără TVA).....(litere), reprezentând valoarea de contract acceptată, precum şi alte sume care ar putea deveni plătibile atât conform prevederilor Contractului la termenele şi potrivit modalităţilor stipulate în Contract (Sub-clauza 13.8 din Condiţiile de Contract), cât şi conform prevederilor art. 221 lit. f) din Legea nr. 98/2016 (valoarea cu care poate fi depăşită Valoarea de Contract Acceptată potrivit art. 221 litera f) din Legea nr. 98/2016 este de maxim 23.227.214 lei fără TVA). Sumele ce derivă din aplicarea sub-clauzei 13.8 din Condiţiile de Contract vor fi plătite potrivit contractului, fără încheierea unui act adiţional".

Contestatoarea precizează că, faţă de modalitatea de redactare a articolului, autoritatea contractantă limitează a priori posibilitatea de majorare a Valorii de Contract Acceptate la 23.227.214 lei (respectiv 5 milioane de euro), sumă ce reprezintă aproximativ 1% din valoarea estimată. Ori, este de notorietate faptul că în timpul implementării unui contract de o asemenea valoare şi complexitate, situaţiile în care pot apărea majorari - independent de orice culpă a Antreprenorului sunt numeroase, o astfel de limitare fiind de natură să conducă la blocaje majore în derularea contractului. Mai mult decât atât, ipoteza de la art. 221 litera f) din Legea nr. 98/2016 este doar una dintre posibilităţile pe care le oferă legea de achiziţii publice pentru a se putea suplimenta valoarea contractului, neputând în niciun caz să se limiteze doar la această valoare posibilitatea de suplimentare a valorii acestuia.

Contestatoarea solicită obligarea autorităţii contractante să elimine articolul 2 alin.3) din Acordul Contractual în care se prevede că Sub-clauza 5.3 [Obligaţiile asumate de către Antreprenor] din Condiţiile Generale de Contract se modifică şi se înlocuieşte astfel:

"(3) În ce priveşte întocmirea Declaraţiei de Proiectare, capacitatile/caracteristicile tehnice şi soluţiile tehnice din cadrul Studiului de Fezabilitate devin obligatorii pentru Antreprenor. Antreprenorul nu va include în Declaraţia de Proiectare modificări/optimizări ale soluţiilor tehnice stabilite în cadrul Studiului de Fezabilitate.

(6) Antreprenorul poate, după aprobarea Proiectului Tehnic de Execuţie, să prezinte modificări ale acestuia numai în cazuri excepţionale cu încadrarea în coridorul/culoarul de expropriere pus la dispoziţie de către Beneficiar. Prin cazuri excepţionale se înţeleg numai acele situaţii care nu modifică elementele esenţiale ale Proiectului Tehnic de Execuţie şi

pentru care ar fi necesară reautorizarea/ reavizarea lucrărilor. Fundamentarea cazurilor excepţionale se va face pe baze solide, informaţii, investigaţii specifice, studii, analize şi breviare de calcul".

Contestatoarea solicită obligarea autorităţii contractante să modifice paragraful nr. 3 din Sub-clauza 5.3, întrucât prevederea contractuală este abuzivă şi încalcă echilibrul contractual, punând viitorul Antreprenor în situaţia de a-şi asuma răspunderea pentru documente de proiectare ale Beneficiarului, puse acestuia la dispoziţie în cuprinsul documentaţiei de atribuire. Mai mult decât atât, din modalitatea de reglementare a paragrafului 6 rezultă că, în situaţia în care ar identifica eventuale erori în cuprinsul Studiului de fezabilitate pus la dispoziţie de către Beneficiar, viitorul Antreprenor ar fi obligat totuşi să întocmească Proiectul tehnic cu erorile constatate, urmând ca, după eventuala aprobare, acesta să poată suferi modificări în acele situaţii fundamentate pe baze solide, informaţii, investigaţii specifice, studii, analize şi breviare de calcul. Urmarea unei asemenea reglementări este pe de o parte periculoasă, pe de cealaltă parte în flagrantă contradicţie cu reglementările legale privind calitatea în construcţii prevăzute de Legea nr. 10/1995.

În acest sens, autoritatea contractantă, prin modificările citate, propuse în cuprinsul Acordului contractual, obligă viitorul Antreprenor să încalce prevederile art. 23 şi urm. din Legea nr. 10/1995, respectiv să întocmească un Proiect tehnic care să conţină eventuale erori şi/sau inexactităţi, chiar conştient fiind de acestea, şi, mai mult decât atât, îşi asumă că îl va aproba în cadrul Comitetului Tehnico-Economic, chiar dacă va fi fost înştiinţată asupra eventualelor erori şi/sau inexactităţi pe care le conţine.

Mai mult decât atât, Beneficiarul, care prin art. 14.2 modifică paragraful al cincilea al Sub-clauzei 5.2, se va afla a priori în situaţia de a nu putea aproba Proiectul tehnic care poate conţine eventuale erori sau inexactităţi preluate din Studiul de fezabilitate, întrucât prezentul contract nu poate obliga terţe persoane, precum verificatori autorizaţi să verifice şi să ştampileze, în temeiul Legii nr. 10/1995, respectivele documente de proiectare.

În acelaşi sens, contestatoarea solicită obligarea autorităţii contractante să introducă în cuprinsul Cerinţelor Beneficiarului un termen în sarcina Beneficiarului pentru aprobarea Declaraţiei de Proiectare, respectiv Proiectului Tehnic în CTE (Comitetul Tehnico-Economic), în corespondenţa cu termenele prevăzute în sarcina Antreprenorului pentru depunerea acestor Documente de Proiectare.

De asemenea, contestatoarea solicită obligarea autorităţii contractante să elimine art. 2 alin.10) din Acordul Contractual în care se prevede că Sub-clauza 5.3 [Obligaţiile asumate de către Antreprenor] din Condiţiile Generale de Contract se modifică şi se înlocuieşte astfel:

„(10) Antreprenorul renunţă în mod explicit şi irevocabil la dreptul de a solicita extinderea Duratei de Execuţie a Contractului (aşa cum este definită în Anexa la Ofertă - art. 1.1.3.3) şi/sau costuri suplimentare rezultate din:

-necesitatea obţinerii din orice cauze a unor noi avize, acorduri şi autorizaţii (sau revizuirea acestora);

-necesitatea demolării parţiale sau totale a lucrărilor deja executate şi implicit refacerea acestora, din orice cauze

-necesitatea protejării din orice cauze a oricăror utilităţi Antreprenorul are obligaţia de a completa/reface documentaţia tehnică (Declaraţia de proiectare, Proiectul pentru autorizarea executării lucrărilor (PAC) şi Proiectul Tehnic de Execuţie) pe cheltuială proprie".

Trecerea în sarcina ofertantului câştigător (Antreprenorului) a tuturor obligaţiilor, inclusiv financiare, legate de aspecte neprevăzute în documentaţia iniţială, dar care sunt identificate pe parcursul lucrărilor trebuie să fie solutionate pentru a permite execuţia corespunzătoare a proiectului, ceea ce înseamnă că fiecare ofertant ar trebui să-şi dimensioneze oferta financiară luând în considerare un risc de acoperire şi a unor lucrări despre care, din diferite motive - inclusiv cel al limitării obligaţiei de informare - documentaţia de atribuire nu informează; acest risc este, deci, imposibil de cuantificat valoric de către toţi ofertanţii.

Modul în care este redactată clauza din Acordul Contractual este de natură să transforme un contract cu caracter comutativ, în care părţile cunosc întinderea prestaţiilor lor la momentul încheierii sale, ori aceasta este cel puţin determinabilă, într-un contract de tip aleatoriu, în cadrul căruia întinderea prestaţiilor Antreprenorului, în lipsa informaţilor furnizate de beneficiar depinde de hazard, respectiv de un eveniment viitor şi incert care îl expune riscului unor pierderi, ce nu pot fi în niciun mod cuantificate la momentul depunerii ofertelor.

Mai mult decât atât, urmare a modificării nelegale a prevederilor OMT 146/2016, a fost eliminată posibilitatea acoperirii riscul amintit mai sus, articolul 2 din Acordul Contractual care modifica Sub-Clauza 5.3 din Condiţiile Speciale impunând în mod nelegal şi abuziv Antreprenorului să renunţe încă de la început la orice drepturi şi să suporte toate costurile asociate protejării din orice cauze a utilităţilor despre care documentaţia de atribuire nu informează de la început sau obţinerii din orice cauze a unor noi avize, acorduri şi autorizaţii (sau revizuirea acestora) sau demolării parţiale sau totale a lucrărilor deja executate şi implicit refacerea acestora, din orice cauze.

Prezentând în alt mod cele arătate mai sus, se poate afirma la nivel principial că, prin articolul 2 care modifică Sub-Clauza 5.3 din CSC, se transferă către Antreprenor, împotriva dispoziţiilor legale şi într-un mod abuziv, responsabilităţi şi cheltuieli atât cu privire la evenimentele imprevizibile care pot să apară pe parcursul lucrărilor, cât şi cu privire inclusiv la eventualele erori sau culpe ale autorităţii contractante, căci sintagma "din orice cauze" acoperă orice ipoteză.

În ceea ce priveşte utilităţile suplimentare, Antreprenorul nu are la îndemână mijloace legale de a contracta proiectarea şi de a executa acele lucrări decât sub formă de subcontractare către firme de proiectare şi firme de execuţie autorizate, astfel că este total lipsit de controlul asupra duratei şi costurilor proiectării şi execuţiei unor astfel de lucrări, care vor influenţa cu siguranţă durata şi costurile totale ale contractului.

Din moment ce Antreprenorului i se transferă obligaţia protejării oricăror utilităţi suplimentare, înseamnă că i se pun în sarcină şi posibilele întârzieri cauzate de procedurile la nivelul unor proprietari de utilităţi,

precum şi de duratele activităţilor de proiectare şi apoi de execuţie, toate acestea fiind în afara controlului Antreprenorului, dar pentru care i se vor aplica - în mod evident, injust, abuziv şi nelegal, prevederile subclauzei 8.7 (Penalităţi de întârziere).

Ca măsură de remediere, în cazul în care se va menţine art. 2 alin. 10) din Acordul Contractual, ce adaugă în mod abuziv la OMT 146/2011, contestatoarea solicită obligarea autorităţii contractante să elimine sintagma "din orice cauze" şi să o înlocuiască cu "din culpa Antreprenorului".

Totodată, se solicită şi eliminarea prevederilor art. 2.1.1 din Cerinţele Beneficiarului care conţin aceleaşi dispoziţii abuzive privind renunţarea explicită şi irevocabilă a Antreprenorului la dreptul de a solicita extinderea Duratei de Execuţie şi/sau costuri suplimentare din orice cauze.

Important de reţinut este şi că art. 14 lit. e) din Legea nr. 72/2013 califică drept abuzive, nefiind necesară verificarea existenţei circumstanţelor prevăzute la art. 13 sau a altor circumstanţe specifice cauzei, clauzele contractuale care elimină posibilitatea plăţii de daune-interese suplimentare.

În speţa de faţă, după cum s-a constatat, nu numai că nu sunt trecute în contract daune-interese minimale în sarcina autorităţii pentru neîndeplinirea obligaţiilor, dar se interzice în mod expres posibilitatea Antreprenorului de a solicita plata de costuri suplimentare în condiţiile apariţiei unor circumstanţe care nu sunt din culpa sa sau sunt chiar din culpa autorităţii contractante.

Mai exact, în Acordul Contractual, Antreprenorului îi este interzis să solicite prelungirea duratei de execuţie şi costuri "din orice cauze", fapt ce poate conduce la situaţia absurdă în care deşi autoritatea contractantă este în culpă pentru situaţia creată, Antreprenorul să trebuiască să suporte costurile cauzate de întarziere şi să suporte şi penalităţi de întârziere pentru depăşirea Duratei de Execuţie.

Diferenţa de tratament între părţile contractante constând în suportarea de daune-interese doar de către una dintre ele, respectiv de către viitorul Antreprenor, este inechitabilă, tulbură echilibrul contractual şi nu are suport legal. Astfel, este de remarcat că, prin Acordul Contractual şi prin noua Anexă la Ofertă, şi aceasta modificată faţă de cea prevăzută în OMT 146/2011, autoritatea îşi rezervă dreptul de a beneficia de penalităţi/daune-interese pentru nenumărate situaţii, în vreme ce contractantului nu îi este recunoscut dreptul de a beneficia de daune-interese similare.

Dreptul de a percepere daune-interese acordat doar uneia dintre părţi, în cauză autorităţii contractante, generează un dezechilibru al sarcinilor contractuale, mai cu seamă că aceste despăgubiri predeterminate sunt substanţiale.

Fiind unidirecţionale, penalităţile prevăzute la Sub-clauzele 4.17, 4.21, 4.23, 6.1, 8.3, 8.6, 8.7, 11.1, 14.7 rup echilibrul contractual dintre părţile contractante, intrând în sfera clauzelor abuzive, astfel cum sunt ele definite la art. 12 din Legea nr. 72/2013 privind măsurile pentru combaterea întârzierii în executarea obligaţiilor de plată a unor sume de bani rezultând din contracte încheiate între profesionişti şi între aceştia şi

autorităţi contractante - practica sau clauza contractuală prin care se stabileşte în mod vădit inechitabil, în raport cu creditorul, termenul de plată, nivelul dobânzii pentru plata întârziată sau al daunelor-interese suplimentare este considerată abuzivă.

Mai mult decât atât, aşa cum rezultă din Anexa la ofertă, o parte dintre penalităţile prevăzute pentru depăşirea unor termene sau neîndeplinirea unor obligaţii sunt şi total disproporţionate ca valoare faţă de gravitatea încălcării contractuale, iar unele dintre ele se si dublează.

Astfel, în Anexa la ofertă se menţionează ca penalitate pentru nerespectarea Sub-clauzei 4.21, 0,1/zi din Valoarea de Contract Acceptată, acest procent fiind total disproporţionat faţă de nerespectarea obligaţiei de transmitere a raportului lunar de către Antreprenor.

Tot astfel, în Anexa la ofertă se menţionează ca penalitate pentru nerespectarea Sub-clauzei 4.23 [Activităţile Antreprenorului pe Şantier] din Condiţiile Speciale ale Contractului, pe de o parte 0,1% pe zi din Valoarea de Contract Acceptată (sumă exorbitantă faţă de încălcarea sancţionată) şi în plus 50.000 lei/zi pentru aceeaşi încalcare. Mai mult, nu se menţionează că încălcarea sau întârzierea în îndeplinirea obligaţiilor trebuie să fie din culpa exclusivă a Antreprenorului pentru ca autoritatea contractantă să poată aplica respectiva penalitate. Aceasta în condiţiile în care când se prevede dreptul Antreprenorului de a primi dobânda pentru plăţile întârziate, se face menţiunea expresă că neîndeplinirea trebuie să fie din culpa Beneficiarului, (art. 28.3 din Acordul Contractual).

Tot la fel, Sub-clauza 8.6 astfel cum este modificată în Acordul Contractual, pentru nerespectarea Punctului de referinţă nr. 1 (care conţine şi întocmirea Declaraţiei de Proiectare) se prevede o penalitate de 1.000.000 lei pentru întârzierea în atingerea punctului de referinţă şi, de asemenea, tot pentru nefinalizarea Declaraţiei de Proiectare în integralitatea ei se prevede o penalitate de 250.000 lei. (Anexa la Oferta raportată la Sub-Clauza 8.6).

În schimb, Antreprenorul nu are dreptul la plata de daune interese în nicio ipoteză în care autoritatea contractantă sau Inginerul nu îşi îndeplinesc sau îşi îndeplinesc cu întârziere obligaţiile contractuale, singura prevedere fiind cea referitoare la plăţi (art. 28.3 din Acordul Contractual: *"în cazul în care, Beneficiarul, din culpa sa, nu-şi îndeplineşte obligaţiile cu privire la plăţile efectuate în cadrul contractului, Antreprenorul va avea dreptul să primească o dobândă legală penalizatoare stabilită la nivelul ratei dobânzii de referinţă plus 8 puncte procentuale, aferentă perioadei de întârziere, calculată pentru suma neplătită."*) Ori, de exemplu, nerespectarea termenelor contractuale de emitere a Certificatelor Interimare de Plată sau de verificarea a Documentelor Antreprenorului nu este sancţionată în niciun fel prin aplicarea de penalităţi de întârziere în sarcina autorităţii contractante.

Ca măsuri de remediere, contestatoarea solicită obligarea autorităţii contractante la:

1. eliminarea penalităţilor care se dublează în cuprinsul Anexei la Ofertă,
2. adăugarea menţiunii că penalităţile vor fi aplicate doar dacă întârzierea sau neîndeplinirea este din culpa exclusivă a Antreprenorului şi

3. diminuarea cuantumului penalităţilor care sunt disproporţionate, raportate la întreaga valoare a contractului (0.1/zi întârziere) pentru neîndepliniri punctuale ale unor obligaţii ale Antreprenorului, aceasta cu atât mai mult cu cât Sub-Clauza 8.7 prevede deja penalităţi de întârziere pentru depăşirea Duratei de Execuţie în cuantum tot de 0,1%/zi de întârziere, în condiţiile în care valoarea estimată a acestui contract este de aproximativ 2,2 miliarde lei iar 0,1%/ zi înseamnă o penalitate de aproximativ 20.000.000 lei/ zi (aproximativ 5 milioane de euro) pe care Antreprenorul este obligat să o plătească dacă întârzie o zi depunerea raportului lunar.

4. Prevederea şi în sarcina Beneficiarului a plăţii de penalităţi pentru întârzierea în respectarea obligaţiilor contractuale (de exemplu, aprobarea Documentelor Antreprenorului).

După cum s-a arătat în decizii anterioare ale Consiliului, orice contract cu o entitate publică cuprinde clauze ce pot fi considerate exorbitante pentru particulari, dată fiind calitatea aparte a beneficiarului şi destinaţia vizând interesul public a contractului, însă aceste clauze nu trebuie să exceadă limitelor legii, intrând în sfera celor abuzive.

În ceea ce priveşte articolul 8 din Acordul Contractual referitor la Garanţia de Bună Execuţie, contestatoarea solicită ca măsură de remediere adăugarea aceluiaşi mecanism de constituire a acestei garanţii ca în cazul garanţiei de avans, respectiv o garanţie de bună execuţie pentru perioada de proiectare şi o garanţie de bună execuţie pentru perioada de execuţie.

Contestatoarea face această solicitare având în vedere că, contractul are o durată de minim 114 luni din care: 18 luni proiectare, 36 luni execuţie lucrări şi minim 60 de luni perioada de garanţie a lucrărilor iar valoarea estimată a Garanţiei de bună execuţie faţă de Valoarea de Contract Acceptată este de 202.549.496 lei (aprox: 44.516.373 euro).

Aceasta înseamnă că viitorul Antreprenor ar trebui să indisponibilizeze o sumă extrem de mare cu aproximativ 2 ani înainte de a începe execuţia propriu-zisă a lucrărilor, având un impact negative major asupra fluxului de numerar şi, pe cale de consecinţă şi asupra implementării contractului.

De asemenea, contestatoarea solicită obligarea autorităţii contractante să elimine din cuprinsul articolul 8 din Acordul Contractual menţiunea referitoare la aprecierea Beneficiarului cu privire la prejudiciul creat, menţiune care adaugă faţă de prevederile din Legea nr. 98/2016 *("Beneficiarul are dreptul de a emite pretenţii asupra Garanţiei de bună execuţie, oricând pe parcursul derulării Contractului, în limita prejudiciului creat Beneficiarului, şi care va fi apreciat de către acesta, în cazul în care Antreprenorul nu îşi îndeplineşte, îndeplineşte cu întârziere sau nu îndeplineşte corespunzător oricare din obligaţiile asumate prin Contract").*

Aceeaşi menţiune se impune şi cu privire la prevederea *"Beneficiarul va returna Antreprenorului Garanţia de Bună Execuţie după cum urmează: a) 70% din valoarea garanţiei, în termen de 14 zile de la data încheierii procesului-verbal de recepţie la terminarea lucrărilor şi după primirea de către Beneficiar a unei copii a Certificatului de Recepţie la Terminarea*

lucrărilor, dacă nu a ridicat până la acea dată pretenţii asupra ei, iar riscul pentru vicii ascunse apreciat de Beneficiar este minim".

De asemenea, contestatoarea solicită modificarea art. 26 alin. (2) prin care se modifică ultimul paragraf al Contractului, după cum urmează: "Beneficiarul va returna Garanţia reţinută Antreprenorului în două tranşe, astfel:

a) 25% în termen de 28 de zile de la data primirii unei copii a Certificatului de Recepţie la terminarea Lucrărilor

b) 75% în termen de 28 de zile de la primirea Certificatului de Recepţie Finală" si să se revină la modalitatea de eliberare a acestei garanţii prevăzută în OMT nr. 146/2011, având în vedere sumele extrem de mari ce vor trebui indisponibilizate de către viitorul Antreprenor pe o perioadă ce poate depăşi 14 ani.

Cu privire la articolul 17 din Acordul Contractual prin care se modifică al doilea paragraf din Sub-clauza 6.1 [Angajarea Personalului şi Forţei de Muncă] din Condiţiile Speciale ale Contractului aprobate prin OMT 146/2011: *"Antreprenorul nu efectuează schimbări ale Personalului Cheie fără acordul scris prealabil al autorităţii contractante. Antreprenorul va propune din proprie initiativă înlocuirea personalului cheie numai din motive întemeiate, respectiv în următoarele situaţii:*

c) demisia, respectiv actul unilateral de voinţă al personalului prin care încetează Contractul individual de muncă/ orice raport juridic dintre personal şi angajator. Prin noţiunea de "demisie" aşa cum este menţionată în prezentul articol se înţelege demisia salariatului înaintată Antreprenorului, în calitatea sa de Angajator, astfel cum este reglementată de Legea 53/2003 - Codul Muncii, cu modificările şi completările ulterioare".

Contestatoarea solicită eliminarea din cuprinsul literei c) a definiţiei demisiei dată de autoritatea contractantă, interpretare în sensul că noţiunea de „demisie" s-ar putea aplica doar în sensul dat de Codul Muncii, deoarece aceasta ar implica ca CNAIR să restricţioneze potenţialii ofertanţi în a folosi doar persoane angajate cu contract de muncă în cadrul companiei, ceea ce contravine atât cerinţelor din fişa de date cât şi legislaţiei româneşti în materie.

Niciunul/una dintre criteriile/cerinţele din cadrul fişei de date nu conţine o astfel de restricţionare şi nici nu ar avea cum să existe o astfel de restricţionare deoarece experţii cheie solicitaţi sunt în general experţi independenţi, cu care, în mod evident, ofertanţii încheie contracte de prestări servicii şi nu au raporturi juridice de dreptul muncii.

Ori, având în vedere că articolul 17 din Acordul Contractual prin care se modifică al doilea paragraf din Sub-clauza 6.1 prevede doar „demisia din Codul Muncii" ca modalitate de înlocuire a personalului şi că nu s-a solicitat în fişa de date ca personalul utilizat să fie angajat cu contract de muncă (aspect ce oricum, ar fi contravenit legislaţiei prin prisma limitării dreptului la muncă), este evident că această prevedere contractuală este abuzivă şi nu poate fi aplicată.

Un alt aspect pe care îl critică contestatoarea este faptul că în cuprinsul Anexei la Ofertă se prevede că valoarea minimă a Certificatelor

Interimare de Plată este de 1% din Valoarea de Contract Acceptată pentru durata de proiectare, respectiv 2% şi 5% pentru perioadele de construcţie.

Contestatoarea solicită eliminarea acestei prevederi din Anexa la Ofertă deoarece, având în vedere că valoarea estimată a acestui contract este de aproximativ 2,2 miliarde lei şi că aceste procente sunt nerealist de mari pentru valoarea minimă a unor Certificate de Plată, aceasta fiind de natură să conducă la blocaje majore ale fluxului de numerar al Antreprenorului precum şi ale plăţilor pe care le poate face autoritatea contractantă.

Contestatoarea solicită să fie modificată valoarea asigurării de răspundere profesională pentru proiectare, prevăzută în Anexa la Ofertă coroborat cu Sub-Clauza 18.5 care este solicitată în sumă de 10% din valoarea de Contract Acceptată.

Cu privire la prevederea din art 18.1 din Acordul Contractual, contestatoarea solicită să fie indicat un termen limită maximal până la care Inginerul să fie obligat să trimită Antreprenorului o înştiinţare privind data de începere a execuţiei lucrărilor. Aceasta deoarece în caz contrar se poate ajunge la situaţia absurdă în care viitorul Antreprenor să fie obligat să rămână blocat în cadrul contractului pe o perioadă nedeterminată de timp cu toate consecinţele financiare ce decurg din aceasta şi fără a putea solicita compensaţiile care i s-ar cuveni în mod legitim.

Cu privire la prevederea din art. 19.1 din Acordul Contractual - Conţinutul sub-paragrafului b) din cadrul paragrafului 5 se modifică şi va avea următorul continut:

"(…)

- proiectul pentru Autorizația de Construire este finalizat, verificat de verificatorul de proiect atestat şi revizuit, dacă este cazul, de Inginer

- proiectul tehnic de execuţie inclusiv detaliile de execuţie sunt ştampilate de verificatorul de proiect atestat astfel încât să poată fi demarate lucrările de execuţie aferente".

Contestatoarea solicită luarea măsurilor de remediere în sensul modificării sub-paragrafelor citate având în vedere că potrivit art. 14.2 din Acordul contractual verificatorii autorizaţi sunt angajaţi de către Beneficiar, Antreprenorul neavând nicio responsabilitate în acest sens.

Contestatoarea apreciază că există o neconcordanţă majoră între prevederile art. 14.2 şi cele ale art. 19.1 din Acordul contractual, motiv pentru care se impune modificarea sub-paragrafelor citate în sensul în care, pentru încadrarea în punctul de referinţă, documentele de proiectare menţionate urmează să fie depuse spre verificare şi/sau ştampilate de către verificatorii de proiect.

Contestatoarea solicită obligarea autorităţii contractante să adopte măsurile de remediere cu privire la art. 26 alin.(1) din Acordul Contractual *"Se completează al doilea paragraf al Sub-clauzei 14.3 [Prezentarea Situaţiilor Interimare de Lucrări] din Condiţiile Speciale ale Contractului cu lit. h) după cum urmează: "h) deducerea unor sume aprobate în Certificatele de Plată anterioare care au fost declarate de către organele de control abilitate ca fiind necuvenite/nelegale"*, în sensul de a adăuga la finalul Sub-Clauzei *"urmare a unei decizii rămase definitive"* deoarece în

lipsa unei astfel de menţiuni s-ar ajunge la măsuri arbitrare ale autorităţii contractante care, poate chiar urmare a unor erori proprii, a fost sancţionată de organele de control.

Contestatoarea solicită obligarea autorităţii contractante să adopte măsuri de remediere cu privire la art. 40 din Acordul Contractual care prevede cazurile de denunţare unilaterală, respectiv să completeze această prevedere cu menţiunea expresă "din motive ce exced culpei Beneficiarului".

Operatorul economic se găseşte într-o situaţie de inferioritate faţă de autoritatea achizitoare în ceea ce priveşte puterea de negociere a modelului de contract, situaţie care îl conduce la adeziunea la condiţiile redactate în prealabil de către autoritate, fără a putea exercita o influenţă asupra conţinutului acestora în absenţa iniţierii unui demers litigios.

Pe de altă parte, în acest fel se elimină efectul descurajator pe care îl au clauzele contestate asupra potenţialilor ofertanţi în a participa la licitaţie, respectiv se dă eficienţă principiului concurenţei reale (deschiderea pieţei), interesul legiuitorului şi al oricărei autorităţi contractante trebuind să fie acela ca la procedură să participe cât mai mulţi operatori economici.

Prin impunerea clauzelor contractuale criticate, autoritatea contractantă încalcă principiul recunoaşterii reciproce, iar prin impunerea expresă a unor clauze contractuale care să elimine a priori răspunderea contractuală a acesteia se încalcă şi principiul asumării răspunderii, principii ce guvernează procedurile de achiziţie publică.

Conform Cap. IV.2.1) - Criterii de atribuire, printre criteriile de atribuire, la pct. 7, este menţionată perioada de garanţie a lucrărilor. Punctajul maxim la pct. 7 se obţine în cazul în care se oferă o perioadă de garanţie a lucrărilor de 120 luni sau mai mare.

Această cerinţă din fişa de date nu este corelată şi intră în contradicţie cu prevederile de la pct. 9 şi 10 din acelaşi capitol.

În fişa de date, pentru criteriul de atribuire prevăzut la pct. 9 - „Perioada de garanţie a aparatelor de reazem" este prevăzut faptul că autoritatea contractantă acordă punctajul maxim pentru aparatele de reazem pentru ofertele care care prezintă o garanţie de 20 de ani.

În condiţiile în care pentru a obţine punctajul maxim la criteriul „Perioada de garanţie a lucrărilor" este necesar şi suficient să se acorde o perioadă de garanţie de 10 ani, pentru întreaga lucrare, o garanţie de 20 ani pentru elemente componente ale lucrării apare cel puţin necorelată, dar şi nelegală, cu perioada de garanţie a lucrării, având consecinţe posibile asupra termenului/momentului eliberării integrale a garanţiei de bună execuţie. Astfel, eliberarea integrală (respectiv a tranşei de 30%) din garanţia de bună execuţie are loc, în conformitate cu art. 42 din HG nr. 395/2016, pe baza procesului-verbal de recepţie finală. În conformitate cu alineatul (5) al aceluiaşi articol, „procesele-verbale de recepţie la terminarea lucrărilor şi, respectiv, de recepţie finală pot fi întocmite şi pentru părţi/obiecte din/de lucrare, dacă acestea sunt distincte din punct de vedere fizic şi funcţional, proporţional cu valoarea lucrărilor recepţionate". Or, aparatele de reazam sunt componente ale lucrărilor de

artă ce nu pot fi în niciun caz considerate distincte din punct de vedere fizic şi funcţional.

Acelaşi raţionament se aplică şi în cazul prevederilor de la pct. 10 din criteriile de atribuire, referitor la perioada de garanţie a dispozitivelor de acoperire a rosturilor de dilatare.

Pentru aceste motive, contestatoarea solicită obligarea autorităţii contractante la adoptarea măsurilor de remediere a neregulilor semnalate, conform celor mai sus menţionate.

De asemenea, contestatoarea consideră oportun şi solicită Consiliului să oblige autoritatea contractantă ca, pe lângă completarea Formularului 5 privind „Aspecte tehnice ofertate suplimentar faţă de cerinţele minime ale documentaţiei de atribuire", în care ofertantul îşi exprimă opţiunea în cap. IV, V şi VI prin semnătură şi prin aplicarea ştampilei, să se introducă cu caracter expres şi obligatoriu în Graficul de Plăţi şi respectiv în Graficul de Preţuri activităţi referitoare la schimbarea stratului de uzură, perioada de garanţie a aparatelor de reazem şi a dispozitivelor de acoperire a rosturilor de dilataţie, a căror valoare să fie completată în funcţie de opţiunea care se va regăsi în Formularul 5.

Contestatoarea motivează această solicitare prin faptul că propunerea tehnică a oricărui ofertant trebuie să îşi regăsească corespondent în propunerea financiară, în mod distinct şi nu inclusă implicit în alte preţuri. În caz contrar s-ar putea ajunge la încălcarea principiului tratamentului egal şi la distorsionarea concurenţei prin crearea posibilităţii pentru unii ofertanţi de a prezenta o propunere tehnică fără susţinere financiară pentru opţiunile făcute şi, astfel, să se obţină o valoare ofertată mai mică în comparaţie cu ofertanţii a căror ofertă financiară va corespunde ofertei tehnice depuse.

Mai mult, schimbarea stratului de uzură, a aparatelor de reazem şi a dispozitivelor de acoperire a rosturilor de dilataţie sunt categorii de lucrări de întreţinere periodică în conformitate cu Normativul AND 554, un motiv în plus pentru a trebui să fie evidenţiate în mod distinct în Graficul de Plăţi. În Graficul de Plăţi sunt evidenţiate principalele categorii de lucrări ce fac parte din obiectul contractului, iar aceste lucrări de întreţinere nu fac parte din cadrul lucrărilor de execuţie ce sunt solicitate de către autoritatea contractantă, astfel că trebuie evidenţiate separat.

Prin contestaţia înregistrată la Consiliul Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor sub nr. 20216/23.05.2017, SC ... S.p.a în calitate de operator economic interesat de participarea la procedura de atribuire în cauză, critică documentaţia de atribuire care conţine o serie de cerinţe contradictorii sau neclare care conduc la imposibilitatea întocmirii unei oferte competitive, fiind încălcate dispoziţiile art. 3 alin. (1) lit. z) art. 2 alin. (2) lit. d) şi art. 154 din Legea nr. 98/2016.

În susţinerea acţiunii sale, contestatoarea menţionează că potrivit Cerinţelor Beneficiarului, pag. 16 *„Lucrările descrise la punctul 1.3 reprezintă soluţia din cadrul studiului de fezabilitate aprobat şi poate fi optimizată şi/sau îmbunătăţită numai în cadrul proiectului tehnic de execuţie, pentru secţiunea de drum de clasa tehnică III, cu condiţia păstrării funcţionalităţilor şi capacităţilor obiectivului".*

Din cerinţa de mai sus rezultă că la faza de ofertare toţi ofertanţii trebuie să respecte întocmai Sudiul de Fezabilitate, fără a putea face optimizări/îmbunătăţiri al acestuia.

Cu toate acestea, tot în cadrul documentului Cerinţele Beneficiarului, pag. 36, pct. 3.2 se menţionează faptul că: *„Cerinţele obligatorii prezentate în Studiul de Fezabilitate includ, cu excepţia cazurilor menţionate separat în Cerinţele Beneficiarului: Limitele şantierului, Cerinţele prevăzute în alte Avize/Acorduri, Cerinţele structurilor aşa cum sunt prevăzute în Anexa 5, Cerinţele de drum aşa cum sunt menţionate în Anexa 6, Indicatorii tehnico-economici".*

Prin urmare, există o contradicţie între documentele contractuale, în speţa Cerinţele Beneficiarului ce «specifică destinaţia şi scopul lucrărilor şi/sau ale proiectului şi/sau altor criterii/cerinţe tehnice ale acestora» şi prevederile Acordului Contractual.

Mai mult, aceeaşi contradicţie se regăseşte şi între Acordul Contractual şi fişa de date a achiziţiei, document ce prevede posibilitatea modificării contractului pe considerente de optimizare a proiectului tehnic de execuţie.

Având în vedere natura contractului şi faptul că autoritatea contractantă nu exclude posibilitatea optimizării proiectului dar menţionează această posibilitate doar în etapa de proiect (deci ulterior atribuirii contractului de achiziţie), contestatoarea consideră că se impune modificarea documentaţiei de atribuire în sensul precizării în mod explicit a posibilităţii modificării soluţiei tehnice din Studiul de Fezabilitate încă din etapa de ofertare.

Necesitatea ca autoritatea contractantă să permită modificarea soluţiei tehnice încă din etapa de ofertare se impune pentru următoarele considerente:

- Contractul dedus procedurii de achiziţie publică este unul de tip «Proiectare şi execuţie» în cadrul căruia Antreprenorul este şi Proiectant şi Executant;
- Autoritatea contractantă însăşi, prin fişa de date a achiziţiei specifică următoarele: *«AC îşi rezervă dreptul de a efectua modificări ale contractului în temeiul art. 221 din L 98/2016 cu privire la următoarele aspecte: modificări generate de solicitări ale proprietarilor reţelelor de utilităţi; modificări ale culoarului/ coridorului de expropriere; modificări ale duratei de execuţie ca urmare a apariţiei unor elemente independente de voinţa Beneficiarului sau Antreprenorului; modificări legislative sau de norme tehnice/stasuri/normative/standarde; modificări generate de cerinţe ale autorităţilor de mediu; modificări generate de autorităţi locale/centrale, cerute prin diverse avize/acorduri/autorizaţii; modificări generate de acorduri, convenţii, înţelegeri ale statului/autorităţilor locale cu alte state; modificări generate de aplicarea legii monumentelor istorice; modificări generate de optimizarea proiectului tehnic de execuţie; modificări generate de includerea de noi subcontractanţi şi/sau înlocuirea subcontractantilor iniţiali; modificări generate de schimbarea personalului cheie; modificări generate de expertize tehnice; modificări ale valorii minime a CIP-ului; modificări generate de cerinţe privind cercetare şi lucrări arheologice».*

Pe cale de consecinţă, autoritatea contractantă nu exclude posibilitatea de modificare a contractului, inclusiv prin «modificări generate de optimizarea proiectului tehnic de execuţie». Acest lucru este şi firesc, întrucât specificul Cărţii Galbene Fidic este faptul că Antreprenorul îşi asumă răspunderea pentru proiectare.

Or, în situaţia în care autoritatea contractantă impune Antreprenorului soluţia tehnică/tehnologia de execuţie/sistemul constructiv etc., nu se mai poate vorbi despre asumarea răspunderii cu privire la proiectare.

Pe de altă parte, modificarea exclusiv la nivel de Proiect Tehnic de execuţie, şi nu în faza de ofertă implică faptul că Antreprenorul este practic forţat ca la prima înaintare a Proiectului Tehnic, acesta să respecte soluţia impusă de autoritatea contractantă prin Studiul de Fezabilitate.

În cazul în care Antreprenorul ar constata că această soluţie sau părţi ale acesteia este/sunt inaplicabilă/e, din orice considerente, ar fi forţat să întocmească un Proiect Tehnic cu eventuale erori, ceea ce contravine practic legislaţiei în vigoare prin prisma răspunderilor şi obligaţiilor detaliate în cadrul Legii nr. 10/1995 cu modificările şi completările ulterioare.

Mai exact, având în vedere dubla calitate a Antreprenorului, impunerea unei soluţii tehnice în etapa de ofertare contravine prevederilor Legii nr. 10/1995 cu modificările şi completările ulterioare în speţa Legea nr. 177/2016, în cadrul căreia la Capitolul III «Obligaţii şi răspunderi», Secţiunea a 2-a «Obligaţii şi răspunderi ale proiectanţilor», art. 23 sunt prevăzute următoarele:

«Proiectanţii de construcţii răspund de îndeplinirea următoarelor obligaţii principale referitoare la calitatea construcţiilor:

a) precizarea prin proiect a categoriei de importanţă a construcţiei;

b) asigurarea prin proiecte şi detalii de execuţie a nivelului de calitate corespunzător cerinţelor, cu respectarea reglementărilor tehnice şi a clauzelor contractuale;

c) prezentarea proiectelor elaborate în faţa specialiştilor verificatori de proiecte atestăţi, stabiliţi de către investitor, precum şi soluţionarea neconformităţilor şi neconcordanţelor semnalate;

d) elaborarea caietelor de sarcini, a instrucţiunilor tehnice privind execuţia lucrărilor, exploatarea, întreţinerea şi reparaţiile, precum şi, după caz, a proiectelor de urmărire privind comportarea în timp a construcţiilor. Documentaţia privind postutilizarea construcţiilor se efectuează numai la solicitarea proprietarului;

e) stabilirea, prin proiect, a fazelor de execuţie determinate pentru lucrările aferente cerinţelor şi participarea pe şantier la verificările de calitate legate de acestea;

f) stabilirea modului de tratare a defectelor apărute în execuţie, din vina proiectantului, la construcţiile la care trebuie să asigure nivelul de calitate corespunzător cerinţelor, precum şi urmărirea aplicării pe şantier a soluţiilor adoptate, după însuşirea acestora de către specialişti verificatori de proiecte atestaţi, la cererea investitorului;

g) participarea la întocmirea cărţii tehnice a construcţiei şi la recepţia lucrărilor executate».

De asemenea, acelaşi capitol, Secţiunea 8 «Obligaţii şi răspunderi comune» prevede următoarele:

«Art. 28 Răspunderea pentru realizarea şi menţinerea, pe întreaga durată de existenţă, a unor construcţii de calitate corespunzătoare, precum şi pentru îndeplinirea obligaţiilor stabilite prin procedurile şi regulamentele elaborate potrivit prevederilor prezentei legi, revine factorilor care participă la conceperea, realizarea, exploatarea şi postutilizarea acestora.

Art. 29 Proiectantul, specialistul verificator de proiecte atestat, fabricanţii şi furnizorii de materiale şi produse pentru construcţii, executantul, responsabilul tehnic cu execuţia atestat, dirigintele de specialitate, expertul tehnic atestat răspund potrivit obligaţiilor ce le revin pentru viciile ascunse ale construcţiei, ivite într-un interval de 10 ani de la recepţia lucrării, precum şi după implinirea acestui termen, pe toată durata de existenţa a construcţiei, pentru viciile structurii de rezistenţă rezultate din nerespectarea normelor de proiectare şi de execuţie în vigoare la data realizării ei».

Pe cale de consecinţă, conform legislaţiei în vigoare, nu poate fi atrasă răspunderea Proiectantului, pentru o soluţie tehnică ce nu aparţine acestuia.

Cu referire la cele de mai sus, trebuie menţionat faptul că autoritatea contractantă impune potenţialilor ofertanţi un proiect ce nu este însuşit de un verificator atestat. Or, în conformitate cu Capitolul III, Secţiunea 4 *«Obligaţii şi răspunderi ale specialiştilor verificatori de proiecte, ale responsabililor cu execuţia şi ale experţilor tehnici, atestat»* din Legea nr. 10/1995 *« Specialiştii verificatori de proiecte atestaţi răspund în mod solidar cu proiectantul în ceea ce priveşte asigurarea nivelului de calitate corespunzător cerinţelor proiectului».*

Astfel, răspunderea proiectanţilor, atât civilă cât şi penală este atrasă potrivit prevederilor legii de mai sus în baza soluţiilor şi conceptelor proprii, şi nu în baza soluţiilor şi conceptelor autorităţii contractante. În cazul în care autoritatea contractantă doreşte impunerea unui proiect, atunci aceeaşi entitate are următoarele obligaţii:

1. furnizarea datelor complete, corecte şi concrete cu privire la proiectul ce se doreşte executat;
2. asumarea răspunderii pentru aspectele impuse potenţialilor ofertanţi, i.e. proiectarea/soluţia tehnică/principiile de calcul etc.

Altfel spus, în măsura în care impunerea conceptului soluţiei tehnice poate fi înţeleasă în cadrul unui contract tip proiectare şi execuţie, aşa cum este acesta descris prin HG nr. 1405/2010 respectiv OM nr. 558/22.07.2011, în acelaşi timp nu poate fi înţeleasă sau acceptată impunerea tehnologiilor de execuţie sau ale elementelor constructive specifice, aspecte ce pot fi optimizate de fiecare ofertant în parte, funcţie de experienţa şi capacităţile acestuia.

Mai mult, dacă s-ar lua în considerare faptul că în etapa de ofertare nu este permisă în niciun fel modificarea soluţiei tehnice, devine redundantă întocmirea unei oferte tehnice, întrucât potenţialii ofertanţi îşi

pot pur şi simplu asuma execuţia proiectului pus la dispoziţie de către autoritatea contractantă prin intermediul unei declaraţii.

Astfel, pentru a se putea modifica soluţia tehnică din Studiul de Fezabilitate în sensul optimizării/îmbunătăţirii acesteia, contestatoarea solicită obligarea autorităţii contractante la modificarea documentaţiei de atribuire în sensul precizării, dincolo de orice echivoc, a elementelor ce pot fi modificate în etapa de ofertă, precum şi a elementelor ce pot fi modificate în baza investigaţiilor şi studiilor suplimentare desfăşurate după atribuirea contractului de achiziţie publică.

În acest sens, contestatoarea propune următoarele măsuri de remediere a documentaţiei de atribuire :

I. Pentru structuri (poduri şi pasaje) cu excepţia podului suspendat:

1. Obligarea autorităţii contractante de a preciza în cuprinsul documentaţiei de atribuire faptul că poate fi modificată poziţia kilometrică a structurii (poziţia de intrare şi ieşire).

2. Obligarea autorităţii contractante de a preciza în cuprinsul documentaţiei de atribuire faptul că pot fi modificate deschiderile şi numărul acestora pentru structuri.

3. Obligarea autorităţii contractante de a preciza în cuprinsul documentaţiei de atribuire faptul că poate fi modificat tipul structurii - din pasaj inferior în pasaj superior sau invers - cu păstrarea gabaritelor impuse în caietul de sarcini şi în Standarde.

II. Pentru podul suspendat

1. Obligarea autorităţii contractante de a preciza în cuprinsul documentaţiei de atribuire faptul că poate fi modificată poziţia kilometrică a structurii (poziţia de intrare şi ieşire).

2. Obligarea autorităţii contractante de a preciza în cuprinsul documentaţiei de atribuire faptul că pot fi modificate deschiderile şi numărul acestora.

3. Obligarea autorităţii contractante de a preciza în cuprinsul documentaţiei de atribuire faptul că poate fi modificată poziţia şi forma suportilor de ancorare.

4. Obligarea autorităţii contractante de a preciza în cuprinsul documentaţiei de atribuire faptul că poate fi modificată forma pilonilor.

III. Lucrări de drum şi intersecţii

1. Obligarea autorităţii contractante de a preciza în cuprinsul documentaţiei de atribuire faptul că poate fi modificată structura rutieră (grosimea straturilor sau compoziţia acestora) cu condiţia respectării standardelor în vigoare.

2. Obligarea autorităţii contractante de a preciza în cuprinsul documentaţiei de atribuire faptul că poate fi modificată poziţia kilometrică a nodurilor rutiere şi a intersecţiilor la nivel.

3. Obligarea autorităţii contractante de a preciza în cuprinsul documentaţiei de atribuire faptul că poate fi modificată poziţia bretelelor nodurilor rutiere şi numărul acestora cu păstrarea tuturor fluxurilor de circulaţie definite în Proiectul Ilustrativ.

În subsidiar, în situatia în care se va respinge solicitarea de obligare a autorităţii contractante de a accepta optimizarea soluţiei tehnice la nivel de ofertare şi nu exclusiv la nivel de propunere tehnică, contestatoaea

solicită obligarea autorităţii contractante de a furniza toate informaţiile necesare pentru a asigura operatorilor economici o informare completă, corectă şi precisă cu privire la cerinţele achiziţiei publice, aşa cum impun dispoziţiile legale.

Prin urmare, contestatoarea solicită obligarea autorităţii contractante la clarificarea/modificarea documentaţiei de atribuire, astfel:

1. Punerea la dispoziţia ofertanţilor a secţiunilor şi planurilor de cofrare (cu dimensiuni) pentru ca forma să poata fi respectată întocmai de toţi participanţii la procedură.
2. Definirea sintagmei "echipamente" din Anexa 5, pct. 17, din cerinţa obligatorie pentru podul suspendat: "Lărgimea tablierului şi echipamente".
3. De menţionat dacă testele şi încercările preliminare, cât şi modelele la scară pentru aceste teste (Anexa 5, Cerinţele Beneficiarului) sunt obligatorii a fi efectuate în faza de proiectare şi trebuie avute în vedere în propunerea financiară de către toţi ofertanţii.
4. În ceea ce priveşte cerinţa care se referă la poziţia şi forma suportilor de ancorare (Anexa nr. 5 „Cerinţe obligatorii de proiectare strcturală"), în situaţia în care se resping criticile privind optimizarea soluţiei tehnice, se solicită obligarea autorităţii contractante la eliminarea acestei cerinţe având în vedere că poziţia şi mărimea (deci forma) acestora reiese din calculele de proiectare şi pot fi diferite în funcţie de materialele alese, tehnologia de montaj etc.

În situaţia în care autoritatea contractantă nu va pune la dispoziţia ofertanţilor toate aceste lămuriri, atunci cu evidenţă s-ar încălca principiul transparenţei şi principiul tratamentului egal, fiind evidentă maniera subiectivă în care vor fi evaluate ofertele, neexistând o informare completă şi precisă la care ofertanţii să se poată raporta în elaborarea ofertelor.

De asemenea, contestatoarea invocă faptul că autoritatea contractantă a inclus în documentaţia de atribuire cerinţe eronate.

În acest sens, se arată că în cadrul Capitolului lll.2.3.a) Capacitatea tehnică şi/sau profesională din fişa de date a achiziţiei se solicită ca experienţa similară, elaborarea şi/sau revizuirea în ultimii 20 ani a unui Proiect Tehnic sau mai multe Proiecte Tehnice pentru lucrări de construcţie nouă de pod suspendat/hobanat cu cel puţin o deschidere între stâlpii de susţinere de minim 300 de metri şi având un profil transversal de minim 4 benzi de circulaţie.

Având în vedere această cerinţă din documentaţia de atribuire, contestatoarea solicită obligarea autorităţii contractante la modificarea acesteia prin înlocuirea sintagmei "cel puţin o deschidere între stâlpii de susţinere de minim 300 de metri" cu "cel puţin o deschidere de minim 300 de metri", având în vedere că podurile hobanate pot avea un singur stâlp de susţinere.

În cadrul Capitolului III.2.3.a) Capacitatea tehnică şi/sau profesională din fişa de date a achiziţiei se solicită ca experienţa similară *"realizarea în ultimii 15 ani a unei construcţii noi de pod suspendat/hobanat cu cel puţin o deschidere între stâlpii de susţinere de*

minim 300 de metri şi având un profil transversal de minim 4 benzi de circulaţie".

Având în vedere această cerinţă din documentaţia de atribuire, contestatoarea solicită obligarea autorităţii contractante la modificarea acesteia prin înlocuirea sintagmei „cel puţin o deschidere între stâlpii de susţinere de minim 300 metri".

Contestatoarea susţine că autoritatea contractantă a inclus în documentaţia de atribuire şi cerinţe eronate, arătând că în cadrul Capitolului III.2.3.a) Capacitatea tehnică şi/sau profesională din fişa de date, se solicită ca experienţa similară elaborarea şi/ sau revizuirea în ultimii 20 ani a unui Proiect Tehnic sau mai multe Proiecte Tehnice pentru lucrări de construcţie nouă de pod suspendat/hobanat cu cel puţin o deschidere între stâlpii de susţinere de minim 300 de metri şi având un profil transversal de minim 4 benzi de circulaţie.

Având în vedere această cerinţă din documentaţia de atribuire, contestatoarea solicită obligarea autorităţii contractante la modificarea acesteia, în sensul completării sintagmei "unul sau mai multe Proiecte Tehnice" cu "unul sau mai multe Proiecte Tehnice/Detalii de Execuţie sau similar" pentru a permite participarea ofertanţilor cu proiecte realizate şi în alte ţări unde nu există noţiunea/etapa de "Proiect Tehnic" în cadrul elaborării proiectelor.

De asemenea, se invocă faptul că autoritatea contractantă a încălcat dispoziţiile art. 154 din Legea nr. 98/2016, informaţiile furnizate nefiind precise.

Din documentaţia de atribuire întocmită de autoritatea contractantă nu se înţelege cu claritate cine trebuie să execute lucrările de protejare şi relocare a utilităţilor.

Conform Cerinţelor Beneficiarului reiese că relocarea acestora ar fi în sarcina Antreprenorului.

Totuşi, în Anexa la ofertă se precizează următoarele: *"Inginerul va trimite Antreprenorului o înştiintare privind data de începere a Execuţiei Lucrărilor numai în condiţiile în care a fost aprobat Proiectul Tehnic de Execuţie de către Beneficiar, au fost finalizate lucrările de relocare/protejare a utilităţilor de către Beneficiar, terenul a fost descărcat de sarcina arheologică şi au fost obţinute Autorizaţiile de construire".*

Având în vedere aceste cerinţe contradictorii din documentaţia de atribuire, contestatoarea solicită obligarea autorităţii contractante la clarificarea acestora.

Contestatoarea susţine, totodată, că autoritatea contractantă a inclus în condiţiile contractuale o serie de clauze abuzive.

Potrivit clauzei 10 din modelul de Acord contractual, sub-clauza 4.17 [Utilajele Antreprenorului] din Condiţiile Speciale ale Contractului *„Inginerul va dispune Antreprenorului, prin Ordin de mobilizare, mobilizarea Utilajelor Antreprenorului incluse în Programul de execuţie. Prin Ordinul de mobilizare se înţelege instrucţiunea emisă de către Inginer Antreprenorului în care sunt menţionate categoriile de Utilaje ale Antreprenorului necesar a fi mobilizate şi care sunt precizate în Programul de execuţie. În Ordinul de mobilizare se pot specifica şi perioadele în care vor ramane mobilizate categoriile de Utilaje ale Antreprenorului. Numărul*

maxim de Utilaje ce poate fi solicitat în Ordinul de mobilizare rezultă din Programul de execuţie. Antreprenorul va mobiliza categoriile de Utilaje ale Antreprenorului menţionate în Ordinul de mobilizare, în termen de maxim 5 zile de la data transmiterii Ordinului de mobilizare de către Inginer. În situaţia în care Antreprenorul nu respectă acest termen, Beneficiarul este îndreptăţit să perceapă penalităţi în valoarea menţionată în Anexa la Ofertă începând cu a 6-a zi de la data transmiterii Ordinului de mobilizare şi până la data mobilizării categoriilor de Utilaje ale Antreprenorului menţionate în Ordinul de mobilizare. În cazul în care, oricând pe parcursul derulării contractului, Beneficiarul percepe penalităţi potrivit prezentei Sub-clauze, iar, ulterior, Antreprenorul reuşeşte să recupereze întârzierea şi să se încadreze în programul de execuţie aprobat de către Inginer conform Sub-clauzei 8.3 [Programul de Execuţie] din Condiţiile Speciale ale Contractului şi să respecte prevederile Sub- clauzei 8.2 [Durata de Execuţie] din Condiţiile Generale ale Contractului, Antreprenorul are dreptul de a solicita Beneficiarului rambursarea valorii plătite a acestor penalităţi".

În opinia contestatoarei, această clauză poate conduce la dezechilibre în aplicarea condiţiilor contractuale de tip FIDIC. Mai mult, această clauză este inutilă în condiţiile în care clauzele contractului prevăd în mod expres modalitatea de gestionare a eventualelor întârzieri în execuţia lucrărilor şi sancţiunile aplicate în cazul neîndeplinirii obligaţiilor de către Antreprenor.

Astfel, contestatoarea solicită obligarea autorităţii contractuale la eliminarea acestei clauze sau, în subsidiar, obligarea autorităţii contractante la completarea acesteia astfel:

„În cazul în care Inginerul observă o slabă mobilizare a Antreprenorului care ar putea duce la întârzieri în executarea contractului din culpa Antreprenorului, Inginerul va dispune Antreprenorului, prin Ordin de mobilizare, mobilizarea Utilajelor Antreprenorului incluse în Programul de execuţie".

Prin urmare, în condiţiile în care Contractul Fidic nu reglementează instituţia emiterii de către Inginer a Ordinului de mobilizare, contestatoarea apreciază că se impune eliminarea acestei clauze sau modificarea în sensul posibilităţii emiterii Ordinului de mobilizare de către Inginer numai în situaţia în care se constată o culpă a Antreprenorului de natură a conduce la întârzieri în executarea Contractului.

De altfel, toate modificările incluse în Acordul Contractual contravin prevederilor Ordinului Ministrului Transporturilor nr. 146/2011.

Mai grav, autoritatea contractantă modifică prevederi ale legislaţiei în vigoare cu prevederi ale unui proiect lansat în dezbatere publică şi nepromulgat încă, respectiv Proiectul de Ordin al ministrului transporturilor privind modificarea şi înlocuirea Anexei nr. 1 la Ordinul ministrului transporturilor şi infrastructurii nr. 146/2011.

Astfel, pe lângă clauza 10 din Acordul Contractual, prezentată mai sus, autoritatea contractantă modifică şi alte sub-clauze ale Condiţiilor Speciale aşa cum sunt ele impuse prin Ordinul nr. 146/2011 cu clauze din legislaţia aflată în dezbatere publică (ca de exemplu înlocuirea Arbitrajului cu Procedura de Contencios Administrativ).

De asemenea, în cadrul documentului Cerinţele Beneficiarului, punctul 1.3.7 Lucrări de Mediu se specifică: *"Prestatorul va fi responsabil de revizuirea actului de reglementare emis de autoritatea competentă privind protecţia mediului ori de câte ori este necesar, la apariţia oricăror modificări ale proiectului sau alte modificări/actualizări legislative (...)".*

Contestatoarea apreciază că se impune modificarea acestei clauze în condiţiile în care potrivit legislaţiei în vigoare Beneficiarul (Titularul proiectului) este responsabil cu revizuirea actului de reglementare emis de autoritatea competentă.

De altfel, acest lucru este menţionat şi în Acordul de mediu pus la dispoziţie de autoritatea contractantă.

În conluzie, contestatoarea solicită obligarea autorităţii contractante la modificarea acestei clauze în sensul că Beneficiarul (Titularul proiectului) este responsabil cu revizuirea actului de reglementare emis de autoritatea competentă.

Contestatoarea apreciază că autoritatea contractantă a încălcat dispoziţiile art. 189 alin. (1) şi (2) din Legea nr. 98/2016, având în vedere că în cuprinsul fişei de date a achiziţiei, la cap. IV.2.1) Criterii de atribuire, poziţiile 2 şi 5, la Nota 3 se menţionează următoarele: *"Punctajele sus menţionate se acordă în funcţie de deschiderea maximă a podului, cu condiţia îndeplinirii cumulative a celorlalte elemente ale criteriului (poziţia ocupată, tipul de contract, tipul execuţiei, tipul structurii, profilul transversal)".*

Poziţia ocupată, tipul structurii şi profilul transversal se pot deduce din enunţurile cerinţelor 2 şi 5.

Cu toate acestea, tipul de contract şi tipul execuţiei nu sunt definite ca şi elemente ale criteriilor de atribuire în discuţie.

În aceste condiţii, în vederea respectării dispoziţiilor art. 189 alin. (1) şi (2) din Legea nr. 98/2016, contestatoarea solicită obligarea autorităţii contractante de a preciza în mod explicit la ce se referă noţiunile "tipul de contract" şi "tipul execuţiei".

Având în vedere complexitatea deosebită a acestui proiect, care include primul pod suspendat din Romania, şi luând în considerare costurile ridicate ale pregătirii unei oferte pentru acest tip de lucrare, contestatoarea solicită obligarea autorităţii contractante de a menţiona în cadrul documentaţiei de atribuire care este stadiul obţinerii/aprobării finanţării lucrărilor din fonduri europene nerambursabile.

Prin adresa nr. 92/44237/15.06.2017, înregistrată la Consiliu sub nr. 24027/16.06.2017, ... SA formulează punct de vedere cu privire la contestaţia formulată de SC ... SRL în care precizează următoarele:

Cu privire la criticile contestatoarei, referitoare la menţiunile din cadrul fişei de date a achiziţiei, secţiunea IV Procedura IV.2.1 Criterii de atribuire: Cel mai bun preţ calitate-pret, în ceea ce priveşte factorii de evaluare menţionaţi la punctele 2, 3 şi 5 şi cerinţele pentru obţinerea punctajului pentru personalul cheie, autoritate contractantă precizează că aşa cum rezultă din informaţiile prezentate în documentaţia de atribuire, contractul care face obiectul achiziţiei este unul extrem de complex, prezentând atât ca soluţie tehnică adoptată (pod suspendat), cât şi ca lungime (lungime totală de 1.974,30 m cu o deschidere centrală de

1.120,00 m şi două deschideri laterale de 489,65 şi 364,65 m) elemente de noutate în domeniul infrastructurii de transport rutier din România, dar şi un grad mare de raritate la nivel european şi internaţional.

Este cunoscut faptul că, în prezent, trecerea de pe un mal pe altul al Dunării în zona Brăila/Galaţi se realizează numai pe apă, cu bacul. Pe timpul iernii, în situaţia când Dunărea îngheaţă, primăvara când curg sloiuri şi ori de câte ori este ceaţă sau furtuni, traversarea practic se întrerupe, legătura zonei Brăila, Galaţi cât şi a Moldovei cu Dobrogea trebuind să se facă pe la podul Giurgeni - Vadul Oii, respectiv cu un spor de distanţă de parcurs de 133 km pentru relaţia Tulcea şi de 56 km pentru relaţia Constanţa.

Proiectul Pod suspendat peste Dunăre în zona Brăila prevăzut a fi amplasat în zona km 165+800 pe fluviul Dunărea (kilometraj pe Dunăre măsurat de la Sulina), are ca scop crearea unei căi de comunicaţie modernă cu implicaţii în dezvoltarea regională a zonei, a fluidizării traficului între localităţile Brăila, Galaţi, Tulcea, Constanţa, creşterii siguranţei utilizatorilor, micşorarea timpilor de parcurs, scăderea poluării la toate nivelele în zonele în prezent tranzitate.

Mai mult decât atât, obiectul contractului include, pe lângă podul suspendat, şi realizarea secţiunilor de drum Brăila - Jijila (lungime 19,095 km) şi drum de legătură cu DN22 Smârdan - Măcin (lungime 4,328 km), precum şi a două viaducte de acces pe podul suspendat în lungime de 110 m fiecare.

Raportat la toate cerinţele de natură tehnică ale Beneficiarului şi dată fiind amploarea proiectului, aşa cum rezultă din analiza coroborată a Proiectului ilustrativ şi a Cerinţelor Beneficiarului, factorii de evaluare cu privire la Şeful echipei de proiectare, Inginerul Proiectant de Poduri şi Managerul de Proiect au fost stabiliţi de autoritatea contractantă în legătură directă cu natura şi obiectul contractului de achiziţie publică ce urmează a fi atribuit, justificarea avantajelor oferite de utilizarea acestor factor de evaluare fiind expusă pe larg în Strategia de contractare şi verificată, evaluată şi aprobată de ANAP în exercitarea atribuţiilor de verificare a conformităţii documentaţiilor de atribuire cu legislaţia aplicabilă în domeniul achiziţiilor publice.

Invocarea unui pretins caracter restrictiv al factorului de evaluare prin raportare la raritatea proiectelor similare realizate în România şi nicidecum la eventuala dificultate pe care caracteristicile tehnice solicitate le implică, aşa cum însăşi contestatoarea menţionează, nu este de natură a justifica caracterul neproporţional al factorilor de evaluare, şi nici încălcarea tratamentului egal şi al liberei concurenţe.

Se va avea în vedere ca factori de evaluare trebuie să aducă reale avantaje autorităţii contractante, în cazul de faţă de experienţa şi expertiza experţilor cheie depinzând realizarea proiectului şi atingerea indicatorilor de performanţă asumaţi prin contract.

Totodată, trebuie precizat că cerinţele autorităţii contractante care fac obiectul contestaţiei sunt asociate unor factori de evaluare, pentru care se acordă punctaje, şi nu unor cerinţe de conformitate a propunerii tehnice. Este evident faptul că nu puteau fi punctate decât avantajele care reies dintr-o experienţă superioară celei minim solicitate prin cerinţele

Beneficiarului pentru cei trei experţi, în mod corelat cu specificul contractului şi cu complexitatea acestuia.

De exemplu, pentru Şeful echipei de proiectare, faţă de cerinţa minimă a caietului de sarcini care vizează experienţa profesională în "realizarea/revizuirea unui Proiect tehnic pentru construcţie nouă de pod suspendat /pod hobanat cu cel puţin o deschidere de minim 200 m", autoritatea contractantă punctează suplimentar experienţa dobândită în poziţii similare în cadrul unor contracte de elaborare proiect tehnic pentru construcţie nouă a unui pod rutier suspendat/ hobanat cu o deschidere de cel puţin 300 m şi având un profit transversal de minim 4 benzi de circulaţie, conform următoarelor intervale:

- între 300 şi 349 m pentru deschiderea maximă a podului suspendat/ hobanat: 2 puncte;
- între 350 şi 449 m pentru deschiderea maximă a podului suspendat/ hobanat: 4 puncte,
- între 450 şi 549 m pentru deschiderea maximă a podului suspendat/ hobanat: 6 puncte;
- între 550 şi 649 m pentru deschiderea maximă a podului suspendat/ hobanat: 8 puncte;
- 650 m sau mai mult pentru deschiderea maximă a podului suspendat/ hobanat: 10 puncte.

Intervalele de punctare au fost stabilite în funcţie de deschiderea maximă a podului de 1120 m, autoritatea contractantă punctând până la aproximativ 60% din lungimea deschiderii maxime a podului ce urmează a fi proiectat şi construit în cadrul acestui contract. Această lungime a fost astfel stabilită pentru a nu îngrădi participarea experţilor în domeniu în cadrul ofertelor ce vor fi depuse, ţinând cont de numărul relativ redus al unor astfel de construcţii.

Totodată, se acceptă ca experienţă similară şi proiectarea de poduri hobanate, acestea fiind apropiate din punct de vedere al tehnologiei de execuţie de cele suspendate, dar care presupun în general lungimi mai mici ale deschiderilor principale.

Podurile hobanate diferă de podurile suspendate prin modul de transmitere a încărcărilor la teren. La aceste structuri, încărcările de la tablier se transmit la piloni direct prin intermediul hobanelor faţă de structurile supendate la care încărcările se transmit prin tiranti verticali la două cabluri principale ce sunt susţinute de piloni şi ancorate în blocuri de ancoraj de greutate la capetele stucturii.

Totuşi, având în vedere modul de alcătuire a tablierului şi a prinderii acestuia cu cabluri, repartiţia cu o deschidere centrală şi două adiacente, dimensiunile pilonilor precum şi modul de modelare de calcul cu metoda elementului finit pentru ambele tipuri de structuri, se poate observa faptul că proiectarea şi execuţia sunt similare.

Autoritatea contractantă menţionează că nu se poate stabili nicio altă similaritate cu alte tipuri de pod, întrucât tehnologiile de realizare a acestora nu prezintă acelaşi grad de complexitate şi de expertiză.

Având în vedere alte proiecte similare realizate pe plan internaţional, pentru a asigura o concurenţă corespunzătoare, fără, însă, a afecta capacitatea reală de realizare efectivă a prezentului contract, autoritatea

contractantă a stabilit lungimea minimă a deschiderii principale a podului la 300 m.

Totodată, la stabilirea lungimii minime s-au avut în vedere caracteristicile de proiectare şi execuţie specifice tipului de structură propus prin studiul de fezabilitate.

Astfel, se consideră că elementele principale de rezistenţă, începând cu o deschidere de 300 m, sunt direct proporţionale cu lungimea structurii (înălţime piloni, dimensiune cabluri/hobane), iar modelarea structurală de calcul şi dimensionarea acestora este similară pentru deschideri diferite. De asemenea, principalele procese tehnologice de execuţie sunt comparabile, existând diferente doar din punctul de vedere al volumului de lucrări şi al constrângerilor punctuale, specifice obstacolului traversat.

Având în vedere cele de mai sus, autoritatea contractantă a urmărit încurajarea participării operatorilor economici la procedură, fiind creat un mediu concurenţial propice. Prin urmare, cu privire la afirmaţia contestatorului: *"Apreciem ca fiind extrem de restrictiv factorul de evaluare menţionai mai sus, nu raportat la caracteristicile geometrice specifice ale lucrărilor de artă ce urmează a fi proiectate şi executate ci raportat la proiectele simitare care s-au realizat în România în ultimii 50 de ani, respectiv niciunul. Autoritatea contractantă trebuie să aibă în vedere la stabilirea factorului de evaluare a principiile prevăzute de către art. 2 din Legea nr. 98/2016 privind tratamentul egal, proporţionalitatea şi mai mult decât celelalte, libera concurenţă.*

Or, atâta vreme cât în România nu a fost proiectată şi executată nicio lucrare de artă care ar permite întrunirea cerinţei minime privind deschiderea de minim 300 m este cu atât mai evidentă exacerbarea factorului de evaluare ce prevede că pentru obţinerea unui punctaj maxim, deschiderea podului suspendat/hobanat să fi fost de 650 m sau mai mult".

Autoritatea contractantă menţionează faptul că participarea la licitaţie este deschisă tuturor operatorilor economici, fără limită de zona geografică, sau de ani, nefiind deci dedicată numai operatorilor economici din România şi nici exclusiv experţilor români sau care au activat exclusiv în proiecte derulate pe teritoriul României.

Cu privire la precizările contestatoarei referitoare la condiţiile contractuale, respectiv dispoziţiile art. 5-42 din cadrul Acordului contractual, pe care operatorul economic SC ... SRL le consideră lovite de nulitate absolută, autoritatea contractantă precizează următoarele:

Ordinul MT nr. 146/2011 a fost respectat în elaborarea condiţiilor de contract, dar acesta reprezintă un act de ordin terţiar, care nu are prioritate faţă de legislaţia primară aplicabilă, respectiv Legea nr. 98/2016. Mai mult decât atât, aplicabilitatea Ordinului nr. 146/2011 nu are întâietate faţă de alte acte similare şi/complementare, cu atât mai puţin faţă de legislaţia primară şi secundară aplicabilă începând cu anul 2016, respectiv Legea nr. 98/2016 şi HG nr. 395/2016.

De asemenea se precizează faptul că procedura de atribuire a prezentului contract se supune Legii nr. 98/2016 privind achiziţiile publice, act normativ de nivel primar. Totodată, autoritatea contractantă utilizează Condiţiile Speciale ale Contractului reglementate prin Anexa nr. 1 a

Ordinului MT nr. 146/2011 cu modificările şi completările ulterioare, act normativ de nivel terţiar.

Autoritatea contractantă subliniază faptul că dacă nu s-ar realiza armonizarea condiţiilor contractuale reglementate prin Anexa nr. 1 a Ordinului MT nr. 146/2011 cu prevederile Legii nr. 98/2016, există riscul să apară interpretări în privinţa condiţiilor de contract aplicabile şi a efectelor acestora ulterior semnării contractului, plecând de la realitatea existentă, şi anume că aceste condiţii de contract aprobate prin Ordinul MT 146/2011 conţin prevederi contrare Legii nr. 98/2016. Această situaţie poate conduce ulterior la solicitări de daune interese sau revendicări din partea Antreprenorilor, pe motivul că prevederile Legii nr. 98/2016 nu au fost incluse în documentaţia de atribuire şi că aceştia nu au avut cunoştinţă de ele, astfel încât să îşi fundamenteze o propunere financiară adecvată şi reală.

Drept urmare, s-a impus armonizarea cu dispoziţiile Legii nr. 98/2016 a Condiţiilor Speciale ale Contractului, reprezentând Anexa nr. 1 a Ordinului MT nr. 146/2011 cu modificările şi completările ulterioare şi care sunt incluse în documentaţia de atribuire. De asemenea, a fost necesară şi armonizarea Condiţiilor contractuale cu Legea nr. 72/2013 cu modificările şi completările ulterioare şi Legea nr 76/2014 modificată şi completată prin OUG nr 55/2016 etc.

În acest sens, autoritatea contractantă invocă o speţă similară (care a făcut obiectul Dosarului nr. 2484/2016), în care prin Decizia nr. ..., Consiliul motivează astfel:

"Referitor la cea de-a doua critică privind obligativitatea respectării prevederilor ordinului MT nr. 146/2011 în forma existentă, Consiliul constată netemeinicia acesteia. Dispoziţiile HG nr. 1405/2010 prevăd: (...).

Având în vedere această prevedere legală, prin OUG nr. 80/2016, la art. X s-a precizat: <La data intrării în vigoare a ordinului prevăzut la art 235 alin. (4) din Legea nr. 98/2016 privind achiziţiile publice, cu completările aduse prin prezenta ordonanţă de urgenţă, se abrogă Hotărârea Guvernului nr. 1 405/2010 privind aprobarea utilizări unor condiţii contractuale ale Federaţiei Internaţionale a Inginerilor Consultanţi în Domeniul Construcţiilor (FIDIC) pentru obiective de investiţii din domeniul infrastructurii de transport de interes naţional, finanţate din fonduri publice, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 51 şi 51 bis din 20 ianuarie 2011>

(...)

Pe de altă parte, dacă sunt prevederi ale clauzelor contractuale speciale care contravin legilor în vigoare la momentul demarării procedurii de achiziţie, autoritatea contactantă trebuie să le corecteze şi să le pună în acord cu legislaţia în vigoare. (...)".

Aşadar, autoritatea contractantă apreciază că este pe deplin îndreptăţită să rectifice/modifice acele clauze din Condiţiile Speciale de Contract care contravin Legii nr. 98/2016 şi HG nr. 395/2016, cu modificările şi completările ulterioare.

Mai mult decât atât, modificările operate de autoritatea contractantă prin Acordul Contractual sunt confirmate de aprobarea noilor condiţii

speciale de contract prin publicarea în Monitorul Oficial al Ordinului Ministrului Transporturilor care modifică şi completează Anexa nr. 1 la OMT 146/2011.

În acest context, pentru a asigura armonizarea condiţiilor de contract cu noile reglementări introduse prin Ordinul MT nr. 600/30.05.2017, autoritatea contractantă a adoptat şi publicat următoarele măsuri de remediere:

1. Condiţiile Speciale publicate în cadrul documentaţiei de atribuire, în fişierul Contract.rar.p7s, se înlocuiesc cu Condiţiile Speciale aprobate prin Ordinul MT nr. 600/30.05.2017 privind modificarea şi înlocuirea Anexei nr. 1 la OMT nr. 146/2011.

2. Acordul contractual publicat în cadrul documentaţiei de atribuire, în fişierul Contract.rar.p7s, se revizuieşte în concordanţă cu Condiţiile Speciale aprobate prin Ordinul MT nr. ar. 600/30.05.2017 privind modificarea şi înlocuirea Anexei nr. 1 la OMT nr. 146/2011.

3. Anexa la oferta publicată în cadrul documentaţiei de atribuire, în fişierul Formulare 28.04.2017.docx.p7st se revizuieşte în consecinţă.

4. Modificările la caietul de sarcini care derivă din noile Clauze contractuale.

Având în vedere măsurile de remdiere efectuate, autoritatea contractantă face următoarele menţiuni cu privire la solicitările contestatoarei referitoare la clauzele contractuale:

I. Cu privire la art. 4 din Acordul Contractual, a se vedea Acordul Contractual revizuit în conformitate cu Anexa nr. 2 la Condiţiile Speciale aprobate prin Ordinul MT nr. 600/30.05.2017.

2. Cu privire la art. 15 din Acordul Contractual, la care contestatarul în mod eronat face referire ca fiind art. 2, a se vedea Acordul Contractual revizuit în conformitate cu Condiţiile Speciale aprobate prin Ordinul MT nr. 600/30.05.2017.

Autoritatea contractantă învederează următoarele aspecte:

a) alineatele (3) şi (6) care fac obiectul contestaţiei se regăsesc în cadrul sub-clauzei 5.3 [Obligaţiile asumate de către Antreprenor] din noile Condiţii Speciale de Contract.

Din modalitatea de formulare a sub-clauzei 5.3 [Obligaţiile asumate de către Antreprenor] din noile Condiţii Speciale de Contract rezultă cu claritate faptul că *"Eventualele erori/omisiuni/neconformităţi/necorelări din cadrul Studiului de Fezabilitate şi care nu au fost remediate prin Cerinţele Beneficiarului vor fi aduse la cunoştinţă în scris Beneficiarului şi Inginerului odată cu depunerea Declaraţiei de Proiectare însoţite de propuneri de soluţionare/remediere"*, neexistând astfel riscul ca Antreprenorul să fie obligat să realizeze un Proiect tehnic care să conţină erori şi/sau inexactităţi încălcând astfel Legea nr. 10/1995 - republicată cu modificările şi completările ulterioare

b) alineatul (10) se regăseşte în cadrul sub-cauzei 8.4 [Prelungirea Duratei de Execuţie] din noile Condiţii Speciale de Contract, observaţiile contestatarului cu privire la sintagma "din orice cauze" fiind remediate.

Referitor la menţiunea contestatarei conform căreia: *"Modul în care este redactată clauza din Acordul Contractual este de natură să transforme un contract cu caracter comutativ, în care părţile cunosc*

întinderea prestaţiilor lor la momentul încheierii sale, ori aceasta este cel puţin determinabilă, într-un contract de tip aleatoriu, în cadrul căruia întinderea prestaţiilor Antreprenorului, în lipsa informaţiilor furnizate de beneficiar depinde de hazard, respectiv de un eveniment viitor şi incert care îl expune riscului unor pierderi, ce nu pot fi în niciun mod cuantificate la momentul depunerii ofertelor", autoritatea contractantă susţine că prezentul contract este unul administrativ în lumina definiţiei contractului de achiziţie publică şi a Legii contenciosului administrativ nr. 554/2004.

Astfel, regimul juridic al contractului în discuţie este unul special, preponderent de drept public. Prerogativele de drept public la îndemâna autorităţii contractante constau în faptul că se încheie contractul pentru realizarea unor sarcini ale interesului public, ceea ce pune autoritatea contractantă într-o poziţie privilegiată cu posibilitatea de a impune unele clauze în contract, de a controla modul de executare şi chiar de reziliere a contractului.

Fiind încheiat în vederea realizării unei competenţe a administraţiei publice, acest contract are o natură juridică preponderent de adeziune. În consecinţă, contractul de achiziţie publică presupune anumite rigori pe care trebuie să le accepte cei care doresc şi se implică într-o relaţie contractuală cu statul sau entităţile publice ale sale. Legea contenciosului administrativ nr. 554/2004 instituie regula conform căreia principiul libertăţii contractuale este subordonat principiului priorităţii interesului public.

În ce priveşte afirmaţia operatorului economic SC ... SRL potrivit căreia *"Antreprenorului i se transferă obligaţia protejării oricăror utilităţi suplimentare [...] toate acestea fiind în afara controlului Antreprenorului, dar pentru care i se vor aplica - în mod evident injust, abuziv şi nelegal - prevederile sub- clauzei 8.7 [Penalităţi de întârziere]"*, autoritatea contractantă arată că în conformitate cu prevederile Sub-clauzei 8.1. [începerea Lucrărilor] din noile Condiţii Speciale ale Contractului, este menţionat: *"[..] Inginerul va trimite Antreprenorului o înştiinţare privind data de începere a Execuţiei Lucrărilor numai în condiţiile în care a fost aprobat Proiectul Tehnic de Execuţie de către Beneficiar, au fost finalizate lucrările de relocare/protejare a utilităţilor de către Beneficiar, terenul a fost descărcat de sarcină arheologică şi au fost obţinute Autorizaţiile de construire. Inginerul va trimite Antreprenorului înştiinţarea privind data de începere cu cel puţin 7 zile înainte de această dată şi data de începere a Execuţiei Lucrărilor nu va depăşi cu mai mult de 42 de zile data emiterii notificării privind data de începere a Execuţiei Lucrărilor. Antreprenorul va începe execuţia Lucrărilor cât mai curând posibil după data de începere şi va continua execuţia Lucrărilor cu promptitudine şi fără întârzieri. [....]"*

De asemenea, în Cerinţele Beneficiarului, cap. 7 "Utilităţi", sub-capitolul 7.1 "Date disponibile referitoare la utilităţi", este menţionat:

"Antreprenorul nu va derula activităţi de relocare de utilităţi decât în cazuri excepţionale. Relocarea utilităţilor va fi realizată de către Beneficiar şi de către subcontractorii de specialitate ai acestuia. Avizele şi aprobările referitoare la relocarea utilităţilor vor fi puse la dispoziţia Antreprenorului la data emiterii ordinului de începere a lucrărilor de execuţie".

Totodată, în cadrul Graficului de Plăţi nu sunt menţionate sume pentru măsurile întreprinse în vederea identificării utilităţilor astfel încât Antreprenorul să devină responsabil pentru astfel de activităţi.

În ceea ce priveşte protejarea utilităţilor, se vor avea în vedere prevederile cap. 7.2 Obligaţiile Antreprenorului. Protejarea Utilităţilor, precum şi faptul că ofertanţii au obligaţia de a include în Graficul de Plăţi, linia 3.8.2 Protejări de Instalaţii, costuri privind protejarea utilităţilor, astfel încât aceştia să poată cuantifica riscurile asociate acestei activităţi în propria propunere financiară.

3. Referitor la prevederile cap. 2.1.1 din Cerinţele Beneficiarului, paragraful *"De asemenea, Antreprenorul va renunţa în mod explicit şi irevocabil la dreptul de a solicita extinderea Duratei de Execuţie a Contractului şi/sau costuri suplimentare cât şi în cazul apariţiei uneia sau mai multor situaţii, ca de exemplu:*

- devine necesară din orice cauze obţinerea unor noi avize, acorduri şi autorizaţii (sau revizurirea acestora),

- devine necesară din orice cauze demolarea parţială sau totală a lucrărilor deja executate şi implicit refacerea acestora;

- devine necesară din orice cauze protejarea şi/sau relocarea unor utilităţi", se revizuieşte în concordanţă cu sub-clauza 8.4 [Prelungirea Duratei de Execuţie] din noile Condiţii Speciale de Contract, prin eliminarea sintagmei "din orice cauze".

Referitor la afirmaţiile contestatoarei: *"Diferenţa de tratament între părţile contractuale, constând în suportarea de daune-interese doar de către una dintre ele, respectiv de către viitorul Antreprenor, este inechitabilă, tulbură echilibrul contractual şi nu are suport legal. Astfel, este de remarcat că, prin Acordul Contractual şi prin noua Anexă în Ofertă - şi aceasta modificată faţă de cea prevăzută în OMT 14612011, autoritatea îşi rezervă dreptul de a beneficia de penalităţi/ daune-interese pentru nenumărate situaţii, în vreme ce contractantului nu îi este recunoscut dreptul de a beneficia de daune-interese similare.*

Dreptul de a percepere daune-interese acordat doar uneia dintre părţi în cauză autorităţii contractante, generează un dezechilibru al sarcinilor contractuale, mai cu seamă că aceste despăgubiri predeterminate sunt substanţiale.

Fiind unidirecţionale, penalităţile prevăzute la Sub-clauzele 4.17, 4.21. 4.23, 6,1, 8.3, 8.6. 8.7, 111, 14 7 rup echilibrul contractual dintre părţile contractante, intrând în sfera clauzelor abuzive, astfel cum sunt ele definite la art 12 din Legea nr. 72/2013 privind măsurile pentru combaterea întârzierii în executarea obligaţiilor de plată a unor sume de bani rezultând din contracte încheiate între profesionişti şi între aceştia şi autorităţi contractante - practica sau clauza contractuală prin care se stabileşte în mod vădit inechitabil, în raport cu creditorul, termenul de plată, nivelul dobânzii pentru plata întârziată sau al daunelor-interese suplimentare este considerată abuzivă.

Mai mult decât atât, aşa cum rezultă din Anexa la Ofertă, o parte dintre penalităţile prevăzute pentru depăşirea unor termene sau neîndeplinirea unor obligaţii sunt şi total disproporţionate ca valoare faţă de gravitatea încălcării contractuale, iar unele dintre ele se şi dublează",

autoritatea contractantă reiterează faptul că prezentul contract este unul administrativ, în lumina definiţiei contractului de achiziţie publică şi a Legii contenciosului administrativ nr. 554/2004.

Astfel, regimul juridic al contractului în discuţie este unul special, preponderent de drept public. Prerogativele de drept public la îndemâna autorităţii contractante constau în faptul că se încheie contractul pentru realizarea unor sarcini ale interesului public, ceea ce pune autoritatea contractantă într-o poziţie privilegiată cu posibilitatea de a impune unele clauze în contract, de a controla modul de executare şi chiar de reziliere a contractului. Fiind încheiat în vederea realizării unei competenţe a administraţiei publice, acest contract are o natură juridică preponderent de adeziune, în consecinţă, contractul de achiziţie publică presupune anumite rigori pe care trebuie să le accepte cei care doresc să se implice într-o relaţie contractuală cu statul sau entităţile publice ale sale. Legea contenciosului administrativ nr. 554/2004 instituie regula conform căreia principiul libertăţii contractuale este subordonat principiului priorităţii interesului public.

4. Cu privire la penalităţile prevăzute în Anexa la Oferta asociate sub-clauzelor 4.17, 4.21, 4.23, 6.1, S.3, 8.6, 8.7, 11.1 şi 14.7, autoritatea cotractantă susţine că această revizuire a Anexei la Ofertă a ţinut cont atât de modificările instituite de noile Condiţii Speciale de Contract, cât şi de necesitatea asigurării proportionalităţii penalităţilor raportat la gravitatea încălcării şi la valoarea contractului.

Cu privire la sub-clauza 4.17 [Utilajele Antreprenorului], această penalitate se aplică pentru a preveni o întârziere în cadrul contractului care se poate perpetua, conducând astfel la întârzieri majore în execuţia lucrărilor. Această penalitate se aplică începând cu a 6-a zi de la data transmiterii Ordinului de mobilizare, ceea ce oferă Antreprenorului o marjă de timp în vederea mobilizării categoriilor de utilaje menţionate în Ordinul de mobilizare, şi se menţine până la data mobilizării categoriilor de Utilaje.

Mai mult decât atât, această clauză prevede că, în cazul în care, pe parcursul derulării contractului, Beneficiarul percepe penalităţi potrivit acestei Sub-clauze, iar, ulterior, Antreprenorul reuşeşte să recupereze întârzierea şi să se încadreze în programul de execuţie aprobat de către Inginer conform Sub-clauzel 8.3 [Programul de Execuţie] din Condiţiile Speciale ale Contractului şi să respecte prevederile Sub- clauzei 8.2 [Durata de Execuţie] din Condiţiile Generale ale Contractului, Antreprenorul are dreptul de a solicita Beneficiarului restituirea valorii plătite pentru aceste penalităţi.

De asemenea, în derularea unui astfel de contract de complexitate ridicată există diverse situaţii care pot genera impedimente asupra accesului la amplasamentul lucrării în vederea mobilizării Utilajelor, aceste situaţii neputând fi atribuire niciuncia dintre părţi, dar pentru care Antreprenorul va solicita costuri suplimentare sub formă de revendicări (atât extensie de timp cu costuri de întârziere aferente, cât şi costuri suplimentare pentru rezolvarea situaţiei proriu-zise).

Astfel de situaţii, pot apărea în momentul demarării lucrărilor, iar în eventualitatea apariţiei acestora, autoritatea contractantă nu poate fi trasă

la răspundere pentru situaţii ce sunt cauzate de către alte instituţii sau evenimente ce nu ţin de controlul părţilor.

În ce priveşte afirmaţiile contestatoarei referitoare la sub-clauza 4.21 [Rapoarte privind Evoluţia Execuţiei Lucrărilor], măsura de remediere adoptată asupra Anexei la ofertă constă în înlocuirea procentului de "0,01 %" cu o sumă fixă.

Cu privire la afirmaţia contestatoarei referitoare sub-clauza 4.23 [Activităţile Antreprenorului pe Şantier], conform căreia se aplică 2 penalităţi pentru aceeaşi încălcare, autoritatea contractantă precizează că penalitatea de 0,01% din cadrul Anexei la ofertă se referă la obligaţia Antreprenorului de a restrânge aria de desfăşurare a activităţii numai în limitele Şantierului şi în alte zone auxiliare care pot fi obţinute de către Antreprenor şi acceptate de către Inginer ca zone de lucrări, iar cea de-a doua penalitate (de 50.000,00 lei/zi) se aplică în cazul în care Antreprenorul încalcă obligaţiile cu privire la măsurile de asigurare a curăţeniei pe şantier. Diferenţierea între cele două penalităţi a fost evidenţiată în Anexa la Oferta revizuită.

Referitor la afirmaţia contestatoarei conform căreia "nu se menţionează că încălcarea sau întârzierea în îndeplinirea obligaţiilor trebuie să fie din culpa exclusivă a Antreprenorului" autoritatea contractantă precizează că încă din titlul acestei sub-clauze, se întrevede obligaţia exclusivă a Antreprenorului de a respecta prevederile cuprinse în aceasta, respectiv "Activităţile Antreprenorului pe Şantier". Aşadar, această solicitare a contestatoarei este neîntemeiată.

În ce priveşte observaţiile contestatoarei referitoare la art. 19.1 din Acordul Contractual care modifică sub-clauza 8.6 [Ritmul execuţiei lucrărilor] din Condiţiile Speciale de Contract, autoritatea contractantă face trimitere la noile Condiţii Speciale de Contract, precum şi la Acordul Contractual şi Anexa la Ofertă revizuite în consecinţă.

În ceea ce priveşte penalitatea de 1.000.000 lei, aceasta se aplică pentru întârzierea în atingerea unui punct de referinţă, oricăruia dintre cele 6 puncte de referinţă, astfel cum este menţionat în condiţiile de contract şi în Anexa la Ofertă, şi nu doar pentru punctul de referinţă nr. 1, după cum susţine contestatoarea.

În privinţa penalităţii în valoare de 250.000 lei, aşa cum este menţionat în Anexa la ofertă, aceasta se aplică pentra prezentarea Declaraţiei de proiectare "pe Sectoare/Secţiuni/Etape/Porţiuni sau alte asemenea", respectiv prezentarea Declaraţiei de proiectare în alt mod decât cel solicitat în contract, situaţie în care, Beneficiarul va returna Declaraţia de Proiectare şi va aplica această penalitate Antreprenorului pentru fiecare eveniment de acest fel. Aşadar, această penalitate nu se aplică pentru nefinalizarea Declaraţiei de proiectare, precum afirma contestatoarea, ci pentru prezentarea ei altfel decât cum este specificat în caietul de sarcini.

Mai mult decât atât, în penultimul paragraf al Sub-Clauzei 8.6 [Ritmul execuţiei lucrărilor] din noile condiţii speciale ale contractului este menţionat: *„În cazul în care Antreprenorul reuşeşte să respecte prevederile subclauzei 8 2. [Durata de Execuţie] penalităţile aplicate în conformitate cu prevederile prezentei subclauze vor fi restituite*

Antreprenorului în primul Certificat Interimar de Plată emis după data Recepţiei la Terminarea Lucrărilor”. Aşadar, în situaţia în care Antreprenorul recuperează întârzierile în atingerea punctelor de referinţă prin încadrarea în durata de execuţie a lucrărilor, penalitatea este de 1.000.000 lei.

Referitor la măsurile de remediere solicitate de contestatoare, autoritatea contractantă face următoarele precizări:

1. Având în vedere că penalităţile stabilite prin Anexa la Ofertă nu se dublează, aşa cum a fost mai sus justificat, solicitarea de eliminare a acestora este neîntemeiată,

2. Având în vedere denumirea sub-clauzei la care contestatoarea face referire în cadrul acestui punct, respectiv sub-clauza 4.23 [Activităţile Antreprenorului pe Şantier], se poate observa că prevederile acesteia se referă doar la Antreprenor, astfel că adăugarea menţiunii „ca penalităţile vor fi aplicate doar dacă întârzierea sau neîndeplinirea este din culpa exclusivă a Antreprenorului” după cum solicita contestatoarea, este excesivă, deoarece culpa pentru neîndeplinirea obligaţiilor prevăzute la această sub-clauză nu poate fi decât a Antreprenorului.

3. În privinţa solicitării diminuării cuantumului "penalităţilor care sunt disproporţionate, raportat la întreaga valoare a contractului”, se face trimitere la Anexa la oferta revizuită.

4. Prezentul contract este unul administrativ în lumina definiţiei contractului de achiziţie publică şi a Legii contenciosului administrativ nr. 554/2004.

5. Cu privire la măsura de remediere solicitată asupra art. 8 din Acordul Contractual, în sensul instituirii unor prevederi pentru garanţia de bună execuţie, astfel încât să fie constituită o garanţie de bună execuţie pentru perioada de proiectare şi o garanţie de bună execuţie pentru perioada de execuţie, autoritatea contractantă precizează faptul că modalitatea de constituire a garanţiei de bună execuţie este reglementată prin noile condiţii speciale de contract, în corelare cu legislaţia în domeniul achiziţiilor publice în vigoare.

Solicitarea contestatoarei contravine, astfel, atât Ordinului MT nr. (500/30.05 2017, cât şi legislaţiei în domeniul achiziţiilor publice. Mai mult decât atât, în măsura în care contestatoarea este familiarizată cu condiţiile de contract FIDIC, noţiunea de garanţie de bună execuţie nu poate reprezenta pentru acesta un element de noutate, având în vedere că în cadrul unui contract, garanţia de bună execuţie se constituie de către contractant în scopul asigurării îndeplinirii cantitative, calitative şi în perioada convenită a contractului.

Având în vedere că obiectul contractului în cauză este de proiectare şi execuţie, că realizarea obiectului acestui contract este în sarcina unui singur Antreprenor, că îndeplinirea cantitativă, calitativă şi în perioada convenită a întregului contract nu se poate considera prin raportare în mod distinct la cele două etape (proiectare şi execuţie), reiese că interesele autorităţii contractante nu pot fi protejate prin constituirea mai multor garanţii de bună execuţie în cadrul unui singur contract.

Argumentele mai sus enunţate sunt validate de modalitatea de eliberare/restituire a garanţiei de bună execuţie prevăzută de HG nr.

395/2016, care nu se raportează la etapa de proiectare, ci la recepţia la terminarea lucrărilor şi la recepţia finală.

Mai mult decât atât, referitor la afirmaţia contestatoarei privind indisponibilizarea unei sume extrem de mari cu aproximativ 2 ani înainte de începerea propriu-zisă a lucrărilor, fapt ce ar avea "un impact negativ major asupra fluxului de numerar şi, pe cale de consecinţă şi asupra implementării contractului, autoritatea contractantă subliniază că acesta este un risc asumat de orice ofertant în contextul unui proiect major, complex, în care valoarea garanţiei de bună execuţie este proporţională cu valoarea contractului. Pretinsul dezechilibru la nivelul fluxului de numerar poate fi compensat prin sumele plătite Antreprenorului, care de asemenea reprezintă sume semnificative în raport cu valoarea contractului.

6. Cu privire la art. 26 alin. (2) din Acordul Contractual prin care a fost modificată sub-clauza 14.3 [Prezentarea Situaţiilor Interimare de Lucrări] din Condiţiile Speciale de Contract, autoritatea contractantă face trimitere la Acordul Contractual revizuit prin măsura de remediere adoptată ca urmare a publicării noilor Condiţii Speciale de Contract. Condiţiile de returnare a Garanţiei pentru sume reţinute au fost reglementate prin noile Condiţii Speciale de Contract, motiv pentru care art. cu privire la modificarea sub-clauzei 14.3 [Prezentarea Situaţiilor Interimare de Lucrări] din Acordul Contractual a fost eliminat.

7. Cu privire la art. 17 din Acordul Contractual prin care a fost modificată sub-clauza 6.1 [Angajarea Personalului şi Forţei de Muncă] din Condiţiile Speciale de Contract, autoritatea contractantă face trimitere la Acordul Contractual revizuit prin măsura de remediere adoptată ca urmare a publicării noilor Condiţii Speciale de Contract.

În acest sens, trebuie reţinut şi faptul că noţiunea de demisie este reglementată prin sub-clauza 6.1 [Angajarea Personalului şi Forţei de Muncă] din noile Condiţii Speciale de Contract, motiv pentru care solicitarea contestatoarei devine lipsită de obiect.

În situaţia în care expertul este angajat al Antreprenorului prin contract supus prevederilor Legii nr. 53/2003, demisia expertului va conduce la obligaţia Antreprenorului de înlocuire a acestuia, fără plata de penalităţi, având în vedere că demisia acestuia este considerat un act unilateral de voinţă, în afara controlului Antreprenorului.

În situaţia în care forma de colaborare, alta decât contract de muncă în sensul prevederilor Legii nr.53/2003, între expert şi Antreprenor încetează, Antreprenorul are obligaţia înlocuirii expertului, fără a fi însă exonerat de plata penalităţilor, această situaţie fiind considerată a fi sub controlul Antreprenorului, care poate lua măsuri pentru a împiedica încetarea formei de colaborare cu expertul respectiv.

Acceptarea modificării clauzei în sensul propus de către contestatoare, ar putea conduce la înlocuirea frecventă a personalului de specialitate sub pretextul demisiei. Prin inexistenţa unei sancţiuni aplicate Antreprenorului, fluctuaţia de personal care, din experienţa autorităţii contractante, poate afecta continuitatea şi buna desfăşurare a contractului.

8. În ceea ce priveşte valoarea minimă a IPC-urilor, autoritatea contractantă face trimitere la Anexa la Oferta revizuită, în sensul diminuării procentelor aferente.

9. Referitor la solicitarea de modificare a valorii asigurării de răspundere profesională pentru proiectare prevăzută în Anexa la Ofertă, autoritatea contractantă subliniază că aceasta a fost stabilită cu respectarea procentului indicat atât în Anexa la Ofertă din Condiţiile Speciale de Contract aprobate prin Ordinul nr. 146/2011, cât şi în Anexa la Ofertă, revizuită prin noile Condiţii Speciale de Contract.

10. Cu privire la termenul limită până la care Inginerul va trimite Înştiinţarea privind Data de începere a Execuţiei Lucrărilor, în conformitate cu noile Condiţii Speciale de Contract, sub-clauza 8.1 [începerea Lucrărilor], *"Inginerul va trimite Antreprenorului înştiinţarea privind Data de începere a Lucrărilor cu cel puţin 7 zile înainte de această dată şi Data de începere a Lucrărilor nu va depăşi cu mai mult de 42 de zile data emiterii Înştiinţării privind Data de începere a Lucrărilor, Antreprenorul va începe execuţia Lucrărilor la Data de începere a Lucrărilor şi va continua execuţia Lucrărilor cu promptitudine şi fără întârzieri".*

Totodată, autoritatea contractantă subliniază faptul că emiterea înştiinţării privind data de începere a Lucrărilor este condiţionată şi de finalizarea Proiectului Tehnic de Execuţie, aspect care depinde de modalitatea în care Antreprenorul îşi desfăşoară activităţile de proiectare.

De asemenea, potrivit sub-clauzei 8.1. [începerea Lucrărilor] din noile Condiţii Speciale de Contract, înştiinţarea privind data de începere a Lucrărilor poate fi emisă şi pe Secţiuni/Sectoare, lucru care nu va conduce la blocarea Antreprenorului în cadrul contractului pe o perioadă nedeterminată de timp, după cum afirma contestatoarea.

11. Referitor la art. 19.1 din Acordul Contractual, autoritatea contractantă face trimitere la Acordul Contractual revizuit prin măsura de remediere adoptată ca urmare a publicării noilor Condiţii Speciale de Contract. Astfel, prin clauza 8.6 [Ritmul evoluţiei lucrărilor] din noile condiţii speciale, indicatorii aferenţi punctului de referinţă nr. 2 au fost revizuiţi.

Deşi verificarea PAC şi PTE intră în sarcina Beneficiarului prin contractarea verificatorilor independenţi, programul de verificare a acestor documente de proiectare va fi stabilit cu Antreprenorul, astfel încât acesta să nu încalce termenul asumat. În acest sens, în Condiţiile Beneficiarului, la pct. I 6.6, au fost stipulate următoarele prevederi: "[...] Antreprenorul va stabili un program de verificare a Proiectului Tehnic de Execuţie/ Detaliilor de Execuţie şi îi va transmite Beneficiarului astfel încât să poată facilita eficient procesul de verificare. Proiectul Tehnic de Execuţie va fi considerat final, numai după ce va fi verificat şi ştampilat de către Verificatorii autorizaţi". Mai mult decât atât, autoritatea contractantă a stabilit prin Cerinţele Beneficiarului, pct. 3.8.7, un termen obligatoriu pentru analiza şi verificarea documentelor depuse de Antreprenor, precum şi pentru revizuirea, dacă este cazul, a documentelor depuse, astfel: *"Verificatorul atestat va analiza documentele depuse în termen de 30 zile de la primire. Antreprenorul va remedia orice elemente deficiente*

identificate în timpul verificării şi va retransmite respectivele părţi spre verificare".

Autoritatea contractantă a iniţiat demersuri pentru achiziţia serviciilor de verificator proiect conform Legii nr.10/1995, astfel încât să nu apară întârzieri în cadrul contractului de proiectare şi execuţie.

Autoritatea contractantă conchide că nu a existat nicio neconcordanţă între prevederile art. 14.2 şi cele ale art. 19.1 din Acordul Contractual publicat în cadrul documentaţiei de atribuire, astfel că solicitarea contestatarei este neîntemeiată, cu atât mai mult cu cât această situaţie a fost reglementată şi prin noile Condiţii Speciale de Contract.

12. În ceea ce priveşte măsura de remediere solicitată de contestatoare cu referire la art. 26.1 din Acordul Contractual publicat în cadrul documentaţiei de atribuire, autoritatea contractantă face trimitere la Acordul Contractual revizuit prin măsura de remediere adoptată ca urmare a publicării noilor Condiţii Speciale de Contract. Astfel, această situaţie a fost reglementată în noile condiţii speciale prin introducerea lit. (h) în cadrul sub-clauzei 14.3 [Prezentarea Situaţiilor Intermediare de Lucrări].

13. Referior la solicitarea de completare a art. 40 cu menţiunea "din motive ce exced culpei Beneficiarului", se va avea în vedere că acest articol conţine mai multe situaţii în care Beneficiarul poate denunţa unilateral contractul, nefiind clar la care dintre acestea se referă contestatoarea.

Se va consulta şi Acordul Contractual revizuit ca urmare a aprobării noilor Condiţii Speciale de Contract. Situaţiile de denunţare unilaterală a contractului de către Beneficiar de la art. 40 din Acordul Contractual publicat în cadrul documentaţiei de atribuire se regăsesc şi în cadrul noilor Condiţii Speciale de Contract.

Faţă de afirmaţiile contestatoarei cu privire la faptul că „operatorul economic se găseşte într-o situaţie de inferioritate faţă de autoritatea achizitoare în ceea ce priveşte puterea de negociere a modelului de contract [..]", acest contract este unul administrativ iar clauzele contractuale nu fac obiectul negocierii cu operatorii economici.

III. Cu privire la precizările contestatoarei referitoare la criteriile de atribuire privind garanţia acordată lucrărilor, garanţia acordată aparatelor de reazem şi cea acordată dispozitivelor de acoperire a rosturilor de dilataţie, autoritatea contractantă arată că prin documentaţia de atribuire, se solicită o perioadă minimă de garanţie a lucrărilor de 60 de luni (5 ani). Totodată, pentru aparatele de reazem şi pentru dispozitivele de acoperire a rosturilor de dilalaţie se solicită o perioadă minimă de garanţie de 120 de luni (10 ani), perioadă care oricum depăşeşte perioada de garanţie a lucrări stabilită conform Legii nr.10/1995 republicată.

Factorii de evaluare stabiliţi cu privire la aceste trei garanţii trebuie analizaţi în mod distinct, garanţia lucrării nefiind condiţionată de garanţiile dispozitivelor. Garanţia acordată dispozitivelor de acoperire a rosturilor de dilataţie şi cea acordată aparatelor de reazem sunt similare unor garanţii acordate produselor. Astfel, Antrepenorul are obligaţia sa utilizeze in cadrul contractului dispozitive pentru care producătorul/furnizorul va

«sigura perioada de earantie ofertata de Antreprenor în cadrul Propunerii sale tehnice.

Atât garanţia minimă de 10 ani solicitată prin Cerinţele Beneficiarului pentru dispozitivele de acoperire a rosturilor de dilataţie/aparatele de reazem, cât şi garanţia suplimentar ofertată prin factorul de evaluare, presupun faptul ca Antreprenorul, prin intermediul producătorului dispozitivului, trebuie să asigure, prin efort propriu, repararea sau înlocuirea dispozitivului şi remedierea efectelor deteriorării structurii, ca urmare a defecţiunilor aparute în această perioadă de garanţie.

Ofertanţii care vor oferta o perioadă de garanţie superioară celei minime impuse prin Cerinţele Beneficiarului, vor avea în vedere riscurile aferente (în ceea ce priveşte eventuale deteriorări/ defecţiuni ce pot apărea în penoada de garanţie), pentru gestionarea acestora, optând pentru ofertarea unor dispozitive de acoperire a rosturilor de dilatatie/aparate de reazem calitativ superioare.

În ceea ce priveşte returnarea garanţiei de bună execuţie, autoritatea contractantă menţionează că aceasta se va realiza potrivit prevederilor sub-clauzei 4.2 din Condiţiile Speciale de Contract şi cu respectarea art. 42, alin. (4) din HG nr. 395/2016, respectiv:

"a) 70% din valoarea garanţiei, în termen de 14 zile de la data încheierii procesului - verbal de recepţie la terminarea lucrărilor şi după primirea de către Beneficiar a unei copii a Certificatului de Recepţie la Terminarea lucrărilor, dacă nu a ridicat până la acea dată pretenţii asupra ei, iar riscul pentru vicii ascunse apreciat de Beneficiar este minim,

b) restul de 30% din valoarea garanţiei, la expirarea perioadei de garanţie a lucrărilor executate, pe baza procesului-verbal de recepţie finală si după primirea de către Beneficiar a unei capii a Certificatului de Recepţie Finală".

Autoritatea contractană menţionează că returnarea celei de-a doua tranşe a garanţiei de bună execuţie nu este corelată cu expirarea perioadei de garanţie a dispozitivelor de acoperire a rosturilor de dilataţie/aparatelor de reazem, ci cu expirarea perioadei de garanţie a lucrărilor executate.

IV. Cu privire la bugetarea în cadrul Graficului de Plăţi/Preţuri a costurilor privind schimbarea stratului de uzură şi garanţia suplimentară acordată pentru aparatele de reazem şi dispozitivele de acoperire a rosturilor de dilataţie, având în vedere că factorii de evaluare calitativi trebuie să-i asigure autorităţii contractante cel mai bun raport calitate-preţ, respectiv oferirea unei calităţi foarte bune a lucrării la costuri cât mai reduse, autoritatea contractantă apreciază că nu este necesară suplimentarea Graficului de Plăţi/Preţuri. Astfel, factorii de evaluare trebuie să reflecte avantajele economice / financiare rezultate din asumarea în cadrul ofertelor depuse a unor angajamente suplimentare faţă de cerinţele minime ale documentaţiei de atribuire.

Totodată, Graficul de Plăţi reflectă întocmai structura activităţilor/lucrărilor care au fost luate în considerare pentru determinarea valorii estimate a contractului de proiectare şi execuţie, elementele care fac obiectul punctării în cadrul factorilor de evaluare nefiind luate în calcul în ce priveşte estimarea valorii tocmai pentru că acestea trebuie să reflecte departajarea între ofertanţi.

Dacă autoritatea contractantă ar fi solicitat tuturor operatorilor economici să preţuiasca în Graficele de Plăţi factorii de evaluare, aceştia şi-ar fi pierdut scopul pentru care au fost introduşi în procesul de achiziţie, respectiv obţinerea ofertei celei mai avantajoase din punct de vedere economic.

Având în vedere cele precizate anterior, autoritatea contractantă solicită respingerea contestaţiei formulate de SC .... SRL:

- ca rămasă fără obiect cu privire la clauzele contractuale în contextul adoptării măsurilor de remediere de către autoritatea contractantă, cât şi în contextul publicării noilor condiţii speciale de contract,

- ca fiind neîntemeiată în ceea ce priveşte factorii de evaluare utilizaţi în cadrul documentaţiei de atribuire,

- ca fiind nefondată întrucât autoritatea contractantă a respectat întocmai obligaţiile prevăzute de legislaţia achiziţiilor publice în vigoare şi de actele normative invocate.

Prin adresa nr. 92/44238/15.06.2017, înregistrată la Consiliu sub nr. 24023/16.06.2017, ...SA formulează punct de vedere cu privire la contestaţia formulată de către .... Spa, în care cu privire la critica contestatoarei referitoare la încălcarea dispoziţiilor art. 3 alin.(1) lit. z), art. 2 alin. 2 lit. d) şi art. 154 din Legea 98/2016, menţionează că solicitarea din cuprinsul cerinţelor Beneficiarului privind respectarea soluţiei din cadrul Studiului de Fezabilitate aprobat şi limitarea posibilităţii de optimizare sau îmbunătăţire a acesteia exclusiv pentru secţiunea de drum de clasa tehnică III, cu condiţia păstrării funcţionalităţilor şi capacităţilor obiectivului, este justificată de o serie de considerente:

- Autoritatea contractantă a pus la dispoziţie în integralitate Studiul de Fezabilitate reactualizat în anul 2016, în baza acestuia fiind promovată investiţia,

- pentru soluţia tehnică identificată în cadrul Studiului de Fezabilitate reactualizat în anul 2016 au fost deja obţinute avizele şi acordurile solicitate prin certificatele de urbanism nr. 128/07.09.2017 emis de Consiliul Judeţean Brăila şi nr. 59/22.09.2015 emis de Consiliul Judeţean Tulcea,

- soluţiile tehnice din Studiul de Fezabilitate au fost proiectate ca urmare a unor studii şi investigaţii detaliate de teren și hidrologice, iar modificarea acestora ar conduce la necesitatea obţinerii unul nou Acord de Mediu, respectiv anularea tuturor avizelor şi acordurilor deja obţinute pentru acest Studiu de Fezabilitate, cu impact considerabil şi asupra culoarului de expropriere şi asupra lucrărilor de relocare utilităţi.

Prin Cerinţele Beneficiarului, dar şi prin Acordul Contractual inclus iniţial în documentaţia de atribuire, autoritatea contractantă a precizat în mod explicit că Studiul de Fezabilitate reprezintă *"documentaţia tehnică la un nivel de exigenţă cantitativă şi calitativă minimă acceptată de către Beneficiar şi impusă de către acesta pentru elaborarea Proiectului Tehnic de Execuţie"*.

Mai mult decât atât, noţiunea de *Proiect ilustrativ* a fost redefinită de autoritatea contractantă atât prin Cerinţele Beneficiarului, cât şi prin Acordul Contractual inclus iniţial în documentaţia de atribuire, în sensul în

care Studiul de Fezabilitate publicat ca parte a documentaţiei de atribuire nu este doar o documentaţie tehnică cu titlu informativ, orientativ şi consultativ, ci devine o documentaţie obligatoriu de respectat de către Antreprenor, aşa cum ea este completată sau amendată prin Cerinţele Beneficiarului.

Astfel, faţă de documentaţia tehnică faza SF, prin Cerinţele Beneficiarului sunt stabilite limitele de modificare/ îmbunătăţire/ optimizare, sens în care a fost inclusă menţiunea de la pag. 16 din Cerinţele Beneficiarului, respectiv *"Lucrările descrise la punctul 1.3 reprezintă soluţia din cadrul studiului de fezabilitate aprobat şi poate fi optimizată şi/sau îmbunătăţită numai în cadrul proiectului tehnic de execuţie, pentru secţiunea de drum de clasa tehnică III, cu condiţia păstrării funcţionalităţilor şi capacităţilor obiectivului".*

Raportat la aceste prevederi explicite ale documentaţiei de atribuire, devine evidentă lipsa de contradicţie între menţiunea de la pag. 16 şi cea de la pag. 36 - cap. 3 PROIECTARE, pct. 3.2.2, respectiv *"Cerinţele obligatorii prezentate în Studiul de Fezabilitate includ, cu excepţia cazurilor menţionate separat în cerinţele BENEFICIARULUI. Limitele şantierului; Cerinţele prevăzute în alte Avize/Acorduri, Cerinţele structurilor aşa cum sunt prevăzute în Anexa 5; Cerinţele de drum aşa cum sunt menţionate în Anexa 6; Indicatorii tehnlco-economici",* mai ales în contextul în care, la aceeaşi pag. 36, la pct. 3.2.1 se fac şi următoarele precizări "Cerinţele obligatorii vizează elementele esenţiale ale Lucrărilor pe care proiectarea Antreprenorului trebuie să le respecte. Aceste Cerinţe la nivelul elementelor esenţiale au la bază analize tehnice ale proiectantului studiului de fezabilitate în vederea satisfacerii Cerinţelor Beneficiarului de la acea dată precum şi adaptarea soluţiilor tehnice la cerinţele esenţiale/ condiţionările prevăzute prin contract/ avize/ acorduri/ strategii/ orice alte aspecte la solicitarea Beneficiarului. Astfel, toate Cerinţele Beneficiarului sunt obligatorii, cu excepţia cazului în care se specifică altfel.

Având în vedere că în cuprinsul cap. 3 PROIECTARE, la pct. 3.11.6, autoritatea contractantă a reiterat care este situaţia de excepţie pentru care se poate accepta o modificare/optimizare a Proiectului Tehnic de Execuţie faţă de Declaraţia de Proiectare aprobată şi elaborată pe baza cerinţelor coroborate ale Studiului de Fezabilitate şi ale Cerinţelor Beneficiarului, şi anume *"doar pentru secţiunea de drum de clasa tehnică III, cu condiţia menţinerii atât a capacităţilor/caracteristicilor tehnice cât şi a funcţionalităţilor şi capacităţilor obiectivului"*, autoritatea contractantă apreciază că o lectură atentă a Cerinţelor Beneficiarului, în integralitatea lor, demonstrează faptul că informaţiile sunt corelate, neexistând nicio contradicţie între prevederile documentului.

Mai mult decât atât, în contextul publicării Ordinului MT nr. 600/2017 de aprobare a modificărilor Condiţiilor Speciale ale Contractului de tip FIDIC Galben, definiţia utilizată de autoritatea contractantă pentru Proiectul Ilustrativ în documentaţia de atribuire este reconfirmată. Astfel, potrivit sub-clauzei 1.1.6.14 din noile Condiţii Speciale de Contract, *"Proiect ilustrativ reprezintă Studiul de Fezabilitate furnizat de Antreprenor de către Beneficiar, respectiv documentaţia tehnică la un nivel de exigenţă*

cantitativă şi calitativă minimă acceptata de către beneficiar şi impusă de către acesta pentru elaborarea Proiectului Tehnic de Execuţie".

Se vor avea în vedere în acest sens şi Condiţiile Speciale ale Contractului republicate de autoritatea contractantă prin măsurile de remediere adoptate în temeiul art. 9, alin. (1) din Legea nr. 101/2016, precum şi Acordul Contractual revizuit în consecinţă.

Totodată, referitor la asigurarea corelării între Condiţiile de Contract şi Cerinţele Beneficiarului cu privire la posibilitatea de optimizare/ îmbunătăţire în cadrul Proiectului Tehnic de Execuţie a soluţiei determinate la nivelul Studiului de Fezabilitate doar pentru secţiunea de drum de clasa tehnică III, se va avea în vedere art. 8.1 din Acordul Contractual revizuit prin prisma Anexei nr. 1 la Ordinul nr. 600/2017 şi publicat ca măsură de remediere.

În ceea ce priveşte pretinsa contradicţie dintre Acordul Contractual şi fişa de date a achiziţiei, autoritatea contractană precizează că în cuprinsul fişei de date a achiziţiei a fost indicată într-adevăr o clauză de revizuire în temeiul art. 221 din Legea nr. 98/2016 cu privire la posibilitatea modificării contractului ca o consecinţă a unor posibile modificări generate de optimizarea Proiectului Tehnic de Execuţie, însă această menţiune din fişa de date a achiziţiei trebuie interpretată în contextul prevederilor şi mecanismelor contractuale care, de altfel, vor fi aplicate în cazul în care o astfel de situaţie va deveni incidentă.

Astfel, menţionarea acestei opţiuni de modificare a contractului în fişa de date a achiziţiei este obligatorie în virtutea dispoziţiilor art. 221 alin. (1), lit. a) şi anume *"(1) Contractele de achiziţie publică/Acordurile-cadru pot fi modificate, fără organizarea unei noi proceduri de atribuire, în următoarele situaţii: a) atunci când modificările, indiferent dacă sunt sau nu sunt evaluabile în bani şi indiferent de valoarea acestora, au fost prevăzute în documentele achiziţiei iniţiale sub forma unor clauze de revizuire clare, precise şi fără echivoc, care pot include clauze de revizuire a preţului sau orice alte opţiuni, [...]"*, însă opţiunea devine aplicabilă în virtutea clauzei contractuale la care, de altfel, se face trimitere şi în fişa de date a achiziţiei. Aşadar, această posibilitate de modificare prevăzută în fişa de date va fi citită şi interpretată în mod corelat cu prevederile contractuale relevante.

Astfel, prin articolul 15 din Acordul Contractual revizuit şi publicat ca măsuri de remediere, autoritatea contractantă completează sub-caluza 13.2 [Optimizarea Proiectului] din Condiţiile Speciale ale Contractului cu următorul text: *"Optimizarea Proiectului poate fi iniţiată numai cu acordul Beneficiarului, cu respectarea dispoziţiilor art. 221 din Legea nr. 98/2016 privind achiziţiile publice, şi numai pentru sectorul de drum clasa tehnică III"*. Se va avea în vedere ca această prevedere să existe şi în Acordul Contractual iniţial inclus în documentaţia de atribuire, la articolul 22.

De asemenea, prin articolul 16.1 din Acordul Contractual revizuit şi publicat ca măsură de remediere, autoritatea contractantă completează sub-caluza 13.3 [Procedura de Modificare] din Condiţiile Speciale ale Contractului (revizuite potrivit Anexei nr. 1 la Ordinul MT 600/2017 şi republicate în integralitate ca măsură de remediere) cu următoarele

situaţii de modificare a contractului, în vederea corelării informaţiilor din cuprinsul întregii documentaţii de atribuire.

"m) modificări generate de actualizarea şi/sau optimizarea şi/sau îmbunătăţirea Proiectului Tehnic de Execuţie pentru secţiunea de drum de clasa tehnică III

n) modificări generate de expertize tehnice".

Având în vedere aspectele enunţate, autoritatea contractantă consideră că nu există nicio contradicţie în cuprinsul documentaţiei de atribuire în ceea ce priveşte posibilitatea de optimizare/ îmbunătăţire în cadrul Proiectului Tehnic de Execuţie a soluţiei stabilite la nivelul Studiului de Fezabilitate şi limitele de aplicabilitate ale acestei opţiuni de optimizate/ modificare.

Concluzia potrivit căreia *"modificarea exclusiv la nivel de Proiect Tehnic de execuţie şi nu în faza de ofertă implică faptul că Antreprenorul este practic forţat ca la prima înaintare a Proiectului Tehnic, acesta să respecte soluţia impusă de autoritatea contractantă prin Studiul de Fezabilitate. În cazul în care Antreprenorul ar considera că această soluţie sau părţi ale acesteia este/sunt inaplicabil/e, din orice considerente, ar fi forţat să întocmească un proiect tehnic cu eventuale erori, ceea ce contravine practic legislaţiei în vigoare prin prisma răspunderilor şi obligaţiilor detaliate în cadrul Legii nr. 10/1995"*, este neîntemeiată, având în vedere următoarele considerente:

1) În conformitate cu prevederile Cerinţelor Beneficiatului, pct. 3.3.2 *"Antreprenorul va îndeplini toate acţiunile/demersurile necesare în vedere confirmării exactităţii datelor, îşi va asuma responsabilitatea la nivelul serviciilor de proiectare în conformitate cu prevederile Legi nr.10/1995 privind calitatea în construcţii republicată, îşi va asuma răspunderea pentru îndeplinirea tuturor Cerinţelor Obligatorii incluse în cadrul proiectului său tehnic de execuţie sau folosite în execuţia lucrărilor*", prin urmare asumarea responsabilităţii pentru serviciile de proiectare realizate în cadrul contractului se va face ulterior verificării şi confirmării exactităţii tuturor datelor puse la dispoziţie de autoritatea contractantă prin Studiul de Fezabilitate.

2) Înaintea demarării oricărei activităţi de proiectare, deci implicit înaintea elaborării Proiectului Tehnic de Execuţie, în conformitate cu prevederile pct. 3.6.1 din Cerinţele Beneficiarului, *"[...] Antreprenorul trebuie să furnizeze declaraţia de proiectare, respectiv asigurarea Beneficiarului de încadrare în condiţiile minime privind capacităţile/caracteristicile tehnice/exigenţele calitative şi cantitative stabilite în Studiul de Fezabilitate şi în consecinţă, să stabilească un set de criterii de proiectare care să fie adoptate şi convenite cu Reprezentantul Beneficiarului. [...]"*. De asemenea, potrivit pct 3.6.5 din Cerinţele Beneficiarului *"Declaraţia de proiectare trebuie să includă, cel puţin analiza studiului de fezabilitate existent cu concluziile aferente; (...)".*

De asemenea, prin Condiţiile Speciale de Contract, republicate în cadrul documentaţiei de atribuire ca măsură de remediere în conformitate cu Anexa nr. 1 la Ordinul MT nr. 600/2017, în sub-clauza 5.3 [Obligaţiile asumate de către Antreprenor] se slipulează următoarele *"La întocmirea Declaraţiei de Proiectare, capacităţile/ caracteristicile tehnice şi soluţiile*

tehnice din cadrul Studiului de Fezabilitate devin minim obligatorii pentru Antreprenor împreună cu Cerinţele Beneficiarului, acestea din urmă având prioritate Antreprenorul nu va include în Declaraţia de Proiectare modificări/optimizări ale soluţiilor tehnice stabilite în cadrul Studiului de Fezabilitate, cu excepţia celor care reies din Cerinţele Beneficiarului."

Astfel, având în vedere prevederile contractuale, prevederile Cerinţelor Beneficiarului şi măsura de remediere adoptată de autoritatea contractantă cu privire la pct. 3.6.8 din Cerinţele Beneficiarului, devine evident faptul că Antreprenorul poate să prevadă posibilitatea de modificare încă de la momentul Declaraţiei de proiectare, deci anterior elaborării Proiectului tehnic de execuţie, dar în limitele stabilite de Beneficiar prin cerinţele sale minime.

Mai mult decât atât, sub-clauza 5.3 [Obligaţiile asumate de către Antreprenor] din Condiţiile Speciale de Contract, republicate în cadrul documentaţiei de atribuire ca măsură de remediere în conformitate cu Anexa nr. 1 la Ordinul MT nr. 600/2017, prevede posibilitatea sesizării eventualelor erori/ omisiuni / neconformităţi/ necorelări din cadrul Studiului de Fezabilitate şi propunerea unor soluţii de remediere, anterior elaborării Proiectului Tehnic de Execuţie, astfel încât ipoteza elaborării unei documentaţii de proiectare care să nu respecte legislaţia aplicabilă privind calitatea în construcţii este imposibilă: *"Eventualele erori/omisiuni/ neconformităţi/necorelări din cadrul Studiului de Fezabilitate şi care nu au fost remediate prin Cerinţele Beneficiarului vor fi aduse la cunoştinţă în scris Beneficiarului şi Inginerului odată cu depunerea Declaraţiei de Proiectare însoţite de propuneri de soluţionare/remediere. După avizarea Declaraţiei de Proiectare, Antreprenorul va obţine aprobarea Inginerului şi a Beneficiarului pentru propunerile de soluţionare/remediere, astfel încât acestea să poată fi implementate pe parcursul elaborării Proiectului Tehnic de Execuţie, cu încadrarea în Valoarea de Contract Acceptată".*

Solicitarea autorităţii contractante ca optimizarea/modificarea soluţiilor tehnice stabilite în cadrul Studiului de Fezabilitate, în limitele stabilite în mod expres prin documentaţia de atribuire, să fie propusă la nivelul Declaraţiei de Proiectare, respectiv la nivelul Proiectului Tehnic este fundamentată şi de faptul că atât la momentul depunerii Declaraţiei de proiectare, cât şi momentul elaborări Proiectului tehnic, Antreprenorul va fi analizat şi verificat în detaliu Studiul de Fezabilitate (a se vedea pct. 3.3.2 din Cerinţele Beneficiarului), dar mai ales va fi realizat deja toate studiile şi investigaţiile obligatorii prevăzute la punctul de referinţă nr. 1. astfel încât orice propunere de optimizare/ actualizare / îmbunătăţire să fie justificată temeinic în mod tehnic şi să poată reprezenta, în mod real, un avantaj pentru benenficiar, nu simple declaraţii la nivelul ofertei, bazate pe o evaluare teoretică a Studiului de Fezabilitate.

De asemenea se arată că Studiul de Fezabilitate în baza căruia va fi realizat acest contract de proiectare şi execuţie reprezintă rezultatul unui contract de achiziţie publică, finanţat din fonduri publice, elaborat cu respectarea tuturor reglementarilor aplicabile, şi nu simple soluţii şi concepte emanate de autoritatea contractantă, aşa cum încearcă să sugereze contestatoarea. Acest Studiu de Fezabilitate a fost aprobat de Beneficiar, pe baza documentelor elaborate în cadrul contractului fiind

obţinute toate autorizaţiile, avizele şi acordurile solicitate prin Certificatele de Urbanism, precum şi Acordul de Mediu.

Totodată, în măsura în care documentaţia de atribuire prevede în mod clar şi fără ambiguităţi posibilitatea remedierii tuturor erorilor/ omisiunilor/ neconformităţilor/ necorelărilor din cuprinsul Studiului de Fezabilitate, este lesne de înţeles că un Antreprenor diligent va analiza în mod corespunzător documentaţia tehnică pusă la dispoziţie şi va realiza toate verificările, investigaţiile şi studiile necesare astfel încât să propună, potrivit condiţiilor contractuale, propunerile de soluţii şi remedieri şi să elaboreze propria documentaţie de proiectare în mod corect.

În ceea ce priveşte măsurile de remediere propuse de contestatoare autoritatea contractantă precizează următoarele:

I. Pentru structuri (poduri şi pasaje) cu excepţia podului suspendat, nu se vor accepta modificări ale poziţiei kilometrice de intrare şi ieşire ale structurilor, nici modificări ale deschiderilor şi a numărului acestora, având în vedere că soluţia proiectată asigură traversarea obstacolelor (căi de circulaţie, văi, ape etc) cu adaptarea la teren şi respectarea condiţiilor din avizele şi acordurile deja emise de autorităţile de resort.

De asemenea, nu se poate accepta modificarea tipului structurii din pasaj inferior în pasaj superior sau invers, ţinând cont de faptul că în cadrul acestui proiect există un singur pasaj, peste CF la km 0+389, care asigură traversarea a 3 linii de cale ferată, soluţie pentru care s-a obţinut acordul SRCF Galaţi, aşa cum rezultă din documentul inclus în documentaţia de atribuire.

II. Pentru podul suspendat, niciuna dintre modificările propuse de contestatoare nu pot fi admise, deoarece soluţia proiectată a fost aleasă astfel încât să corespundă cerinţelor de amplasament pentru asigurarea traversării Dunării cu respectarea condiţiilor din avize şi acorduri referitoare la deschideri, pasa navigabilă, amplasarea blocurilor de ancoraj etc, dar şi cu adaptarea la condiţiile din teren.

Mai mult decât atât, aşa cum rezultă de altfel şi din Acordul de Mediu obţinut de elaboratorul Studiului de Fezabilitate din anul 2003, decizia construirii unui pod suspendat a fost justifică de condiţiile grele de fundare determinate pe baza investigaţiilor aprofundate, reconfirmate prin Studiul de Fezabilitate actualizat în anul 2016.

III. Pentru lucrări de drumuri şi intersecţii, pot fi aduse optimizări şi/ sau îmbunătăţiri pentru secţiunea de drum de clasa tehnică III, cu asigurarea capacităţilor fizice, precum şi a cerinţelor minime şi obligatorii din Anexa 5 şi Anexa 6 la Cerinţele Beneficiarului, aspect de altfel menţionat deja în cuprinsul Cerinţelor Beneficiarului.

În ceea ce priveşte modificarea poziţiei kilometrice a nodurilor rutiere şi a intersecţiilor la nivel, aceasta nu poate fi acceptată întrucât modificarea ar conduce, în mod nejustificat la necesitatea obţinerii unui nou Acord de Mediu, respectiv anularea avizelor şi acordurilor obţinute în cadrul Studiului de Fezabilitate, precum şi afectarea reţelelor de utilităţi şi modificarea culoarului de expropriere.

Referitor la solicitarea de modificare a bretelelor nodurilor rutiere şi a numărului acestora, autoritatea contractantă menţionează că există un singur nod rutier, iar poziţia şi geometria nodului a fost avizată în CT

Siguranţa Circulaţiei, modificarea solicitată conducând la afectarea relocărilor de utilităţi şi a culoarului de expropriere.

Având în vedere toate argumentele prezentate anterior, autoritatea contractantă solicită respingerea măsurilor de remediere propuse de contestatoare ca fiind neîntemeiate prin raportare la considerentele de natură tehnică enunţate mai sus.

De asemenea, solicitarea ... SpA de punere la dispoziţiei a secţiunilor şi planurilor de cofrare este neîntemeiată, având în vedere că acestea se elaborează la nivelul Proiectului tehnic, nicidecum la nivelul Studiului de Fezabilitate, prin urmare Antreprenorul le va realiza în cadrul contractului, în etapa de proiectare.

Sintagma "echipamente" din Anexa 5, pct. 17 se referă la totalitatea componentelor podului suspendat privind realizarea lui integrală, în vederea îndeplinirii cerinţelor fundamentale ale construcţiei şi asigurării functionalităţii acesteia.

În ceea ce priveşte testele şi încercările preliminare, însăşi denumirea acestora indică realizarea acestora anterior execuţiei, respectiv în faza de proiectare. Având în vedere că acestea sunt incluse ca şi cerințe obligatorii în Anexa 5 la Cerinţele Beneficiarului, în mod evident vor fi avute în vedere de toţi ofertanţii la elaborarea ofertei, atât din punct de vedere tehnic, cât şi financiar. De altfel, o lectură atentă a Graficului de Plăţi de către contestatoare ar fi clarificat dubiul cu privire la bugetarea acestei activităţi, având în vedere că autoritatea contractantă a prevăzut o linie distinctă, în categoria activităţilor de proiectare, pentru "Teste şi încercări preliminare realizate pe modele la scara: test în tunel aerodinamic pod suspendat”.

Faţă de solicitarea contestatoarei de eliminare a cerinţei din Anexa 5 la Cerinţele Beneficiarului privind respectarea poziţiei şi formei suporţilor de ancorare, acestea nu pot fi modificate, având în vedere că este obligatorie poziţia acestora în afara albiei fluviului Dunărea, după cum este menţionat şi în Avizul de gospodărire a apelor nr. 25/05.04.2016 emis de Administraţia Naţională Apele Române: *"Blocurile de ancorare sunt localizate în afara digurilor Dunării, încastrate într-un bloc de ancorare poziţionat în exteriorul digurilor de apărare împotriva inundaţiilor".*

Astfel, pentru considerentele expuse şi având în vedere şi măsurile de remediere adoptate şi publicate, autoritatea contractantă solicită respingerea acestui capăt de cerere, nefiind demonstrată încălcarea dispoziţiilor legale invocate. Documentaţia de atribuire completată prin măsurile de remediere adoptate conferă toate informaţiile necesare elaborării unor oferte corecte şi competitive.

Cu privire la critica contestatoarei referitoare la introducerea în documentaţia de atribuire a unor cerinţe eronate, respectiv faptul că podurile hobanate pot avea şi un singur stâlp de susţinere, în vederea asigurării unor cerinţe corecte, autoritatea contractantă a adoptat următoarele măsuri de remediere cu privire la fişa de date a achiziţiei, publicate în SEAP:

În secţiunea III.2.3.a) Capacitatea tehnică şi/sau profesională din fişa de date a achiziţiei, următoarea cerinţă: *"Ofertantul trebuie să demonstreze că a elaborat şi/ sau revizuit în ultimii 20 ani* unul sau mai*

multe Proiecte Tehnice pentru lucrări de construcţie nouă de pod suspendat/ hobanat cu cel puţin o deschidere între stâlpii de susţinere de minim 300 de metri şi având un profil transversal de minim 4 benzi de circulaţie.

**) Ultimii 20 ani se raportează la termenul limită de primire a ofertelor"*

se revizuieşte după cum urmează:

"Ofertantul trebuie să demonstreze că a elaborat şi/ sau revizuit în ultimii 20 ani unul sau mai multe Proiecte Tehnice pentru lucrări de construcţie nouă de pod suspendat cu cel puţin o deschidere între stâlpii de susţinere de minim 300 de metri şi având un profil transversal de minim 4 benzi de circulaţie, sau de pod hobanat cu cel puţin o deschidere de minim 300 de metri şi având un profit transversal de minim 4 benzi de circulaţie.*

**) Ultimii 20 ani se raportează la termenul limită de primire a ofertelor".*

Se va avea în vedere şi modificarea secţiunii corespunzătoare din anunţul de participare, potrivit anunutului de tip erată publicat în SEAP.

În secţiunea III. 2.3.a) Capacitatea tehnică şi/sau profesională din fişa de date a achiziţiei, următoarea cerinţă.

"Ofertantul trebuie să demonstreze că a realizat în ultimii 15 ani) o construcţie nouă de pod suspendat/ hobanat cu cel puţin o deschidere între stâlpii de susţinere de minim 300 de metri şi având un profil transversal de minim 4 benzi de circulaţie.*

**) ultimii 15 ani se raportează la termenul limită de depunere a ofertelor. Se vor lua în considerare numai lucrările realizate în această perioadă. Prin lucrări realizate se înţelege lucrări recepţionate de Beneficiar"*

se revizuieşte după cum urmează:

"Ofertantul trebuie să demonstreze că a realizat în ultimii 15 ani) o construcţie nouă de pod suspendat cu cel puţin o deschidere între stâlpii de susţinere de minim 300 de metri şi având un profil transversal de minim 4 benzi de circulaţie, sau de pod hobanat cu cel puţin o deschidere de minim 300 de metri şi având un profil transversal de minim 4 benzi de circulaţie.*

**) ultimii 15 ani se raportează la termenul limită de depunere a ofertelor. Se vor lua în considerare numai lucrările realizate în această perioadă. Prin lucrări realizate se înţelege lucrări recepţionate de Beneficiar".*

Se va avea în vedere şi modificarea secţiunii corespunzătoare din anunţul de participare, potrivit anunutului de tip erată publicat în SEAP.

Cu privire la critica contestatoarei privind introducerea în documentaţia de atribuire a unor cerinţe restrictive, autoritatea contractantă susţine că, criteriul de calificare privind expenenţa similară a ofertanţilor în activitatea de proiectare a fost rectificat după cum urmează:

"Ofertantul trebuie să demonstreze că a elaborat şi/ sau revizuit în ultimii 20 ani unul sau mai multe Proiecte Tehnice pentru lucrări de construcţie nouă de pod suspendat cu cel puţin o deschidere între stâlpii de susţinere de minim 300 de metri şi având un profil transversal de*

minim 4 benzi de circulaţie, sau de pod hobanat cu cel puţin o deschidere de minim 300 de metri şi având un profil transversal de minim 4 benzi de circulaţie.

**) Ultimii 20 ani se raportează la termenul limită de primire a ofertelor*".

Autoritatea contractantă menţionează că modificarea cerinţei în sensul completării sintagmei „unul sau mai multe Proiecte Tehnice" cu sintagma „unul sau mai multe Proiecte Tehnice/Detalii de execuţie sau similar" nu este posibilă prin prisma faptului că raportat la obiectul contractului şi la faza de proiectare ce urmează a fi realizată în cadrul acestuia, elaborarea sau revizuirea unor detalii de execuţie nu este suficient pentru a confirma potenţialul tehnic al ofertanţilor şi capacitatea acestora de a îndeplini contractul, anulându-se scopul pentru care această cerinţă a fost solicitată.

Totodată, se precizează că utilizarea unei formulări de tipul "sau similar" este de natură a introduce un grad extrem de mare de subiectivism în procesul de evaluare a ofertelor, lăsând în seama Comisiei de Evaluare sarcina dificilă de a realiza echivalenţe între practici în domeniul proiectării la nivel intemaţional şi de a interpreta legislaţia internaţională în domeniul proiectării pentru a stabili similaritatea.

De asemenea, o încercare de definire a similarităţii ar pune autoritatea contractantă în imposibilitatea enumerării tuturor denumirilor posibile la nivel internaţional pentru etapa "Proiect tehnic", scopul acestui criteriu nefiind fundamentat de verificarea pur formală a respectării terminologiei generice de proiect tehnic, ci acela de a demonstra, prin documentele prezentate de fiecare ofertant, că raportat la natura şi obiectul contractului şi la rezultatele aşteptate prevăzute în Cerinţele Beneficiarului cu privire la partea de proiectare, ofertanţii au desfăşurat în trecut activităţi de proiectare în sensul şi de complexitatea celor solicitate în cadrul acestui contract.

Pe cale de consecinţă, autoritatea contractantă îşi menţine cerinţa de calificare, aşa cum a fost aceasta revizuită prin măsura de remediere, considerând că modificarea solicitată de contestatoare este de natură a distorsiona scopul criteriului impus prin fişa de date a achiziţiei şi totodată, de a face imposibilă evaluarea ofertelor în condiţii de echitate şi obiectivism.

Cu privire la criticile contestatoarei referitoare la încălcarea art. 154 din Legea nr. 98/2016, informaţiile furnizate nefiind precise, autoritatea contractantă aduce în atenţie următoarele prevederi clare ale Cerinţelor Beneficiarului:

"1.3.8 Protejări de Instalaţii

Pe amplasamentul investiţiei se regăsesc următoarele reţele de utilităţi:

- *reţele electrice,*
- *reţele de telecomunicaţii subterane/aeriene,*
- *reţele de iluminat public,*
- *reţele de transport de gaze,*
- *conducte aducţiune şi distributie apă*
- *reţea de canalizare menajeră*

- *lucrări de îmbunătăţiri funciare (irigaţii)*

Se vor întocmi proiecte de PROTEJARE a reţelelor de utilităţi şi se vor executa lucrări de protejare ale acestor reţele în funcţie de situaţia întâlnită în teren si totodată ţinând cont de condiţiile fiecărui administrator/deţinător de utilităţi, specificate în avize.

Pe baza proiectelor de PROTEJARE se vor obţine avizele şi acordurile necesare punându-se în siguranţă reţelele şi instalaţiile deţinute sau administrate de către operatori.

Se va da o atenţie deosebită instalaţiilor existente pentru a nu produce deranjamente în timpul execuţiei lucrărilor."

"2.15.7 În cazul în care sunt necesare intervenţii pentru PROTEJAREA temporară a utilităţilor, acestea se vor realiza pe cheltuiala ANTREPRENORULUI. Această cheltuială nu va reprezenta un cost solicitat Beneficiarului şi va fi considerată ca fiind inclusă în valoarea de contract acceptată".

"3.6.5 Declaraţia de proiectare trebuie să includă, cel puţin. [..] u) verificarea reţelelor de utilităţi şi identificarea reţelelor suplimentare faţă de cele identificate/relocate de Beneficiar şi întocmirea programului de proiectare pentru PROTEJAREA tuturor utilităţilor".

"7. UTILITĂŢI

7.1 Date disponibile referitoare la utilităţi

7.1.1 Antreprenorul nu va derula activităţi de relocare de utilităţi decât în cazuri excepţionale. Relocarea utilităţilor va fi realizată de către Beneficiar şi de către subcontractorii de specialitate ai acestuia

Avizele şi aprobările referitoare la relocarea utilităţilor vor fi puse la dispoziţia Antreprenorului la data emiterii ordinului de începere a lucrărilor de execuţie.

7.1.2 Corectitudinea datelor furnizate de către Beneficiar reprezintă un risc pentru Antreprenor, acesta fiind responsabil pentru utilizarea acestor date în proiectul său şi pentru protejarea utilităţilor.

7.2 Obligaţiile Antreprenorului. PROTEJAREA UTILITAŢILOR

7.2.1 Antreprenorul va întocmi documentaţiile de PROTEJARE a utilităţilor si va asipura protecţia tuturor infrastructurilor de utilităţi afectate de construcţia lucrărilor stipulate prin Contract.

7.2.2 Dacă o Utilitate nu necesită deviere. Antreprenorul va fi responsabil pentru susţinerea si PROTEJAREA Utilităţilor în timp ce lucrează in jurul acestora, cu aprobarea deţinătorului Utilităţii. Antreprenorul va lua măsurile de protejare a unor astfel de Utilităţi şi va fi responsabil pentru consecinţele oricăror daune, indiferent dacă Utilităţile sunt sau nu incluse în schiţe.

7.2.3 Serviciile sau furnizările nu vor fi întrerupte fără aprobarea scrisă a autorităţii competente sau a proprietarului, iar Antreprenorul va furniza o alternativă satisfăcătoare înainte de a întrerupe orice servicii sau furnizările existente.

7.2.4 Dacă, în orice moment, pe parcursul executării Lucrărilor, Antreprenorul descoperă Utilităţi necunoscute anterior care trebuie îndepărtate sau protejate, acesta va informa imediat Reprezentantul Beneficiarului şi va proteja astfel de Utilităţi conform prezentului capitol

din Cerinţele Beneficiarului şi până în momentul în care Lucrările de Utilităţi vor fi relocate de Beneficiar.

7.2.5 Antreprenorul va respecta cerinţele speciale ale deţinătorilor de Utilităţi sau instrucţiunile transmise de deţinătorii de Utilităţi pe perioada Contractului. Dacă este necesară aprobarea sau acordul suplimentare celor primite de la Beneficiar, a oricărui deţinător de Utilităţi, cu privire la Lucrări sau orice metode de lucru. Antreprenorul va fi responsabil pentru obţinerea aprobării sau acordului respectiv.

7.2.6 În cazul în care Antreprenorul provoacă orice daune echipamentelor de furnizare a Utilităţilor în timpul Lucrărilor, acestă va informa imediat posesorul Utilităţilor şi orice alte autorităţi responsabile Antreprenorul va solicita aprobarea efectuării lucrărilor de reparaţii imediat ce acest lucru este cu putinţă, sub rezerva acordului deţinătorului Utilităţii Costurile acestor Lucrări vor fi suportate de Antreprenor.

7.2.7 În cazul în care Antreprenorul descoperă, în limitele Şantierului, echipamente de furnizare a Utilităţilor necunoscute anterior şi nerelocate de Beneficiar, acesta va informa imediat Reprezentantul Beneficiarului".

Astfel, din Cerinţele Beneficiarului rezultă fără echivoc faptul că Antreprenorul va fi responsabil de protejarea utilităţilor, iar Beneficiarul de relocarea acestora. Mai mult decât atât, prin includerea în Graficul de Plăţi a unei linii distincte pentru Protejări de Instalaţii, autoritatea contractantă recofirmă faptul că sarcina Antreprenorului cu privire la utilităţi se referă la protejarea acestora.

Totodată, autoritatea contractantă face trimitere la art. 10 din Acordul Contractual revizuit, publicat ca măsură de remediere în vederea asigurării corelării cu Condiţiile Speciale ale Contractului aprobate prin Ordinul MT nr. 600/2017.

Cu privire la criticile contestatoarei referitoare la includerea în condiţiile contractuale a unor clauze abuzive, autoritatea contractantă învederează următoarele:

1. Articolul din Acordul Contractual care revizuieşte sub-clauza 4.17 [Utilajele Antreprenorului] a fost integrată în Condiţiile Speciale ale Contractului aprobate prin Ordinul MT nr. 600/2017, fiind reconfirmat caracterul legal al acestei prevederi contractuale.

Mai mult decât atât, chiar înainte de adoptarea sau supunerea spre dezbatere publică a noilor Condiţii Speciale ale Contractului, autoritatea contractantă a utilizat această clauză şi în cadrul altor contracte, de tip FIDIC Roşu, din aceleaşi raţiuni ca şi în cazul contractelor de tip FIDIC Galben, şi anume deoarece autoritatea contractantă a întâlnit în implementarea contractelor multe situaţii în care mobilizarea Antreprenorilor a fost deficitară, neputând constrânge în niciun fel lipsa de mobilizare a acestora, întârziind, astfel, proiectele, absorbţia fondurilor structurale şi mai ales traficul preconizat a fi desfăşurat pe respectivele proiecte.

Prin urmare, ţinând cont de cazul când Antreprenorul are o mobilizare slabă a echipamentelor în raport cu Programul de execuţie, de la data constatării evenimentului, Inginerul va emite Ordinul de mobilizare în care va solicita ca numărul de utilaje şi tipul lor rezultate din programul

de execuţie să fie mobilizate de urgenţă pentru a fi respectat programul de execuţie de la acel moment.

Utilajele şi personalul ce vor fi mobilizate sunt cele asumate de Antreprenor prin ofertă. Mobilizarea acestora va fi solicitată în corelare cu programul de execuţie şi cu activităţile din şantier.

Beneficiarul nu va solicita o mobilizare a utilajelor şi a personalului în mod discreţionar, ci doar a acelor resurse care au fost stabilite de Antreprenor încă de la momentul ofertării pentru realizarea cotractului.

Autoritatea contractantă a introdus această clauză ca şi măsură de protecţie împotriva antreprenorilor care, după semnarea contractului, se mobilizează greu sau deloc. Această măsură reprezintă, de fapt, o penalitate care să îi constrângă pe Antreprenori să aibă o mobilizare corespunzătoare cu cele declarate la momentul elaborării ofertelor, putând astfel contracara o eventuală nerespectare a ofertelor care au condus la câştigarea licitaţiei. Totodată, se evită şi situaţiile întâlnite în trecut, când autoritatea contractantă trebuia, conform contractului, ca pentru aplicarea unei penalităţi privind întârzierea în realizarea lucrării, să aştepte termenul de finalizare a întregului contract, ca apoi să poată emite penalităţi de întârziere. Aceste situaţii conduc la o întârziere în emiterea de penalităţi de unu sau doi ani de la momentul producerii efective a evenimentului generator.

Autoritatea contractantă precizează, de asemenea, că această clauză, în forma în care a fost prevăzută iniţial în Acordul Contractual şi aşa cum se regăseşte, în prezent, integral în sub-clauza 4.17 din noile Condiţii Speciale ale Contractului, este rezultatul unei revizuiri ca urmare a dispoziţiilor Consiliului din cuprinsul Deciziei nr. ...., emisă faţă de contestaţia formulată tot de .... Spa, prin care aceasta invocă acelaşi dezechilibru contractual impus de clauza în discuţie. Analizand argumentele prezentate de părţi, Consiliul a admis în parte critica contestatarei, obligând autoritatea contractantă la completarea clauzei cu menţiunea că antreprenorul are posibilitatea recuperării penalităţii în cauză dacă recuperează întârzierea şi se încadrează în graficul de execuţie aprobat.

Aşadar, dat fiind faptul că prevederile art. 10 din Acordul Contractual iniţial publicat în documentaţia de atribuire sunt reconfirmate de conţinutul sub-clauzei 4.17 din Condiţii Speciale ale contractului aprobate prin Ordinul MT nr. 600/2017 şi luând în considerare faptul că acelaşi operator economic a considerat suficientă revizuirea acestei clauze prin acordarea posibilităţii de recuperare a penalităţii, autoritatea contractantă solicită respingerea acestui capăt de cerere ca nefondat.

2. Cu privire la obligaţiile Antreprenorului referitoare la revizuirea Acordului de Mediu, pct. 1.3 7 din Cerinţele Beneficiarului se vor citi în mod coroborat cu obligaţiile Antreprenorului prevăzute la pct. 3.11.4 din acelaşi document, în care se menţionează următoarele: *"Modificările aduse Proiectului tehnic de execuţie pot atrage condiţia revizuirii acordului de mediu, ceea ce impune parcurgerea etapei de revizuire şi necesitatea efectuării de către Antreprenor a unei documentaţii specifice de mediu care va fi funcţie de decizia autorităţii emitente a actului de reglementare privind protecţia mediului. Antreprenorul trebuie să obţină toate*

aprobările/avizele necesare de la autorităţile competente în domeniu în care scop are obligaţia întocmirii/elaborării tuturor studiilor pentru proiecţia mediului şi/sau documentaţiilor solicitate în conformitate cu prevederile legislaţiei în vigoare. Toate modificările vor fi, de asemenea, supuse aprobării Reprezentantului Beneficiarului".

Astfel, având în vedere că autoritatea contractantă pune la dispoziţia viitorului Antreprenor Acordul de Mediu nr. 2/22.09.2016 emis de Agenţia Naţională pentru Protecţia Mediului şi că iniţiatorul unor eventuale modificări care pot să necesite revizuirea Acordului de Mediu este chiar Antreprenorul, elaborarea întregii documentaţii specifice cade în sarcina acestuia, împreună cu obţinerea tuturor aprobărilor/avizelor necesare de la autorităţile competente în domeniu.

Dispoziţiile legale în vigoare invocate de contestatoare, respectiv prevederile art. 15 alin. 2 lit. a) din OUG nr. 195/2005 privind protecţia mediului, aprobată prin Legea nr. 265/2006 cu modificările şi completările ulterioare, nu prevăd revizuirea în nume propriu de către titular a acordului de mediu, astfel încât acesta are la îndemână posibilitatea împuternicirii unei terţe persoane care să obţină în numele şi pe seama sa, actul de reglementare revizuit.

Autoritatea contractantă menţionează că aşa cum este statuată reglementarea legală actuală, nu reiese intenţia legiuitorului de a limita modalitatea de revizuire a actului de reglementare, ci este doar instituită obligaţia titularului proiectului de a notifica autoritatea de mediu dacă intervin elemente noi, necunoscute la data emiterii actelor de reglementare precum şi asupra oricăror modificări ale condiţiilor care au stat la baza emiterii actelor de reglemnetare, înainte de realizarea modificării. Astfel, la apariţia unor modificări propuse de Antreprenor, acesta are obligaţia elaborării documentaţiei necesare revizuirii, Beneficiarul putând proceda şi la împuternicirea acestuia în vederea obţinerii acestor documente.

În concluzie, autoritatea contractantă consideră că nu se impune modificarea pct. 1-3.7 din Cerinţele Beneficiarului, aceasta respectând întrutotul dispoziţiile legale incidente.

Cu privire la critica contestatoarei referitoare la încălcarea art. 189 alin. (1) şi a art. 2 din Legea nr. 98/2016, respectiv având în vedere aspectele sesizate de operatorul economic Astaldi SpA cu privire la utilizarea sintagmelor "tipul de contract" şi "tipul execuţiei", în vederea asigurării clarităţii cerinţelor din documentaţia de atribuire, autoritatea contractantă a adoptat următoarea măsură de remediere cu privire la fişa de date a achiziţiei, secţiunea IV.2.I Criterii de atribuire, în cuprinsul algoritmului de calcul pentru factorul de evaluare 2 - *Experienţa deţinută de Şeful echipei de proiectare* şi pentru factorul de evaluare 5 - *Experienţa deţinută de Managerul de Proiect*, Nota 3 se revizuieşte şi va avea următorul conţinut:

"Nota 3: Punctajele sus menţionate se acordă în funcţie de deschiderea maximă a podului, cu condiţia îndeplinirii cumulative a celorlalte elemente ale criteriului (poziţia deţinută, activitatea/etapa de proiectare (ex: PT), tipul lucrărilor (ex: construcţie nouă), tipul structurii, profilul transversal)."

Cu privire la critica contestatoarei referitoare la obligarea autorităţii contractante la menţionarea în documentaţia de atribuire a stadiului obţinerii/aprobării finanţării, în fişa de date a achiziţiei, atât la secţiunea *III. 1.2) Principalele modalităţi de finanţare şi plata şi/sau trimitere la dispoziţii relevante, cât şi în secţiunea VI.2) Contractul se înscrie într-un Proiect/Program finanţat din fonduri comunitare/ Program Operaţional/ Program Naţional de Dezvoltare Rurală*, autoritatea contractantă a indicat că sursa de finanţare pentru acest contract va fi asigurată prin POIM 2014-2020.

Având în vedere că pentru obţinerea finanţării nerambursabile trebuie parcursă întreaga procedură de pregătire şi evaluare a aplicaţiei de finanţare, proces în care sunt implicate o serie de instituţii şi organisme ce pot emite observaţii/clarificări/solicitări şi, prin urmare, pot să apară întârzieri în semnarea contractului de finanţare independent de voinţa autorităţii contractante, în cuprinsul documentaţiei de atribuire a fost inclusă clauza rezolutorie nr. 1. *"Încheierea contractului de achiziţie publică este condiţionată de obţinerea/aprobarea finanţării lucrărilor din fonduri europene nerambursabile şi/sau fonduri de la bugetul de stat, semnarea contractului fiind posibilă doar în situaţia în care se respectă dispoziţiile referitoare la angajarea cheltuielilor din bugetele care intră sub incidenţa legislaţiei privind finanţele publice. În cazul în care, indiferent de motive, obţinerea/aprobarea finanţării lucrărilor din fonduri europene nerambursabile şi/sau fonduri de la bugetul de stat nu se realizează, autoritatea contractantă va aplica prevederile art. 212 alin. (1) lit. c) teza a II-a din Legea nr. 98/2016, fiind imposibilă încheierea contractului de achiziţie publică".*

De asemenea, au fost avute în vedere şi următoarele aspecte:

- proiectul de realizarea a podului suspendat peste Dunăre în zona Brăila figurează, potrivit HG nr. 666/2016 de aprobare a Master Planului General de Transport, în Lista contractelor cu finanţare POIM 2014-2020, Capitolul VII - proiecte ITI TULCEA DELTA DUNĂRII - DRUMURI EXPRES.

- proiectul este inclus în Planul de Acţiune Jaspers, autoritatea contractantă beneficiind în acest sens de monitorizarea şi consilierea JASPERS în vederea elaborării Aplicaţiei de Finanţare, astfel încât evaluarea cererii de finanţare de către AM POIM/OIT să reprezinte doar o reconfirmare a maturităţii proiectului.

- mecanismul de obţinere a finanţării europene nerambursabile în cadrul POIM 2014-2020 nu condiţionează semnarea contractului de finanţare de emiterea deciziei de aprobare din partea Comisiei Europene. Astfel, odată aprobată cererea de finanţare de către AM POIM/OIT, proiectul este transmis spre analiză şi aprobare a finanţării Comisiei Europene împreună cu "Completion Note" elaborată de JASPERS, concomitent cu semnarea contractului de finanţare între Beneficiar şi AM POIM/OIT.

Astfel, pentru a evita nerespectarea termenelor de finalizare a proiectului asumate prin MPGT şi pentru a diminua riscul neîncadrării în orizontul de programare POIM 2014-2020, autoritatea contractantă a iniţiat în paralel cu demersurile de aprobare a finanţării şi procesul de achiziţie publică a contractului de proiectare şi execuţie.

Dată fiind complexitatea proiectului şi raritatea acestuia în spaţiu românesc, dar şi în cel internaţional, procesul de achiziţie este unul de durată. Astfel, în contextul în care încă de la publicarea anunţului de participare a fost stabilit ca termen de primire a ofertelor, data de 11 august 2017, adică 3 luni la dispoziţia operatorilor economici să pregătească oferte competitive, şi luând în considerare faptul că acest termen poate fi prelungit astfel încât să se răspundă tuturor solicitărilor de clarificare adresate de potenţialii ofertanţi şi pentru soluţionarea contestatelor cu privire la documentaţia de atribuire, coroborat cu durata estimată a procesului de evaluare a ofertelor şi de soluţionare a eventualelor contestaţii cu privire la rezultatul evaluării, autoritatea contractantă consideră că derularea în paralel a licitaţiei şi a procesului de obţinere a finanţării nerambursabile aduce un aport de eficienţă în realizarea proiectului în termenele stabilite prin MPGT.

Clauza rezolutorie introdusă în documentaţia de atribuire cu privire la sursa de finanţare trebuie citită în mod coroborat cu celelalte prevederi legate de imposibilitatea semnării contractului în situaţia în care nu există alocare bugetară şi reprezintă o transpunere a principiului transparenţei în sensul în care, încă de la momentul publicării documentaţiei de atribuire, toţi potentialii ofertanţi sunt informaţi cu privire la un eventual risc legat de obţinerea/ aprobarea finanţării.

Demararea acestei achiziţii sub rezerva clauzei rezolutorii se circumscrie, totodată, efortului de eficientizare a demersurilor necesare respectării strategiei naţionale cu privire la realizarea proiectelor majore de infrastructură de transport rutier.

Autoritatea contractantă subliniază faptul că au fost deja iniţiate demersurile pentru aprobarea finanţării europene nerambursabile şi în contextul în care Guvernul a aprobat acest proiect ca fiind unul major şi prioritar prin emiterea HG nr. 666/2016, îngrijorările contestatoarei privind asigurarea finanţării rămân fără obiect.

În concluzie, autoritatea contractantă solicită respingerea contestaţiei formulate de contestatoarea .... SpA:

- ca rămasă fără obiect cu privire la acele aspecte care au fost rectificate prin măsurile de remediere adoptate de către autoritatea contractantă;

- ca fiind neîntemeiată în ceea ce priveşte celelalte capete de cerere.

Prin adresa nr. 961/19.06.2017, înegistrată la Consiliu sub nr. 24338/19.06.2017, Astaldi Spa formulează concluzii scrise ca urmare a punctului de vedere al autorităţii contractante, precizând că în continuare nu au fost puse la dispoziţia ofertanţilor toate datele necesare întocmirii ofertei.

1. Astfel, deşi autoritatea contractantă precizează faptul că nu pot fi aduse îmbunătăţiri/optimizări la nivel de Proiect tehnic, cu privire la tipul şi înălţimea grinzilor, prin documentaţia de atribuire nu sunt oferite destule detalii (cofrare, armare, dimensiuni exacte) privind grinzile, pentru a se putea obţine o ofertă de preţ de la furnizori.

Având în vedere că datele din documentaţia de atribuire sunt incomplete, fiind imposibilă întocmirea ofertei în aceste condiţii, contestatoarea solicită obligarea autorităţii contractante la furnizarea

tuturor informaţiilor necesare privind grinzile (planuri de cofraj, armare, tensionare) care urmează să fie folosite la structuri (poduri şi pasaje), sau obligarea autorităţii contractante să permită modificarea secţiunii, tipului şi înălţimii grinzilor.

În ceea ce priveşte solicitarea de a se pune la dispoziţia ofertanţilor *„secţiunile şi planurile de cofrare (cu dimensiuni) pentru ca forma să poată fi respectată întocmai de toţi participanţii la procedură"*, contestatoarea menţionează că autoritatea contractantă arată faptul că *"punerea la dispoziţie a secţiunilor şi planurilor de cofrare este neîntemeiată, având în vedere că acestea se elaborează la nivelul Proiectului Tehnic".*

Susţinerea autorităţii contractante este vădit nefondată având în vedere că ofertanţii trebuie să îşi stabilească preţul ofertei în această etapă, în baza informaţiilor de proiectare pe care le au în acest moment, preţ care nu va putea fi modificat ulterior după cum sugerează autoritatea.

Astfel, autoritatea contractantă solicită respectarea cu exactitate a unor planuri incomplete, fără planuri de cofraj, care vor fi detaliate la etapa Proiectului Tehnic, dar fără posibilitatea modificării preţului.

Avand în vedere aceste considerente, contestatoarea solicită obligarea autorităţii contractante să pună la dispoziţia tuturor ofertanţilor toate datele necesare (planuri de cofraj, armare) pentru a se putea respecta elementele solicitate de autoritatea contractantă ca fiind obligatorii.

În ceea ce priveşte solicitarea de a se defini sintagma "echipamente" din Anexa 5, pct. 17, din cerinţa obligatorie pentru podul suspendat, "Lărgimea tăblierului şi echipamente", contestatoarea învederează că răspunsul autorităţii contractante este ambiguu.

În cadrul Anexei 5 este solicitată ca cerinţă obligatorie "Lărgimea tablierului si echipamente" fără a se specifica la ce se referă noţiunea de "echipamente".

Explicaţia autorităţii contractante în sensul că "se referă la totalitatea componentelor podului suspendat privind realizarea lui integral, în vederea cerinţelor fundamentale ale construcţiei şi asigurării functionalităţii acestuia), nu este clară.

Având în vedere prevederile art. 103 alin. (2) din HG nr. 395/2016, contestatoarea solicită obligarea autorităţii contractante să elimine cerinţa obligatorie cu privire la echipamente sau să publice o listă cu echipamentele pe care le solicită ca fiind necesare.

De asemenea, având în vedere susţinerile autorităţii contractante din cadrul punctului de vedere conform cărora pot fi aduse optimizări şi/sau îmbunătăţiri pentru secţiunea de drum de clasa III, contestatoarea arată că în cadrul aceluiaşi document este specificat că aceste modificări vor fi acceptate numai la faza de Proiect tehnic.

Astfel, contestatoarea solicită obligarea autorităţii contractante să arate în mod explicit dacă pot fi aduse modificări la linia roşie (înălţimea drumului) şi tipul/grosimea straturilor şi dacă modificările la care face trimitere autoritatea contractantă pot fi realizate în etapa de ofertare.

În ceea ce priveşte criticile formulate de contestatoare privind Avizul de mediu, aceasta precizează faptul că şi le menţine, având în vedere că, prin includerea în Cerinţele Beneficiarului a unei astfel de obligaţii în

sarcina antreprenorului, respectiv aceea de a actualiza avizul de mediu şi în cazul apariţiei unor "modificări/actualizări legislative" antreprenorul va avea responsabilitatea obţinerii unui aviz care poate duce la întârzieri ale proiectului, care nu sunt generate din culpa sa.

În condiţiile în care, obţinerea Avizului de mediu este o obligaţie legală în sarcina autorităţii contractante, aceasta trebuie să-şi asume responsabilitatea obţinerii acestuia în cazul unor modificări legislative şi să suporte consecinţele în cazul în care obţinerea avizului este de natură a genera întârzieri în executarea contractului.

Este vădit nelegală transferarea obligaţiei în sarcina Antreprenorului în condiţiile în care necesitatea modificării Avizului de mediu nu este generată de culpa Antreprenorului în executarea Contractului.

În aceste condiţii, contestatoarea solicită eliminarea clauzei 13.7 din Cerinţele Beneficiarului.

În subsidiar, în cazul respingerii acestei critici, contestatoarea solicită obligarea autorităţii contractante la completarea acestei clauze, în sensul asumării de către autoritatea contractantă a tuturor consecinţelor generate de obţinerea cu întârziere a Avizului de mediu.

Analizând documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarele:

... SA, în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura de licitaţie deschisă online, privind atribuirea contractului de achiziţie publică de lucrări având ca obiect „Proiectare şi execuţie «Pod suspendat peste Dunăre în zona Brăila»". În acest sens a elaborat documentaţia de atribuire aferentă şi a publicat în SEAP anunţul de participare nr. ..., valoarea estimată a procedurii fiind de 2.025.494.965 lei.

Ca urmare a publicării în SEAP a documentației de atribuire, au depus contestații SC … SRL și SC …, solicitând modificarea condițiilor speciale de contract, a fișei de date a achiziției, respectiv modificarea factorilor de evaluare punctele 2, 3 și 5, precum și eliminarea clauzelor contradictorii din conținutul documentației de atribuire.

După depunerea contestației, autoritatea contractantă a luat o serie de măsuri de remediere pentru a asigura armonizarea condiţiilor de contract cu noile reglementări introduse prin Ordinul MT nr. 600/30.05.2017, pe care le-a publicat în SEAP în data de după cum urmează:

1. Condiţiile Speciale publicate în cadrul documentaţiei de atribuire, în fişierul Contract.rar.p7s, se înlocuiesc cu Condiţiile Speciale aprobate prin Ordinul MT nr. 600/30.05.2017 privind modificarea şi înlocuirea Anexei nr. 1 la OMT nr. 146/2011.

2. Acordul contractual publicat în cadrul documentaţiei de atribuire, în fişierul Contract.rar.p7s, se revizuieşte în concordanţă cu Condiţiile Speciale aprobate prin Ordinul MT nr. ar. 600/30.05.2017 privind modificarea şi înlocuirea Anexei nr. 1 la OMT nr. 146/2011.

3. Anexa la oferta publicată în cadrul documentaţiei de atribuire, în fişierul Formulare 28.04.2017.docx.p7s se revizuieşte în consecinţă.

În urma publicării măsurilor de remediere, contestatoarea SC A…SpA a depus concluzii scrise cu adresa nr. 961/19.06.2017, înregistrate la Consiliu cu nr. 24.338/19.06.2017, în care arată că măsurile dispuse nu

sunt în sensul celor solicitate în contestația sa, nefiind puse la dispoziția ofertanților date necesare pentru întocmirea ofertelor. Contestatoarea SC … SRL nu și-a exprimat punctul de vedere cu privire la modificările operate de autoritatea contractantă.

Cu privire la contestația depusă de SC … SRL, Consiliul constată că prima critică formulată de această societate vizează factorii de evaluare 2, 3 și 5, respectiv experienţa deţinută de şeful echipei de proiectare, experienţa deţinută de inginerul proiectant de poduri și experienţa deţinută de managerul de proiect.

Cu privire la aspectele criticate, în fișa de date a achiziției, cap. IV.2.1 Criterii de atribuire- ,,cel mai bun raport calitate-preț'', s-au prevăzut, pe lângă pretul ofertei - 40.00%, următorii factori de evaluare:

- „Experienţa deţinută de ŞEFUL ECHIPEI DE PROIECTARE, respectiv experienţa deţinută în poziţia de Şef echipă proiectare şi/ sau Adjunct Şef Echipă proiectare şi/sau Coordonator Proiect şi/ sau Director Proiect şi/ sau Manager Proiect şi/ sau Adjunct Coordonator Proiect şi/ sau Adjunct Director Proiect şi/ sau Adjunct Manager Proiect şi/ sau Şef Proiect şi/ sau Adjunct Sef Proiect în cadrul unui proiect tehnic pentru construcţie nouă a unui pod rutier suspendat/ hobanat cu o deschidere de cel puţin 300 m şi avand un profil transversal de minim 4 benzi de circulaţie.

Algoritm de calcul: Participarea expertului propus în poziţia de Şef echipă proiectare şi/ sau Adjunct Sef Echipă proiectare şi/sau Coordonator Proiect şi/ sau Director Proiect şi/ sau Manager Proiect şi/sau Adjunct Coordonator Proiect şi/sau Adjunct

Director Proiect şi/ sau Adjunct Manager Proiect şi/ sau Şef Proiect şi/ sau Adjunct Sef Proiect în cadrul unui proiect tehnic pentru construcţie nouă a unui pod rutier suspendat/ hobanat cu o deschidere de cel puţin 300 m şi având un profil transversal de minim 4 benzi de circulaţie se va puncta astfel:

- între 300 şi 349 m pentru deschiderea maximă a podului suspendat/hobanat: 2 puncte;

- între 350 si 449 m pentru deschiderea maximă a podului suspendat/ hobanat: 4 puncte;

- între 450 si 549 m pentru deschiderea maximă a podului suspendat/hobanat: 6 puncte;

- între 550 si 649 m pentru deschiderea maximă a podului suspendat/hobanat: 8 puncte;

- 650 m sau mai mult pentru deschiderea maximă a podului suspendat/hobanat: 10 puncte",

-Experienţa deţinută de INGINERUL PROIECTANT DE PODURI *în cadrul unor contracte de elaborare studii de fezabilitate şi/ sau proiecte tehnice pentru construcţie nouă a cel puţin unui pod rutier suspendat/ hobanat cu o deschidere de cel puţin 300 m- 8 puncte.*

Algoritm de calcul: Participarea expertului propus în poziţia de Inginer proiectant de poduri şi/sau Inginer proiectant structuri în cadrul unor contracte de elaborare studii de fezabilitate şi/ sau proiecte tehnice pentru construcţie nouă a cel puţin unui pod rutier suspendat/ hobanat cu o deschidere de cel puţin 300 m se va puncta astfel:

între 1 -2 contracte: 2 puncte;

între 3-4 contracte: 4 puncte;
între 5-6 contracte: 6 puncte;
mai mult de 6 contracte: 8 puncte".

-Experienţa deţinută de MANAGERUL DE PROIECT, 10 puncte *„experienţa deţinută în poziţia de Manager Proiect şi/ sau Manager General al Proiectului şi/sau Director Proiect şi/ sau Coordonator Proiect şi/ sau Adjunct Director Proiect şi/ sau Adjunct Manager Proiect şi/sau Adjunct Manager General al Proiectului şi/ sau Adjunct Coordonator Proiect în cadrul unui contract care a avut ca obiect construcţia nouă a unui pod rutier suspendat/ hobanat cu o deschidere de cel puţin 300 m şi având un profil transversal de minim 4 benzi de circulaţie. Algoritm de calcul: Participarea expertului propus în poziţia de Manager Proiect şi/ sau Manager General al Proiectului şi/sau Director Proiect şi/ sau Coordonator Proiect şi/ sau Adjunct Director Proiect şi/ sau Adjunct Manager Proiect şi/sau Adjunct Manager General al Proiectului şi/ sau Adjunct Coordonator Proiect în cadrul unui contract care a avut ca obiect construcţia nouă a unui pod rutier suspendat/ hobanat cu o deschidere de cel puţin 300 m şi având un profil transversal de minim 4 benzi de circulaţie se va puncta astfel:*

- *între 300 şi 349 m pentru deschiderea maximă a podului suspendat/ hobanat: 2 puncte;*
- *între 350 şi 449 m pentru deschiderea maximă a podului suspendat/ hobanat: 4 puncte;*
- *între 450 şi 549 m pentru deschiderea maximă a podului suspendat/ hobanat: 6 puncte;*
- *între 550 şi 649 m pentru deschiderea maximă a podului suspendat/ hobanat: CV puncte;*
- *650 m sau mai mult pentru deschiderea maximă a podului suspendat/ hobanat: 10 puncte.*

Contestatoarea apreciază ca fiind extrem de restrictivi factorii de evaluare precizat anterior, nu raportat la caracteristicile geometrice specifice ale lucrărilor de artă ce urmează a fi proiectate şi executate, ci raportat la proiectele similare care s-au realizat în România în ultimii 50 de ani, respectiv niciunul, în condițiile în care trebuie să aibă în vedere la stabilirea factorului de evaluarea principiile prevăzute la art. 2 din Legea nr. 98/2016 privind tratamentul egal, proporţionalitatea şi, mai mult decât celelalte, libera concurenţă, fiind cu atât mai evidentă exacerbarea factorilor de evaluarea ce prevede că pentru obţinerea unui punctaj maxim, deschiderea podului suspendat/hobanat să fi fost de 650 m sau mai mult.

Raportat la critica analizată, Consiliul constată incidența în cauză a următoarelor texte legale:

• art. 187 din Legea nr. 98/2016:

„(3) Pentru determinarea ofertei celei mai avantajoase din punct de vedere economic (...) autoritatea contractantă are dreptul de a aplica unul dintre următoarele criterii de atribuire:

a) preţul cel mai scăzut;
b) costul cel mai scăzut;
c) cel mai bun raport calitate-preţ;

d) cel mai bun raport calitate-cost.

(4) În sensul alin. (3) lit. ***c)*** *şi d), cel mai bun raport calitate-preţ/calitate-cost se determină pe baza unor factori de evaluare care includ aspecte calitative, de mediu şi/sau sociale, în legătură cu obiectul contractului de achiziţie publică/acordului- cadru.*

(5) Factorii de evaluare prevăzuţi la alin. (4) pot viza, printre altele:

a) calitatea, inclusiv avantajele tehnice, caracteristicile estetice şi funcţionale, accesibilitatea, conceptul de proiectare pentru toţi utilizatorii, caracteristicile sociale, de mediu şi inovatoare şi comercializarea şi condiţiile acesteia;

b) organizarea, calificarea şi experienţa personalului desemnat pentru executarea contractului, ***în cazul în care calitatea personalului desemnat poate să aibă un impact semnificativ asupra nivelului calitativ de executare a contractului;***

c) serviciile postvânzare, asistenţa tehnică şi condiţiile de livrare, cum ar fi data livrării, procesul de livrare şi termenul de livrare sau de finalizare.

(6) În sensul alin. (3) lit. ***c),*** *criteriul de atribuire cel mai bun raport calitate-preţ include de regulă un element de preţ sau de cost; în situaţia în care autoritatea contractantă iniţiază o procedură de atribuire cu buget fix, în care elementul de preţ sau de cost este un preţ sau cost fix, factorii de evaluare se referă numai la aspecte calitative ale produselor, serviciilor sau lucrărilor care fac obiectul achiziţiei";*

• art. 32 din HG nr. 395/2016:

„(3) În aplicarea art. 187 alin. (3) lit. c) şi d) din Lege, în cazul în care calitatea ***personalului ce va realiza efectiv activităţile care fac obiectul contractului ce urmează a fi atribuit*** *are un impact semnificativ asupra nivelului de executare şi a rezultatului acestuia, factorii de evaluare a ofertelor se pot referi şi la organizarea, calificarea şi experienţa respectivului personal.*

(8) Atunci când stabileşte factorii de evaluare a ofertelor, autoritatea contractantă nu are dreptul de a utiliza factori care:

a) nu au o legătură directă cu natura şi obiectul contractului de achiziţie publică ce urmează să fie atribuit;

b) nu reflectă un avantaj pe care autoritatea contractantă îl poate obţine prin utilizarea factorului de evaluare respectiv.

(9) Ponderea stabilită pentru fiecare factor de evaluare nu trebuie să conducă la distorsionarea rezultatului aplicării procedurii pentru atribuirea contractului de achiziţie publică. Pentru fiecare factor de evaluare autoritatea contractantă are obligaţia de a stabili o pondere care să reflecte în mod corect:

a) importanţa caracteristicii tehnice/funcţionale considerate a reprezenta un avantaj calitativ, de mediu şi/sau social ce poate fi punctat; sau

b) cuantumul valoric al avantajelor de natură financiară pe care ofertanţii le pot oferi prin asumarea unor angajamente suplimentare în raport cu cerinţele minime prevăzute în caietul de sarcini sau documentul descriptiv";

• Instrucţiunea nr. 1/2017 emisă în aplicarea prevederilor art. 179 lit. g) şi art. 187 alin. (8) lit. a) din Legea nr. 98/2016 privind achiziţiile publice, respectiv a art. 192 lit. g) şi a art. 209 alin. (8) din Legea nr. 99/2016 privind achiziţiile sectoriale:

- art. 3 alin. (6): *„**În cazul contractelor ce includ o componentă semnificativă de servicii având ca obiect prestaţii intelectuale care presupun activităţi cu nivel de complexitate ridicat, situaţie în care calitatea personalului prevăzut la alin. (1) are un impact semnificativ asupra calităţii executării respectivelor contracte**, calificarea, experienţa profesională şi/sau modul de organizare reprezintă caracteristici ale ofertei, ce descriu, în fapt, nivelul tehnic sau funcţional al acesteia, fiind considerate un avantaj calitativ ce poate fi punctat. În acest caz, calificarea, experienţa profesională şi/sau modul de organizare a personalului-cheie se utilizează ca factori de evaluare în cadrul criteriului de atribuire preţ-calitate/cost-calitate.*

Exemplu de experţi-cheie:

a) expert dezvoltare soluţie informatică; expert analist procese interne; expert baze de date aferenţi implementării unui contract de servicii având ca obiect realizarea unui sistem informatic;

b) ingineri proiectanţi responsabili cu implementarea contractelor ce au ca obiect prestarea de servicii în domeniul proiectării obiectivelor de investiţii";

- art. 10: *„ (1) În conformitate cu dispoziţiile art. 3 alin. (6) se identifică două situaţii în care calificarea, experienţa profesională şi/sau modul de organizare a/ale personalului-cheie, după caz, vor fi utilizate ca factori de evaluare în cadrul criteriului de atribuire preţ-calitate/cost-calitate:*

*a) **În cazul contractelor ce au ca obiect realizarea unor prestaţii intelectuale care presupun o complexitate ridicată**, respectiv care includ activităţi cu caracter intelectual ce au ca rezultat identificarea, elaborarea şi dezvoltarea soluţiei tehnice ce stă la baza implementării respectivelor contracte.*

Exemple în acest sens sunt:

- contractele de servicii ce au ca obiect consultanţă/asistenţă tehnică, elaborare studii, proiectare, supervizare sau altele asemenea;

- contractele de lucrări ce includ, deopotrivă, proiectarea soluţiei tehnice şi execuţia lucrărilor aferente implementării acesteia;

- contractele de servicii ce au ca obiect dezvoltarea unor sisteme informatice etc.

b) Situaţia contractelor prevăzute de art. 32 alin. (6) din Hotărârea Guvernului nr. 395/2016, cu modificările şi completările ulterioare, şi art. 38 alin. (6) din Hotărârea Guvernului nr. 394/2016, respectiv contractele de servicii de natura/tipul celor de consultanţă/asistenţă tehnică, elaborare studii, proiectare, supervizare şi altele asemenea aferente unor proiecte/obiective de investiţii de complexitate ridicată.

*Exemple în aceste sens: **realizarea proiectului tehnic aferent execuţiei lucrărilor de construcţie a unei autostrăzi**; consultanţă în vederea remodelării proceselor interne şi elaborarea unei noi arhitecturi organizaţionale în scopul eficientizării activităţii unei entităţi cu activitate*

complexă (cum ar fi, de exemplu, reglementare şi monitorizare de piaţă într-un domeniu strategic; ***buget mare de investiţii*** *etc.).*

(2) În sensul prezentului ordin, prin activităţi de complexitate ridicată se înţeleg servicii intelectuale care presupun:

- un grad ridicat de particularizare şi adaptare a activităţilor la specificul obiectului contractului, respectiv la necesităţile autorităţii/entităţii contractante şi/sau

- combinarea cunoştinţelor şi expertizei aferente mai multor domenii de activitate şi/sau

- soluţionarea unei/unor probleme dificile aferente procesului de planificare/implementare a proiectului/contractului".

Analizând prevederile documentației de atribuire și susținerile părților, Consiliul reține că obiectul contractului îl reprezintă proiectarea și execuția unui obiectiv de complexitate maximă, chiar argumentele contestatoarei fiind în acest sens. Complexitatea este dată nu numai de tehnicitatea deosebită a lucrărilor, ci și de condițiile în care se va desfășura lucrarea, respectiv pe albia fluviului Dunărea, cunoscută prin debitul mare și viteza apei. Este cert că o deschidere atât de mare în partea centrală a podului, respectiv 1120 m, fac dificilă dimensionarea podului și alegerea celor mai bune soluții tehnice. După cum rezultă din factorii de evaluare citați, autoritatea contractantă a stabilit pentru obținerea punctajului maxim o deschidere de 650 m, deci mult sub deschiderea podului pentru a cărei proiectare și construire se organizează procedura. Alegând această limită, este cert că autoritatea contractantă nu a prevăzut factorii respectivi pentru a restricționa concurența, ci dimpotrivă, pentru a se asigura că persoanele care vor face parte din echipa de proiectare au o experiență minimă care să ofere garanții legate de siguranța investiției. Lucrarea fiind importantă atât din punct de vedere al sumelor implicate, cât mai ales pentru siguranța locuitorilor din zona respectivă, este important ca la procedură să participe asocieri care să își poată asuma realizarea acestui contract. Contractul a cărui atribuire se urmărește îndeplinește toate condițiile pentru a permite folosirea factorilor de evaluare criticați, respectiv:

- buget mare,

-probleme dificile aferente procesului de planificare/ implementare a proiectului/contractului,

-un grad ridicat de particularizare şi adaptare a activităţilor la specificul obiectului contractului, respectiv la necesităţile autorităţii/entităţii contractante,

-importanță economică și socială deosebită,

-contractul de lucrări include proiectarea soluţiei tehnice şi execuţia lucrărilor,

- prestaţii intelectuale care presupun o complexitate ridicată,

-activităţi cu caracter intelectual ce au ca rezultat identificarea, elaborarea şi dezvoltarea soluţiei tehnice ce stă la baza implementării contractului,

-activităţi cu nivel de complexitate ridicat,

-calitatea personalului are un impact semnificativ asupra calităţii executării contractului.

Faptul că în România nu s-a realizat, până în prezent, niciun astfel de proiect, nu înseamnă o restricționare a concurenței, existând posibilitatea atragerii de specialiști cu o asemenea experiență și pentru firmele românești. Dacă în cadrul altor proiecte de mică anvergură astfel de factori ar putea fi considerați restrictivi, în prezenta procedură ei sunt justificați. Având în vedere cele constatate, Consiliul reține că ponderea importantă a respectivilor factori nu este de natură a denatura concurența, ci dimpotrivă, sunt justificați prin unicitatea temei de proiectare și a lucrării, prin urmare, Consiliul va respinge criticile contestatoarei legate de acest aspect și va menține cei trei factori de evaluare ca fiind relevanți în cadrul criteriului de atribuire.

În ceea ce privește dispoziţiile art. 5-42 din cadrul Acordului Contractual Proiectare şi Execuţie "Pod Suspendat Peste Dunăre în Zona Brăila", pe care contestatoarea le apreciază ca fiind lovite de nulitate absolută, în baza dispozițiilor art. 3 din HG nr. 1405/2010, *"Toate unităţile aflate în subordinea sau sub autoritatea Ministerului Transporturilor şi Infrastructurii au obligaţia de a folosi condiţiile contractuale prevăzute la art. I la încheierea contractelor de lucrări pentru obiective de investiţii din domeniul infrastructurii de transport de interes naţional, finanţate din fonduri publice (...)"* și *"Condiţiile contractuale speciale, de modificare/completare a condiţiilor de contract prevăzute la art. 1, se vor aproba prin ordin al ministrului transporturilor şi infrastructurii".*

Astfel, contestatoarea arată că prin Ordinul nr. 146 din 1 martie 2011, au fost aprobate condiţiile contractuale speciale ale contractelor pentru echipamente şi construcţii, inclusiv proiectare, şi ale contractelor pentru construcţii clădiri şi lucrări inginereşti proiectate de către beneficiar ale Federaţiei Internaţionale a Inginerilor Consultanţi în Domeniul Construcţiilor (FIDIC), pentru obiective de investiţii din domeniul infrastructurii rutiere de transport de interes naţional, finanţate din fonduri publice, ordin emis în temeiul art. 3 din HG nr. 1.405/2010. Deci, în temeiul art. 3 din HG nr. 1405/2010, și art. 2, art. 3 alin. 2, art. 4, precum şi art. 77, art. 78 şi art. 79 din Legea nr. 24/2000, privind normele de tehnică legislativă pentru elaborarea actelor normative şi, clauzele care contravin actelor normative menționate sunt lovite de nulitatea absolută.

Consiliul reține că modificarea clauzelor respective din Condițiile speciale de contract s-a realizat pentru punerea lor în concordanță cu dispozițiile Legii nr. 98/2016. Astfel, chiar dacă la data publicării în SEAP a anunţului nr. 2335346/02.05.2017, OMT nr. 146/2011 nu fusese modificat printr-un alt ordin al Ministrului Transporturilor conform dispoziţiilor legale citate anterior, pe parcursul procedurii acesta a fost modificat, prin Ordinul nr. 600/2017 pentru modificarea anexei nr. 1 la Ordinul ministrului transporturilor şi infrastructurii nr. 146/2011 privind aprobarea condiţiilor contractuale speciale ale contractelor pentru echipamente şi construcţii, inclusiv proiectare, şi ale contractelor pentru construcţii clădiri şi lucrări inginereşti proiectate de către beneficiar ale Federaţiei Internaţionale a Inginerilor Consultanţi în Domeniul Construcţiilor (FIDIC), pentru obiective de investiţii din domeniul infrastructurii rutiere de transport de interes naţional, finanţate din fonduri publice publicat în Monitorul Oficial, Partea I

nr. 436 din 13 iunie 2017. Ca urmare a publicării acestui ordin, autoritatea contractantă a luat măsuri de remediere, publicate în SEAP în data de 15.06.2017, deci criticile contestatoarei referitoare la nulitatea absolută a acestor clauze pentru abateri de la lege au rămas fără obiect.

Totodată, Consiliul observă că și în alte cauze similare, chiar anterior modificării Ordinului nr. 146/2011 s-a reținut de către Consiliu posibilitatea modificării condițiilor speciale de către autoritatea contractantă, subliniind că în situația în care există prevederi ale clauzelor contractuale speciale care contravin legilor în vigoare la momentul demarării procedurii de achiziţie (Legea nr. 98/2016), autoritatea contractantă trebuie să le corecteze şi să le pună în acord cu legislaţia în vigoare. De asemenea, Consiliul reține că după adoptarea măsurilor de remediere contestatoarea nu a formulat punctul său de vedere referitor la conținutul acestora.

În ceea ce privește art. 4 din acordul contractual, a cărui anulare o solicită contestatoarea, *"Beneficiarul convine să plătească Antreprenorului, pentru proiectarea, execuţia şi finalizarea Lucrărilor şi remedierea oricăror defecţiuni, în timpul şi în modalitatea descrisă în Contract, suma de...(lei fără TVA).....(litere), reprezentând valoarea de contract acceptată, precum şi alte sume care ar putea deveni plătibile atât conform prevederilor Contractului la termenele şi potrivit modalităţilor stipulate în Contract (Sub-clauza 13.8 din Condiţiile de Contract), cât şi conform prevederilor art. 221 lit. f) din Legea nr. 98/2016 (valoarea cu care poate fi depăşită Valoarea de Contract Acceptată potrivit art. 221 litera f) din Legea nr. 98/2016 este de maxim 23.227.214 lei fără TVA). Sumele ce derivă din aplicarea sub-clauzei 13.8 din Condiţiile de Contract vor fi plătite potrivit contractului, fără încheierea unui act adiţional",* contestatoarea își justifică cererea pe faptul că limitarea *a priori* a posibilității de majorare a Valorii de Contract Acceptate la 23.227.214 lei (respectiv 5 milioane de euro), sumă ce reprezintă aproximativ 1% din valoarea estimată, în condițiile în care o astfel de limitare este de natură să conducă la blocaje majore în derularea contractului. Mai susține contestatoarea că ipoteza de la art. 221 litera f) din Legea nr. 98/2016 este doar una dintre posibilităţile pe care le oferă legea de achiziţii publice pentru a se putea suplimenta valoarea contractului, neputând, în niciun caz, să se limiteze doar la această valoare posibilitatea de suplimentare a valorii acestuia.

Verificând noul model de contract din Anexa la Ordinul nr. 600/2017 publicat în Monitorul Oficial nr. 436 bis/13 iunie 2017, Consiliul observă că clauza 4 are următorul conținut: ,,Beneficiarul convine să plateasca Antreprenorului, pentru proiectarea, execuția și finalizarea Lucrărilor și remedierea oricăror defecțiuni, în timpul și în modalitatea descrisa in Contract, suma de..... (lei fără TVA) .....(litere), reprezentand Valoarea de Contract Acceptata, precum si alte sume care ar putea deveni platibile conform prevederilor Contractului la termenele si potrivit modalitatilor stipulate in Contract''.

Verificând noul acord contractual, Consiliul constată că autoritatea contractantă a dispus măsuri de remediere în sensul dorit de

contestatoare, eliminând limita de aproximativ 1% din valoarea estimată, aceasta având următorul conținut:

,,4. Beneficiarul convine să plateasca Antreprenorului, pentru proiectarea, execuția și finalizarea Lucrărilor și remedierea oricăror defecțiuni, în timpul și în modalitatea descrisă în Contract, suma de..... (lei fără TVA) ..... (litere), reprezentand Valoarea de Contract Acceptata, precum si alte sume care ar putea deveni platibile conform prevederilor Contractului la termenele si potrivit modalitatilor stipulate in Contract.

La această sumă se va adăuga Taxa pe Valoare Adaugată în conformitate cu prevederile legale în vigoare.

Sumele ce deriva din aplicarea sub-clauzei 13.8 din Condițiile de Contract vor fi plătite potrivit contractului, fără incheierea unui act aditional''.

Prin urmare, Consiliul reține că respectiva critică a rămas fără obiect.

În ceea ce privește criticile contestatoarei referitoare la art. 2 alin. (3) din acordul contractual, Consiliul reține că în realitate, conținutul citat de contestatoare se referă la art. 15 din acordul contractual inițial.

Contestatoarea solicită obligarea autorităţii contractante să elimine articolul 2 alin.3) din Acordul Contractual în care se prevede că Sub-clauza 5.3 [Obligaţiile asumate de către Antreprenor] din Condiţiile Generale de Contract se modifică şi se înlocuieşte astfel:

"(3) În ce priveşte întocmirea Declaraţiei de Proiectare, capacitatile/caracteristicile tehnice şi soluţiile tehnice din cadrul Studiului de Fezabilitate devin obligatorii pentru Antreprenor. Antreprenorul nu va include în Declaraţia de Proiectare modificări/optimizări ale soluţiilor tehnice stabilite în cadrul Studiului de Fezabilitate.

(6) Antreprenorul poate, după aprobarea Proiectului Tehnic de Execuţie, să prezinte modificări ale acestuia numai în cazuri excepţionale cu încadrarea în coridorul/culoarul de expropriere pus la dispoziţie de către Beneficiar. Prin cazuri excepţionale se înţeleg numai acele situaţii care nu modifică elementele esenţiale ale Proiectului Tehnic de Execuţie şi pentru care ar fi necesară reautorizarea/ reavizarea lucrărilor. Fundamentarea cazurilor excepţionale se va face pe baze solide, informaţii, investigaţii specifice, studii, analize şi breviare de calcul".

Consiliul reține că respectiva clauză a fost, deja, introdusă în cadrul subclauzei 5.3 din noile condiții speciale de contract, clauza respectivă având următorul conținut:

,,5.3. Obligațiile Asumate de către Antreprenor

Antreprenorul își va asuma raspunderea că proiectul, Documentele Antreprenorului, executia și Lucrarile terminate vor fi în conformitate cu:

(a) Legile țării, și

(b) documentele care alcătuiesc Contractul, schimbate și actualizate de Modificari.

În faza de proiectare, Antreprenorul va elabora Proiectul pentru autorizarea executării lucrărilor (P.A.C) și Proiectul tehnic de executie, conform Hotărârii de guvern nr. 907/2016 privind etapele de elaborare și conținutul-cadru al documentațiilor tehnico-economice aferente obiectivelor /proiectelor de investiții finanțate din fonduri publice.

La întocmirea Declarației de Proiectare, capacitătile/caracteristicile tehnice și soluțiile tehnice din cadrul Studiului de Fezabilitate devin minim obligatorii pentru Antreprenor împreună cu Cerințele Beneficiarului acestea din urma având prioritate.

Antreprenorul **nu va include în Declarația de Proiectare modificări/optimizari ale soluțiilor tehnice stabilite în cadrul Studiului de Fezabilitate, cu excepția celor care reies din Cerintele Beneficiarului**.

Eventualele erori/omisiuni/neconformitati/necorelari din cadrul Studiului de Fezabilitate si care nu au fost remediate prin Cerintele Beneficiarului vor fi aduse la cunostință în scris Beneficiarului și Inginerului odata cu depunerea Declarației de Proiectare, însoțite de propuneri de soluționare/remediere. După avizarea Declarației de Proiectare, Antreprenorul va obține aprobarea Inginerului si a Beneficiarului pentru propunerile de solutionare/remediere, astfel încât acestea să poată fi implementate pe parcursul elaborării Proiectului Tehnic de Execuție, cu încadrarea în Valoarea de Contract Acceptată.

Antreprenorul poate prezenta soluții de actualizare si/sau optimizare si/sau imbunătățire a Proiectului Tehnic de Execuție față de Declarația de Proiectare aprobata, cu incadrarea în Valoarea de Contract Acceptată și cu condiția menținerii cel puțin a capacităților/caracteristicilor tehnice, exigențelor de calitate, și a funcționalităților obiectivului, astfel încât acestea să poată fi implementate pe parcursul elaborarii Proiectului Tehnic de Executie.

Antreprenorul poate prezenta soluții de actualizare și/sau optimizare și/sau îmbunătățire a Proiectului Tehnic de Execuție față de Declarația de Proiectare aprobată, numai cu condiția posibilității justificării acestor soluții din perspectiva avantajelor obținute de Beneficiar.

Antreprenorul are obligatia de a se incadra in coridorul/culoarul de expropriere în ceea ce privește soluțiile tehnice stabilite la nivelul Proiectului Tehnic de Execuție cu exceptia situațiilor în care soluțiile tehnice nu se pot încadra în coridorul/culoarul de expropriere și pentru care se obține aprobarea Beneficiarului.

Antreprenorul poate prezenta Proiectul Tehnic de Executie pe Sectoare/Sectiuni cu condiția ca ultimul/ultima Sector/Sectiune sa fie predat/ta catre Beneficiar pana la expirarea termenului final de predare a Proiectului Tehnic de Executie asumat de catre Antreprenor în ofertă.

Antreprenorul poate, după aprobarea Proiectului Tehnic de Execuție, cu asumarea Proiectantului și a Verificatorului, să prezinte modificari ale acestuia numai în cazuri exceptionale, cu încadrarea în coridorul/culoarul de expropriere pus la dispoziție de către Beneficiar. Fundamentarea cazurilor exceptionale se va face pe baze solide, informații, investigatii specifice, studii, analize si breviare de calcul. Prin cazuri exceptionale se înțeleg numai acele situații care nu modifică elementele esentiale ale Proiectului Tehnic de Execuție și care au un impact local, care pot fi remediate prin dispoziții de santier și care nu necesită reautorizarea/ reavizarea lucrărilor.

Proiectul Tehnic de Executie/Detaliile de Executie va/vor fi considerat/te finalizat/e, numai dupa ce vor fi prezentate conform prevederilor legale in vigoare si va/vor fi stampilat/e conform legii de catre Verificatorii autorizați corespunzatori''.

Având în vedere conținutul integral al cluzei respective, nu poate fi vorba de o asumare de către antreprenor a răspunderii pentru documente de proiectare ale Beneficiarului, puse acestuia la dispoziţie în cuprinsul documentaţiei de atribuire, respectiv a unor eventuale erori din cuprinsul Studiului de fezabilitate și nici nu poate intra în discuție o eventuală obligație a Antreprenorului să întocmească Proiectul tehnic cu erorile constatate, urmând ca, după eventuala aprobare, acesta să poată suferi modificări în acele situaţii fundamentate pe baze solide, informaţii, investigaţii specifice, studii, analize şi breviare de calcul. Dimpotrivă, clauza 5.3 citită în integralitatea ei și interpretată în contextul general, obligă pe proiectant să aducă la cunostință în scris Beneficiarului și Inginerului odata cu depunerea Declarației de Proiectare eventualele erori/omisiuni/neconformitati/ necorelari din cadrul Studiului de Fezabilitate care nu au fost remediate prin Cerintele Beneficiarului, însoțite de propuneri de soluționare/remediere. În acest sens, sunt și prevederile art. 1267 din Codul civil, potrivit căruia „Clauzele se interpretează unele prin altele, dând fiecăreia înţelesul ce rezultă din ansamblul contractului". Aşadar, clauzele contractului trebuie interpretate coordonat, și nu prin extragerea din contextul general a unei anumite fraze. Clauzele alcătuiesc un întreg, neputând fi desprinse din contextul contractului. Este absolut normal să fie așa, în condițiile în care, potrivit art. 30 din Legea nr. 10/1995 privind calitatea în construcții, ,,**Proiectantul**, specialistul verificator de proiecte atestat, fabricanţii şi furnizorii de materiale şi produse pentru construcţii, executantul, responsabilul tehnic cu execuţia autorizat, dirigintele de şantier autorizat, expertul tehnic atestat răspund potrivit obligaţiilor ce le revin pentru viciile ascunse ale construcţiei, ivite într-un interval de 10 ani de la recepţia lucrării, precum şi după împlinirea acestui termen, **pe toată durata de existenţă a construcţiei, pentru viciile structurii de rezistenţă rezultate din nerespectarea normelor de proiectare şi de execuţie în vigoare la data realizării ei''**.

Deci, răspunderea pentru structura de rezistență și întregul proiect aparține realizatorului proiectului tehnic, și nu autorului studiului de fezabilitate. De altfel, potrivit dispozițiilor art. 7 alin. (1) din HG nr. 907/2016 privind etapele de elaborare şi conţinutul-cadru al documentaţiilor tehnico-economice aferente obiectivelor/proiectelor de investiţii finanţate din fonduri publice ,,Studiul de fezabilitate este documentaţia tehnico-economică prin care proiectantul, fără a se limita la datele şi informaţiile cuprinse în nota conceptuală şi în tema de proiectare şi, după caz, în studiul de prefezabilitate, analizează, fundamentează şi propune minimum două scenarii/opţiuni tehnico-economice diferite, recomandând, justificat şi documentat, scenariul/opţiunea tehnico-economic(ă) optim(ă) pentru realizarea obiectivului de investiţii'', iar potrivit art. 12 alin. (1) din același act normativ, ,,Proiectul tehnic de execuţie constituie documentaţia prin care proiectantul dezvoltă, detaliază şi, după caz, optimizează, prin propuneri tehnice, scenariul/opţiunea

aprobat(ă) în cadrul studiului de fezabilitate/documentaţiei de avizare a lucrărilor de intervenţii; componenta tehnologică a soluţiei tehnice poate fi definitivată ori adaptată tehnologiilor adecvate aplicabile pentru realizarea obiectivului de investiţii, la faza de proiectare - proiect tehnic de execuţie, în condiţiile respectării indicatorilor tehnico-economici aprobaţi şi a autorizaţiei de construire/desfiinţare''.

În același timp, alin. (7) stabilește că ,,Proiectul tehnic de execuţie, inclusiv detaliile de execuţie se verifică de către specialişti verificatori de proiecte atestaţi pe domenii/subdomenii de construcţii şi specialităţi pentru instalaţii, în scopul verificării îndeplinirii cerinţelor fundamentale aplicabile construcţiilor, pentru protejarea vieţii oamenilor, a bunurilor acestora, a societăţii şi a mediului şi pentru asigurarea sănătăţii şi siguranţei persoanelor implicate, pe întregul ciclu de viaţă a construcţiilor''.

Prin urmare, răspunderea realizării proiectului aparține proiectantului care a realizat proiectul tehnic și altor specialiști enumerați în lege, soluțiile studiului de fezabilitate fiind doar niște propuneri de scenarii, ce vor fi optimizate și adaptate corespunzător de proiectant. Deci, nu se poate interpreta clauza criticată în sensul că autoritatea contractantă ar obliga pe viitorul Antreprenor să încalce prevederile art. 23 şi urm. din Legea nr. 10/1995, respectiv să întocmească un Proiect tehnic care să conţină eventuale erori şi/sau inexactităţi, chiar conştient fiind de acestea, așa cum susține contestatoarea, ci dimpotrivă, este obligația proiectantului de a aduce la cunoștința beneficiarului necesitatea modificării soluțiilor tehnice propuse în studiu.

În ceea ce privește solicitarea contestatoarei referitoare la obligarea autorităţii contractante să introducă în cuprinsul Cerinţelor Beneficiarului un termen în sarcina Beneficiarului pentru aprobarea Declaraţiei de Proiectare, respectiv Proiectului Tehnic în CTE (Comitetul Tehnico-Economic), în corespondenţa cu termenele prevăzute în sarcina Antreprenorului pentru depunerea acestor Documente de Proiectare, Consiliul reține că o asemenea solicitare nu este justificată, în niciun fel, de către contestatoare. Mai mult, Consiliul nu consideră necesară introducerea unor astfel de termene, amploarea lucrării impunând verificări laborioase, imposibil de cuantificat in timp la acest moment. De asemenea, se prezumă că beneficiarul nu are interes să își întârzie lucrarea din culpa sa proprie, acesta fiind primul care are interesul să analizeze respectivele documente în timp util, cu atât mai mult cu cât analiza acestor documente de către beneficiar nu grevează asupra termenelor de realizare a investiției de către antreprenor.

În ceea ce privește solicitările contestatoarei privind obligarea autorităţii contractante să elimine art. 2 alin. 10) din Acordul Contractual în care se prevede că Sub-clauza 5.3 [Obligaţiile asumate de către Antreprenor] din Condiţiile Generale de Contract se modifică şi se înlocuieşte astfel:

„(10) Antreprenorul renunţă în mod explicit şi irevocabil la dreptul de a solicita extinderea Duratei de Execuţie a Contractului (aşa cum este definită în Anexa la Ofertă - art. 1.1.3.3) şi/sau costuri suplimentare rezultate din:

-necesitatea obţinerii din orice cauze a unor noi avize, acorduri şi autorizaţii (sau revizuirea acestora);

-necesitatea demolării parţiale sau totale a lucrărilor deja executate şi implicit refacerea acestora, din orice cauze

-necesitatea protejării din orice cauze a oricăror utilităţi Antreprenorul are obligaţia de a completa/reface documentaţia tehnică (Declaraţia de proiectare, Proiectul pentru autorizarea executării lucrărilor (PAC) şi Proiectul Tehnic de Execuţie) pe cheltuială proprie", contestatoarea susține că sunt trecute în sarcina ofertantului câştigător (Antreprenorului) toate obligaţiile, inclusiv financiare, legate de aspecte neprevăzute în documentaţia iniţială, dar care sunt identificate pe parcursul lucrărilor, ceea ce înseamnă că fiecare ofertant ar trebui să-şi dimensioneze oferta financiară luând în considerare un risc de acoperire şi a unor lucrări despre care, din diferite motive - inclusiv cel al limitării obligaţiei de informare - documentaţia de atribuire nu informează, transformând Acordul Contractual dintr-un contract cu caracter comutativ, în care părţile cunosc întinderea prestaţiilor lor la momentul încheierii sale, ori aceasta este cel puţin determinabilă, într-un contract de tip aleatoriu, în cadrul căruia întinderea prestaţiilor Antreprenorului, în lipsa informaţilor furnizate de beneficiar depinde de hazard, respectiv de un eveniment viitor şi incert care îl expune riscului unor pierderi, ce nu pot fi în niciun mod cuantificate la momentul depunerii ofertelor. Din moment ce Antreprenorului i se transferă obligaţia protejării oricăror utilităţi suplimentare, înseamnă că i se pun în sarcină şi posibilele întârzieri cauzate de procedurile la nivelul unor proprietari de utilităţi, precum şi de duratele activităţilor de proiectare şi apoi de execuţie, toate acestea fiind în afara controlului Antreprenorului, dar pentru care i se vor aplica - în mod evident, injust, abuziv şi nelegal, prevederile subclauzei 8.7 (Penalităţi de întârziere).

Autoritatea arată că prin măsurile de remediere publicate în data de 16.06.2017, a dispus următoarele: ,,Avand in vedere Anexa nr. 1 la Ordinul MT nr. 600/2017, respectiv sub-clauza 8.4 din Conditiile Speciale de Contract "Antreprenorul nu va avea dreptul de a solicita prelungirea Duratei de Executie și/sau costuri suplimentare rezultate din urmatoarele cauze: [...] h) necesitatea obținerii unor noi avize, acorduri si autorizatii (sau revizuirea acestora); i) necesitatea demolarii partiale sau totale a lucrarilor deja executate si implicit refacerea acestora; j) necesitatea protejarii oricăror utilități [...]", urmatorul paragraf din cap. 2.1.1 din Cerintele Beneficiarului se revizuieste **prin eliminarea sintagmei "din orice cauze" și va avea următorul continut**:

"De asemenea, Antreprenorul va renunța în mod explicit și irevocabil la dreptul de a solicita extinderea Duratei de Execuție a Contractului și/sau costuri suplimentare cât și în cazul apariției uneia sau mai multor situații, ca de exemplu:

-devine necesară obținerea unor noi avize, acorduri și autorizații (sau revizurirea acestora);

-devine necesară demolarea parțiala sau totală a lucrărilor deja executate și implicit refacerea acestora;

-devine necesară protejarea și/sau relocarea unor utilități"

Consiliul reține că eliminarea sintagmei "din orice cauze" nu schimbă sensul clauzei respectiv, deci nu se poate considera că respectiva critică a rămas fără obiect.

Verificând clauza 8.4 –Prelungirea duratei de execuție din Condițiile speciale, clauză la care face referire autoritatea în măsura de remediere, aceasta are următorul conținut: *,,Antreprenorul va avea dreptul, cu condiția respectării prevederilor Sub-Clauzei 20.1 [Revendicările Antreprenorului] la o prelungire a Duratei de Execuție dacă și în măsura în care terminarea Lucrărilor potrivit prevederilor Sub-Clauzei 10.1 [Recepția Lucrărilor și a Sectoarelor de Lucrări], este sau va fi întârziată de următoarele cauze:*

(a) *o Modificare (dacă nu s-a convenit o actualizare a Duratei de Execuție potrivit prevederilor Sub-Clauzei 13.3 [Procedura de Modificare]),*

(b) *un motiv de întârziere care acordă dreptul prelungirii Duratei de Execuție potrivit prevederilor unei Sub-Clauze din aceste Condiții de Contract,*

(c) *condiții climaterice adverse speciale care au o influență directă asupra progresului Lucrărilor și care survin în intervalul martie-noiembrie, inclusiv condiții de temperatură, precipitații și/sau vânt definite drept condiții climaterice mai dificile decât media lunară pe ultimii 10 ani pentru lunile relevante plus sau minus variația lunară standard pentru un interval de 10 ani pentru lunile relevante, valoare măsurată de către Institutul Național de Meteorologie la stația meteorologică cea mai apropiată unde condițiile climaterice sunt comparabile cu cele prezente pe șantier.*

Stabilirea perioadei de aplicabilitate nu va fi mai mare decât timpul actual, măsurat în zile, derivat din analiza statistică și nu va include zile suplimentare considerate necesare pentru a remedia condițiile prezente pe șantier care au fost afectate de variațiile climaterice adverse speciale. Cei trei factori climaterici: temperatura, precipitații; vânt vor fi luați în considerare în combinație sau separat și estimat dacă ziua respectivă se califică drept o zi cu condiții climaterice adverse speciale sau nu.

(d)lipsa Imprevizibilă a personalului sau a Bunurilor, datorată unor epidemii sau acțiuni guvernamentale, sau

(e)o întârziere, impediment sau obstacol cauzate de, sau care pot fi atribuite altor antreprenori ai Beneficiarului care își desfășoară activitatea pe șantier, dacă în fiecare caz care a apărut, Antreprenorul nu-l putea evita sau preîntâmpina

f) o intarziere, impediment sau obstacol ca urmare a solicitarilor suplimentare ale proprietarilor retelelor de utilitati, a aparitiei unor situri arhologice suplimentare, a depasirii culoarului/coridorului de expropriere, a solicitarilor suplimentare ale:

-autoritatilor de mediu, autoritatilor locale/centrale cerute prin diverse avize/acorduri/autorizatii, acorduri internationale, conventii, intelegeri ale statului/autoritatilor cu alte state.

g) aparitiei unor elemente independente de vointa Antreprenorului

Dacă Antreprenorul se consideră îndreptățit la o prelungire a Duratei de Execuție, Antreprenorul va înștiința Inginerul potrivit prevederilor Sub-Clauzei 20.1. [Revendicările Antreprenorului]. Atunci când va stabili o prelungire a Duratei de Execuție conform prevederilor Sub-Clauzei 20.1, Inginerul va revedea cele stabilite anterior și va putea majora dar, în niciun caz, nu va putea reduce perioada cumulată de prelungire.

***Antreprenorul nu va avea dreptul de a solicita prelungirea Duratei de Execuție și/sau costuri suplimentare rezultate din urmatoarele cauze** :*

a) apariția necesității de exproprieri suplimentare din cauza modificarilor propuse de Antreprenor în cadrul Proiectului Tehnic de Executie;

b) modificari propuse de Antreprenor asupra Proiectului Tehnic de Executie initial elaborat de acesta și aprobat de Beneficiar;

c) revizuirea Acordului de Mediu din cauza modificarilor propuse de Antreprenor in cadrul Proiectului Tehnic de Executie;

d) revizuirea/actualizarea indicatorilor tehnico-economici initiali avizati prin Hotarare de Guvern din cauza modificarilor propuse de Antreprenor in cadrul Proiectului Tehnic de Executie;

e) erori de proiectare;

f) studii de teren insuficiente care conduc la solutii tehnice eronate;

g) elaborarea de proiecte incomplete, proiecte care prezintă soluții neconforme, proiecte care conțin neconcordanțe între diferitele secțiuni ale acestora, proiecte care conduc la nerealizarea nivelului de calitate al construcțiilor corespunzător cerințelor aplicabile, proiecte care necesită completarea/refacerea documentației tehnice in urma verificarii acestora de catre Verificatorul autorizat.

h) necesitatea obtinerii unor noi avize, acorduri si autorizatii (sau revizuirea acestora);

i) necesitatea demolarii partiale sau totale a lucrarilor deja executate si implicit refacerea acestora,

j) necesitatea protejarii oricaror utilități

k) pentru completarea/refacerea documentației tehnice (Declarația de proiectare, Proiectul pentru autorizarea executării lucrărilor (PAC) și Proiectul Tehnic de Execuție).

Astfel cum este structurată clauza respectivă, rezultă că Antreprenorul nu va avea dreptul de a solicita prelungirea Duratei de Execuție și/sau costuri suplimentare în situațiile generate de motive imputabile lui cauzate de culpa sa, sau de modificări ale proiectului aprobat inițial, la inițiativa sa. Este clar că punctele h, i și j din partea a II-a a clauzei respective trebuie interpretate tot în contextul general al întregii clauze, respectiv necesitatea obtinerii unor noi avize, acorduri si autorizatii (sau revizuirea acestora) necesitatea demolarii partiale sau totale a lucrarilor deja executate si implicit refacerea acestora, necesitatea protejarii oricaror utilități ca urmare a modificarilor propuse de Antreprenor asupra Proiectului Tehnic de Executie initial elaborat de acesta și aprobat de Beneficiar sau ca urmare a oricăror alte situații din cadrul subclauzei respective, cum ar fi erori de proiectare, studii de teren insuficiente care conduc la solutii tehnice eronate, elaborarea de proiecte

incomplete, proiecte care prezintă soluții neconforme, proiecte care conțin neconcordanțe între diferitele secțiuni ale acestora, proiecte care conduc la nerealizarea nivelului de calitate al construcțiilor corespunzător cerințelor aplicabile, proiecte care necesită completarea/refacerea documentației tehnice in urma verificarii acestora de catre Verificatorul autorizat etc.

În același timp, menționarea la clauzei 2.1.1 din Cerințele beneficiarului a obligației Antreprenorului de a renunţa în mod explicit şi irevocabil la dreptul de a solicita extinderea Duratei de Execuţie a Contractului pentru motivele arătate apare ca o necoordonare a documentelor contractuale, din moment ce în Condițiile speciale se menționează că antreprenorul nu are dreptul la extindere de termen și plată suplimentară pentru acele motive, iar în cerințele beneficiarului se menționează că renunță explicit, nefiind posibil să renunțe la ceva la care nu are dreptul. Deci, simpla excludere a sintagmei **"din orice cauze"** operată de autoritatea contractantă nu este suficientă pentru corectarea Cerințelor beneficiarului, fiind necesară coordonarea documentelor contractului în sensul clauzei din Condiții speciale, cu menționarea că situațiile prevăzute la lit. h, i și j se referă tot la întârzieri și costuri suplimentare cauzate de antreprenor. În situația în care nu s-ar produce o astfel de modificare, s-ar desprinde concluzia că indiferent de motivul pentru care pe parcursul derulării contractului apare necesitatea obținerii unor noi avize, acorduri și autorizații sau revizuirea celor existente, inclusiv dispoziții legale noi sau expirarea celor existente din cauza autorității contractante care nu asigură fonduri pentru desfășurarea lucrării la timp, operatorul economic nu poate cere nici decalarea termenului, nici sume suplimentare, deși nu este vina lui și nu avea cum să prevadă o astfel de situație.

Totodată, Consiliul consideră nerelevante apărările autorității contractante prin invocarea clauzei 8.1 începerea lucrărilor din Condiții speciale de contract și cap. 7 Utilități din Cerințele beneficiarului, deoarece, așa cum s-a arătat, clauza 8.4 se referă la Prelungirea duratei de execuție din Condițiile speciale, prevederea referitoare la utilități din cadrul acestei clauze fiind derogatorie de la cap. 7 Utilități din Cerințele beneficiarului.

În ceea ce privește susținerea contestatoarei referitoare la diferenţa de tratament vădită între părţile contractante constând în suportarea de daune-interese doar de către una dintre ele, respectiv de către viitorul Antreprenor, de natură a tulbura echilibrul contractual, fiind unidirecționale, cum ar fi penalităţile prevăzute la Sub-clauzele 4.17, 4.21, 4.23, 6.1, 8.3, 8.6, 8.7, 11.1, 14.7, contestatoarea consideră că respectivele clauze intră în sfera clauzelor abuzive, astfel cum sunt ele definite la art. 12 din Legea nr. 72/2013 privind măsurile pentru combaterea întârzierii în executarea obligaţiilor de plată a unor sume de bani rezultând din contracte încheiate între profesionişti şi între aceştia şi autorităţi contractante. Autoritatea contractantă invocă faptul că acest contract este unul administrativ, preponderent de drept public, fiind supus Legii contenciosului administrativ. Consiliul consideră concludente în parte susținerile autorității contractante, respectiv faptul că actul ce se va semna de părți este unul administrativ. Cu toate acestea, dispozițiile Legii

nr. 72/2013 privind măsurile pentru combaterea întârzierii în executarea obligaţiilor de plată a unor sume de bani rezultând din contracte încheiate între profesionişti şi între aceştia şi autorităţi contractante se aplică și contractelor administrative, acest lucru rezultând chiar din titulatura legii, deci chiar și autoritățile contractante sunt obligate să asigure un echilibru în contractele în care sunt părți. Consiliul consideră că regimul de putere publică nu înseamnă că una din părțile contratului este insignifiantă și că trebuie să adere necondiționat la actul întocmit de autoritatea contractantă, indiferent de clauzele sale. Sensul Legii nr. 554/2004, invocată de autoritatea contractantă, este tocmai acela al posibilității particularilor de a ataca actul de putere exercitat abuziv de stat. Potrivit art. 12 din Legea nr. 72/2013, ,,Practica sau clauza contractuală prin care se stabileşte în mod vădit inechitabil, în raport cu creditorul, termenul de plată, nivelul dobânzii pentru plata întârziată sau al daunelor-interese suplimentare este considerată abuzivă". În acest sens, prevederile acordului contractual, astfel cum a fost publicat în SEAP în data de 15.06.2017, stabilesc la pct. 18.3, că ,,Părţile cunosc și garantează, în virtutea prevederilor Legii nr. 72/2013 cu modificări si completări ulterioare si O.G. nr. 13/2011 cu modificări si completări ulterioare, că relaţiile contractuale dintre părţi se desfăsoară pe principii de bună credinţă si cu respectarea acestor dispoziţii legale, **înţelegând că nicio clauză a contractului nu este abuzivă prin prisma dispoziţiilor legale enunţate luând in considerare prevederile art. 15 alin. (1) din Legea nr. 72/2013 cu modificari și completari ulterioare**.'' Astfel, deși autoritatea invocă prevederile Legii nr. 72/2013, aceasta impune în modelul de acord contractual clauza respectivă, prin care părțile, a priori, declară că nicio clauză nu este abuzivă. Chiar dacă o astfel de clauză nu este declarată expres de lege drept una abuzivă, ea este contrară ordinii publice, deoarece partea este pusă în situația de a renunța la dreptul său de a declanșa un proces pentru denunțarea unor clauze abuzive lovite de nulitate absolută. Astfel, chiar dacă partea nu a remarcat o clauză abuzivă la semnarea contratului, nu poate pierde dreptul de a se adresa instanței prin semnarea acestei declarații exprese. Prin urmare, dacă termenul de plată maximum legal este de 30 zile, complexitatea contractului nu reprezintă un motiv suficient a-l extinde la 60 zile, iar declarația expresă că termenul astfel extins este legal, nu îi schimbă caracterul de clauză abuzivă.

Potrivit formularului anexă la ofertă pentru procedura de achizitie publică proiectare și executie publicat în SEAP în data de 15.06.2017, în cadrul contractului sunt prevăzute în sarcina antreprenorului următoarele penalități:

Penalităţi de intarziere	4.17	1500 lei/zi de intarziere incepand cu a 6-a zi de la data transmiterii Ordinului de mobilizare pana la data mobilizarii categoriilor de Utilaje ale Antreprenorului mentionate in Ordinul de mobilizare
Penalităţi de întârziere	4.21	20.000 Lei/zi
Penalităţi de întârziere	4.23	0,1% pe zi din Valoarea de Contract Acceptată

Penalităţi de întârziere	4.23	50.000,00 lei/ zi pentru nerespectarea dispozitiilor privind curatenia pe santier
Penalităţi de intarziere	6.1	1500 lei/zi de intarziere incepand cu a 6-a zi de la data transmiterii Ordinului de mobilizare pana la data mobilizarii categoriilor de Personal mentionate in Ordinul de mobilizare
Penalităţi pentru fiecare persoană înlocuită	6.1	60.000,00 lei/inlocuire personal cheie si, daca este cazul, 1500 lei/zi de intarziere incepand cu a 41-a zi de la data producerii evenimentului si pana la data comunicarii aprobarii de catre Beneficiar a unui nou personal cheie propus de Antreprenor.
Penalităţi de întârziere	11.1 amendata prin art. 14 din Acordul Contractual	100.000,00 lei pe zi
Penalităţi pentru neplata subantreprenorilor	14.7	60.000 lei
Penalităţi de întârziere	8.6	1.000.000 lei pentru intarzierea in atingerea unui punct de referinta
Penalităţi de întârziere	8.6	Antreprenorul nu va prezenta Declaratia de Proiectare pe Sectoare/ Sectiuni/ Etape/ Portiuni sau alte asemenea, iar in conditiile in care aceasta situatie va aparea, Beneficiarul va returna Declaratia de Proiectare si va aplica o penalitate Antreprenorului in cuantum de 250.000 lei/fiecare eveniment
Limita penalităţilor de întârziere	8.7	15% din Valoarea de Contract Acceptată
Penalităţi de întârziere	8.7	0,1% pe zi din Valoarea de Contract Acceptată
Penalităţi de întârziere	8.7	Daca termenul asumat pentru activitatea de proiectare nu este indeplinit si se depaseste termenul mentionat in Anexa la Oferta, exclusiv din culpa Antreprenorului, atunci Beneficiarul va aplica Antreprenorului o penalitate in valoare de 3.200.000 lei /luna, in cazul in care nu se decide rezilierea contractului.

Față de anexa la formularul de ofertă depus inițial în SEAP, în cea revizuită a apărut o singură modificare, respectiv penalitatea prevăzută la 4.21, pentru nedepunerea rapoartelor privind evoluția execuției lucrărilor, care vor fi prezentate în fiecare lună, în termen de 7 zile după ultima zi a perioadei cuprinse în raport. Astfel, în formularul inițial penalitatea era de 0,1% pe zi din Valoarea de Contract Acceptată, iar în urma măsurilor de remediere, penalitatea a fost modificată substanțial, la 20.000 lei/zi întârziere.

În ceea ce privește penalitatea de la clauza 4.23, de 50.000,00 lei/ zi pentru nerespectarea dispozitiilor privind curățenia pe șantier, Consiliul consideră a fi excesivă. Chiar dacă gravitatea faptei este mare, respectiv pierderi de material din camioane, depozitarea necontrolată și utilaje murdare care ies din șantier, suma respectivă este deosebit de

importantă, autoritatea contractantă trebuie să caute să se încadreze în limite cât mai apropiate de cuantumul unei amenzi pentru o faptă similară, respectiv murdărirea cu noroi a drumului public sau deversări accidentale de materiale de construcții, astfel cum sunt acestea prevăzute Ordonanţa nr. 43/1997 privind regimul drumurilor, deoarece cuantumul de 50.000,00 lei/ zi aduce mai mult cu o amendă penală, decât cu o penalitate contractuală, fiind mult dezechilibrată și neproporțională în raport cu abaterea săvârșită.

În același timp, din analiza condițiilor speciale și a acordului contractual, nu rezultă pentru ce anume se aplică penalitatea de 0,1% pe zi din Valoarea de Contract Acceptată stabilită în anexă pentru aceeași clauză 4.23. Chiar dacă autoritatea susține că în noua anexă la contract a precizat acest lucru, Consiliul reține că precizarea respectivă se referă doar la cea în cuantum fix, și nu la cea procentuală. Prin urmare, este necesară clarificarea acestui aspect și modificarea cuantumului penalității pentru curățenia în șantier.

În ceea ce privește restul penalităților criticate, Consiliul reține că penalitatea de la 4.17 poate fi recuperată în condițiile în care Antreprenorul reuseste sa recupereze intarzierea si sa se incadreze in programul de execuție aprobat de catre Inginer conform Sub-clauzei 8.3 [Programul de Executie], deci clauza este una rezonabilă, aceeași situație fiind și pentru clauza 6.1- 1500 lei/zi de întârziere începand cu a 6-a zi de la data transmiterii Ordinului de mobilizare, până la data mobilizării categoriilor de Personal menționate în Ordinul de mobilizare. Chiar dacă societatea contestatoare consideră că aceste penalități se dublează, Consiliul apreciază că asigurarea succesului contractului nu înseamnă că se pot aplica penalități doar la final, ci autoritatea trebuie să aibă instrumente de a-l constrânge pe antreprenor să reintre în grafic, tocmai pentru a se asigura că lucrarea este finalizată la termen. Este imposibil ca un antreprenor să se încadreze în termenul final dacă nu respectă termenele intermediare, în condițiile de calitate impuse de contract. Dacă antreprenorul, printr-o mai bună mobilizare și organizare recuperează întârzierea, acesta nu va avea nicio penalitate.

În ceea ce privește penalitatea de 60.000,00 lei/înlocuire personal cheie si, daca este cazul, 1500 lei/zi de intarziere incepand cu a 41-a zi de la data producerii evenimentului si pana la data comunicarii aprobarii de catre Beneficiar a unui nou personal cheie propus de Antreprenor, Consiliul o consideră una rezonabilă, din moment ce experiența personalului cheie este stabilită și ca factor de evaluare. Astfel, pentru a preveni o posibilă fraudă prin declararea unui personal cu experiență în vederea dobândirii punctajului maxim, iar apoi lucrările să fie realizate de alte persoane, o astfel de clauză este utilă.

În ceea ce privește penalitatea din clauza 11.1 amendată prin art. 14 din acordul contractual, de 100.000 lei/zi întârziere, Consiliul constată că documentele contractuale au următorul conținut:

-art. 14 din acordul contractual: ,,Se completează Sub-clauza 11.1 [Terminarea Lucrărilor Neexecutate și Remedierea Defecţiunilor] din Condițiile Speciale ale Contractului cu urmatorul text: "În cazul în care Antreprenorul înregistrează întârzieri în respectarea oricarei dintre

obligațiile prezentei Sub-Clauze, Beneficiarul va fi îndreptăţit sa aplice o sancţiune echivalentă cu cea indicată în "Anexa la Ofertă"."

-clauza 11.1 din Condiții speciale ,,Terminarea Lucrărilor Neexecutate și Remedierea Defecțiunilor

,,Pentru ca Lucrările și Documentele Antreprenorului și fiecare Sector de lucrări să corespundă prevederilor Contractului (cu excepția uzurii normale) înainte de expirarea Perioadei de Garanție a Lucrărilor sau cât mai curând posibil, Antreprenorul:

(a)va completa orice lucrare rămasă neterminată la data emiterii Certificatului de Recepție la Terminarea Lucrărilor, într-o perioadă rezonabilă menționată de către Inginer și

(b)va executa toate lucrările necesare pentru remedierea defectelor, fie ele aparente sau ascunse, sau degradărilor, conform solicitărilor Beneficiarului (sau făcute în numele acestuia), până la sau înainte de data de expirare a Perioadei de Garanție a Lucrărilor pentru Lucrări sau Sectoare de Lucrări (după caz).

Dacă se produc defecțiuni sau degradări, Antreprenorul va fi înștiințat în consecință de către (sau în numele) Beneficiar. Terminarea lucrărilor neexecutate, remedierea deficiențelor și recepționarea finală a Lucrărilor se vor efectua în conformitate cu legislația română în vigoare".

-clauza 11.4. din Condiții generale: Omisiunea Remedierii Defecțiunilor ,,Dacă Antreprenorul nu reușește să remedieze defecțiunile sau degradările într-un interval rezonabil de timp, Beneficiarul (sau o persoană în numele Beneficiarului) poate stabili o dată până la care este necesară remedierea defecțiunilor sau degradărilor și va transmite Antreprenorului o înștiințare referitoare la această dată. Dacă Antreprenorul nu reușește să remedieze defecțiunile sau degradările până la data stabilită în înștiințare și costul lucrărilor de remediere trebuia suportat de către Antreprenor potrivit prevederilor Sub-Clauzei 11.2 [Costul Remedierii Defecțiunilor], Beneficiarul poate (la alegerea sa):

(a) să execute lucrarea în mod corespunzător, cu forțe proprii sau prin intermediari, pe cheltuiala Antreprenorului, Antreprenorul fiind exonerat de responsabilitate pentru această lucrare iar Antreprenorul va plăti Beneficiarului, în conformitate cu prevederile Sub-Clauzei 2.5 [Revendicările Beneficiarului], costurile înregistrate de către Beneficiar pentru remedierea defecțiunilor sau degradărilor.

(b) să solicite Inginerului să convină sau să decidă o reducere rezonabilă a Prețului Contractului în conformitate cu prevederile Sub-Clauzei 3.5 [Stabilirea Modului de Soluționare]; sau

(c) să rezilieze întregul Contract sau partea de Contract care se referăla Lucrările care nu pot fi utilizate în scopul stabilit dacă defecțiunile sau degradările împiedică Beneficiarul la utilizarea Lucrărilor sau a unei părți semnificative a Lucrărilor.

Fără să prejudicieze celelalte drepturi, prevăzute în Contract sau alte drepturi, Beneficiarul va avea dreptul de a recupera toate sumele plătite pentru Lucrări sau pentru partea de Lucrări (după caz), împreună cu costurile de financiare și costurile aferente demontărilor și demolărilor necesare eliberării șantierului și returnării Echipamentelor și Materialelor Antreprenorului".

Din cuprinsul prevederilor Condițiilor speciale astfel cum au fost modificate prin Acordul contractul, nu se înțelege, în mod clar, modalitatea de aplicare a acestei penalități, respectiv pe eveniment sau pe toate evenimentele dintr-un anumit interval, ori pe fiecare notificare în parte. În același timp, Consiliul reține că pentru o lucrare de o asemenea complexitate pot fi multe remedieri necesare în perioada de garanție, cu atât mai mult cu cât aceasta va avea o perioadă importantă, între 5 și 10 ani. De asemenea, este posibil ca în această perioadă să apară și întârzieri în remedierea defecțiunilor. Dacă penalitatea se aplică pe fiecare defecțiune, indiferent de amplorea ei și de suma necesară remedierii, înseamnă că 10 defecțiuni minore neremediate în termenul stabilit de inginer, conduc la plata unor penalități de 1.000.000 lei/zi, indiferent de valoarea totală a acelor defecțiuni. Nu în ultimul rând, este de remarcat că modelul de contract Condiții generale prevede o procedură specifică de remediere a defecțiunilor, cu reținerea garanției de bună execuție, aceeași cu modalitatea prevăzută în legislația românească, respectiv art. 41 și 42 alin. (4) din HG nr. 395/2016 art. 25 lit. k) din Legea 10/1995 privind calitatea în construcții:

-Art. 41. - Autoritatea contractantă are dreptul de a emite pretenţii asupra garanţiei de bună execuţie, oricând pe parcursul îndeplinirii contractului de achiziţie publică/contractului subsecvent, în limita prejudiciului creat, în cazul în care contractantul nu îşi îndeplineşte din culpa sa obligaţiile asumate prin contract. Anterior emiterii unei pretenţii asupra garanţiei de bună execuţie autoritatea contractantă are obligaţia de a notifica pretenţia atât contractantului, cât şi emitentului instrumentului de garantare, precizând obligaţiile care nu au fost respectate, precum şi modul de calcul al prejudiciului. În situaţia executării garanţiei de bună execuţie, parţial sau total, contractantul are obligaţia de a reîntregii garanţia în cauză raportat la restul rămas de executat.

-art. 42 alin. (4) În cazul contractelor de lucrări, autoritatea contractantă are obligaţia de a elibera/restitui garanţia de bună execuţie după cum urmează:

a) 70% din valoarea garanţiei, în termen de 14 zile de la data încheierii procesului-verbal de recepţie la terminarea lucrărilor, **dacă nu a ridicat până la acea dată pretenţii asupra ei, iar riscul pentru vicii ascunse este minim**;

b) restul de 30% din valoarea garanţiei, la expirarea perioadei de garanţie a lucrărilor executate, pe baza procesului-verbal de recepţie finală.

-art. 25 lit. k) din Legea 10/1995 privind calitatea în construcții: Executantul lucrărilor de construcţii are următoarele obligaţii principale: remedierea, pe propria cheltuială, a defectelor calitative apărute din vina sa, atât în perioada de execuţie, cât şi în perioada de garanţie stabilită potrivit legii.

Prin urmare, reținerea atât a unei penalități exorbitate, cât și a garanției de bună execuție, în situația în care antreprenorul nu își execută obligațiile contractuale, apare ca fiind excesivă, fiind necesară eliminarea penalității prevăzute la art. 14 din acordul contractual astfel cum a fost publicat în SEAP.

În ceea ce privește penalitatea de 60.000 lei pentru neplata subantreprenorilor, prevăzută la clauza 14.7 din condiții speciale; Consiliul reține că în acordul contractual, autoritatea a prevăzut o procedură specifică de plată directă a sumelor din contul beneficiarului în contul subantreprenorilor. În aceste condiții, este necesară o precizare în ceea ce privește plata directă a acestor sume, din care să rezulte că pentru acești subcontractanți care au optat pentru plata directă, nu se percepe penalizarea respectivă.

În ceea ce privește penalitatea de 1.000.000 lei de la clauza 8.6 referitoare la intarzierea în atingerea unui punct de referință, Consiliul observă că și în cuprinsul acestei clauze autoritatea a prevăzut posibilitatea recuperării acestei penalități: ,,În cazul în care Antreprenorul reușește să respecte prevederile subclauzei 8.2. [Durata de Execuție] penalitățile aplicate în conformitate cu prevederile prezentei subclauze vor fi restituite Antreprenorului în primul Certificat Interimar de Plată emis după data Recepției la Terminarea Lucrărilor", deci condițiile sunt rezonabile.

Și în ceea ce privește penalitatea de 250.000 lei/eveniment pentru neîntocmirea declarației de proiectare în concordanță cu prevederile caietului de sarcini, autoritatea trebuie să aibă în vedere o procedură mai puțin drastică, cum ar fi, de exemplu, penalități mai mici, motivele returnării declarației motivate temeinic, prima returnare să nu atragă penalități și alte asemenea, deoarece cuantumul mare al penalităților și numărul mare al acestora este de natură a descuraja participarea la procedură, deci este necesară modificarea acestei penalități

În ceea ce privește penalitățile de la 8.7, respectiv 0.1% din valoarea întregului contract pentru nefinalizarea lucrării în termenul contractual și 3.200.000 lei/lună pentru nefinalizarea proiectului, Consiliul reține că ele sunt rezonabile, în contextul în care investiția este de o importanță deosebită. Chiar dacă în cifre absolute 0,1 % este o sumă mare, așa cum susține contestatoarea, orice întârziere înseamnă nefolosirea întregii investiții, și nu doar a părții de contract neexecutate, fiind absolut normală o penalitate calculată la valoarea contractului. Investiția în cauză este una deosebit de importantă, deci nu se poate accepta o penalitate de întârziere modică. Clauzele respective sunt în concordanță cu cele din Condițiile Generale, fiind acceptate uzual în practică. Totodată, Consiliul reține că în cadrul contractului, așa cum s-a prevăzut în clauza 8.4 –Prelungirea duratei de execuție din Condițiile speciale, citată mai sus, există numeroase situații pentru antreprenor de a solicita, în baza condițiilor respective, prelungirea rezonabilă a perioadei de execuție. Contractul de tip FIDIC Cartea Galbenă este favorabil anteprenorului din acest punct de vedere.

Cu privire la măsura de remediere solicitată asupra art. 8 din Acordul Contractual, în sensul instituirii unor prevederi pentru garanţia de bună execuţie, astfel încât să fie constituită o garanţie de bună execuţie pentru perioada de proiectare şi o garanţie de bună execuţie pentru perioada de execuţie, contestatoarea susține că indisponibilizarea unei sume extrem de mari cu aproximativ 2 ani înainte de începerea propriu-zisă a lucrărilor, fapt ce ar avea "un impact negativ major asupra fluxului de numerar şi, pe

cale de consecinţă şi asupra implementării contractului. Autoritatea contractantă subliniază că acesta este un risc asumat de orice ofertant în contextul unui proiect major, complex, în care valoarea garanţiei de bună execuţie este proporţională cu valoarea contractului. Pretinsul dezechilibru la nivelul fluxului de numerar poate fi compensat prin sumele plătite Antreprenorului, care de asemenea reprezintă sume semnificative în raport cu valoarea contractului.

Autoritatea contractantă susține că solicitarea contestatoarei contravine atât Ordinului MT nr. 600/30.05.2017, cât şi legislaţiei în domeniul achiziţiilor publice. Mai mult decât atât, în măsura în care contestatoarea este familiarizată cu condiţiile de contract FIDIC, noţiunea de garanţie de bună execuţie nu poate reprezenta pentru acesta un element de noutate, având în vedere că în cadrul unui contract, garanţia de bună execuţie se constituie de către contractant în scopul asigurării îndeplinirii cantitative, calitative şi în perioada convenită a contractului.

Consiliul consideră cererea respectivă drept nefondată. Chiar dacă contractul are două componente, nu există nicio rațiune a se constitui două garanții de bună execuție, în condițiile în care avem de-a face cu un singur antreprenor și un singur contract. Nu există nicio motivație logică sau juridică pentru a sparge garanția de bună execuție în două garanții, amploarea contractului reclamând operatori cu posibilități materiale care să asigure resursele necesare desfășurării contractului.

Având în vedere că obiectul contractului în cauză este de proiectare şi execuţie și că realizarea obiectului acestui contract este în sarcina unui singur Antreprenor, și având în vedere dispozițiile art. 39 alin. (1) (4) și (5) din HG nr. 395/2016, conform cărora ,,(1) Garanţia de bună execuţie a contractului se constituie de către contractant în scopul asigurării autorităţii contractante de îndeplinirea cantitativă, calitativă şi în perioada convenită a contractului de achiziţie publică/contractului subsecvent. (4) Autoritatea contractantă stabileşte valoarea garanţiei de bună execuţie prin raportare la complexitatea contractului de achiziţie publică/contractului subsecvent care urmează a fi executat, care însă nu trebuie să depăşească 10% din preţul contractului, fără TVA. (5) În cazul în care pe parcursul executării contractului de achiziţie publică se suplimentează valoarea acestuia, contractantul are obligaţia de a completa garanţia de bună execuţie în corelaţie cu noua valoare a contactului de achiziţie publică", Consiliul reține că este necesară o singură garanție de bună execuție, la valoarea întregului contract, deci critica este nefondată.

În ceea ce privește garanția de bună execuție, stabilită inițial conform art. 26 alin. (2) din acordul contractual, prin care se modifică ultimul paragraf al Contractului, după cum urmează: "Beneficiarul va returna Garanţia reţinută Antreprenorului în două tranşe, astfel:

a) 25% în termen de 28 de zile de la data primirii unei copii a Certificatului de Recepţie la terminarea Lucrărilor

b) 75% în termen de 28 de zile de la primirea Certificatului de Recepţie Finală", Consiliul reține că aceste tranșe au fost introduse în anexa la Ordinului MT nr. 600/30.05.2017.

Potrivit art. 42 alin. (4) din HG nr. 395/2016, ,,În cazul contractelor de lucrări, autoritatea contractantă are obligaţia de a elibera/restitui garanţia de bună execuţie după cum urmează:

a) 70% din valoarea garanţiei, în termen de 14 zile de la data încheierii procesului-verbal de recepţie la terminarea lucrărilor, dacă nu a ridicat până la acea dată pretenţii asupra ei, **iar riscul pentru vicii ascunse este minim**;

b) restul de 30% din valoarea garanţiei, la expirarea perioadei de garanţie a lucrărilor executate, pe baza procesului-verbal de recepţie finală''. Rezultă din textul respectiv că tranșele de 70% și 30%, deși sunt stabilite legal, pot fi modificate de autoritatea contractantă când riscul pentru vicii ascunse este mare. În situația acestui contrat, cu perioade de garanție mari, cu multe obligații ale antreprenorilor, autoritatea contractantă a apreciat că trebuie să rețină o tranșă mai mare decât cea legală perioadă mai mare de timp.

Întrucât ordinul Ordinului MT nr. 600/30.05.2017 este un act cu caracter normativ, dacă societatea contestatoare onsideră că procentele de restituire a garanției sunt dezechilibrate, ea poate ataca actul respectiv pe calea acțiunii directe, și nu la Consiliu, astfel cum este prevăzut la art. 4 alin. (4) din Legea nr. 554/2004, a contenciosului administrativ ,,Controlul judecătoresc al actelor administrative cu caracter normativ **se exercită de către instanţa de contencios administrativ în cadrul acţiunii în anulare, în condiţiile prevăzute de prezenta lege**", deci, având în vedere cuprinderea în Ordin a tranșelor respective, Consiliul va respinge ca inadmisibil capătul de cerere respectiv.

În ceea ce privește solicitarea contestatoarei referitoare la modificarea art. 17 din acordul contractual, respectiv extinderea demisiei și la alte forme de angajare, nu numai la contractele de muncă, Consiliul observă că societatea contestatoare interpretează greșit dispozițiile documentației. Este clar că demisia trebuie înțeleasă în contextul legislației muncii, alte tipuri de convenții civile nefiind guvernate de aceleași reguli. Deci, dacă specialiștii respectivi sunt angajați prin alt tip de contract, denunțarea unilaterală a acestui contract nu are efectul demisiei din dreptul muncii. Demisia luată în considerare de autoritatea contractantă se referă strict la angajații cu contract de muncă, deoarece angajații cu convenții civile pentru această lucrare nu se bucură de aceeași ușurință de a ieși din contract, convenția fiind guvernată de prevederile art. 1270 alin. (1) Codul civil, care stabilește forța obligatorie a contractului: „Contractul valabil încheiat are putere de lege între părţile contractante”. Nu se pune problema demisiei din acest tip de contract, ci a denunțării unilaterale, care nu poate fi acceptată, având în vedere că experții cheie declarați în ofertă au adus operatorului punctaj suplimentar, fiind nelegală și imorală folosirea acestora doar în acest scop, cunoscând că ei nu vor realiza niciodată activitățile la care s-au obligat. Prin urmare, solicitările contestatoarei sunt nefondate.

În ceea ce privește solicitarea contestatoarei de modificare a Anexei la Ofertă se prevede că valoarea minimă a Certificatelor Interimare de Plată respectiv 1% din Valoarea de Contract Acceptată pentru durata de proiectare, 2% şi 5% pentru perioadele de construcţie, Consiliul reține că

autoritatea a modificat în parte respectiva cerință, în sensul că certificatul de 5% a fost transformat în 3%. Modificarea nu schimbă substanțial solicitarea contestatoarei, aceasta fiind în sensul eliminării acestei prevederi din Anexa la Ofertă deoarece, având în vedere că valoarea estimată a acestui contract este de aproximativ 2,2 miliarde lei şi că aceste procente sunt nerealist de mari pentru valoarea minimă a unor Certificate de Plată, aceasta fiind de natură să conducă la blocaje majore ale fluxului de numerar al Antreprenorului precum şi ale plăţilor pe care le poate face autoritatea contractantă, deci contestatoarea nu dorește existența unei limite procentuale. Consiliul nu reține existența vreunei disproporții în această modalitate de stabilire a valorii certificatelor de plată, cu atât mai mult cu cât perioada de derulare a contractului este de 54 luni. Deci, situațiile de lucrări dacă se depun lunar, reprezintă, în medie, grosso modo, 2%, cu abateri în perioada de proiectare și perioadele de vară. Deci, procentele respective asigură în perioadele de timp favorabil chiar decontări bilunare, deci nu se pune problema unui blocaj din acest motiv.

Contestatoarea solicită să fie modificată valoarea asigurării de răspundere profesională pentru proiectare, prevăzută în Anexa la Ofertă coroborat cu Sub-Clauza 18.5 care este solicitată în sumă de 10% din valoarea de Contract Acceptată, arătând că suma este prea mare pentru valoarea serviciilor de proiectare, iar un proiectant nu poate obține o asemenea asigurare.

Consiliul va repinge critica respectivă, suma fiind cea prevăzută atât în condițiile speciale de contract aprobate prin Ordinul nr. 146/2011, cât și prin Ordinul nr. 600/2017.

Cu privire la prevederea din art 18.1 din Acordul Contractual, contestatoarea solicită să fie indicat un termen limită maximal până la care Inginerul să fie obligat să trimită Antreprenorului o înştiinţare privind data de începere a execuţiei lucrărilor. Aceasta deoarece în caz contrar se poate ajunge la situaţia absurdă în care viitorul Antreprenor să fie obligat să rămână blocat în cadrul contractului pe o perioadă nedeterminată de timp cu toate consecinţele financiare ce decurg din aceasta şi fără a putea solicita compensaţiile care i s-ar cuveni în mod legitim. Autoritatea se apără în sensul că emiterea înştiinţării privind data de începere a Lucrărilor este condiţionată şi de finalizarea Proiectului Tehnic de Execuţie, aspect care depinde de modalitatea în care Antreprenorul îşi desfăşoară activităţile de proiectare și că potrivit sub-clauzei 8.1. [începerea Lucrărilor] din noile Condiţii Speciale de Contract, înştiinţarea privind data de începere a Lucrărilor poate fi emisă şi pe Secţiuni/Sectoare, lucru care nu va conduce la blocarea Antreprenorului în cadrul contractului pe o perioadă nedeterminată de timp, după cum afirma contestatoarea.

Consiliul constată că răspunsul autorității nu are nimic în comun cu solicitarea contestatorului. Problema supusă analizei se referă la posibilitatea abandonării proiectului sau tergiversării lui după predarea proiectului tehnic, fără înștiințarea antreprenorului. Din moment ce nu există o perioadă maximă în care antreprenorul să emită ordinul de începere a lucrărilor, posibilitatea invocată de contestatoare există, acesta neavând posibilitatea să pună în întârziere autoritatea. În același timp,

lămurirea acestui aspect îi este utilă oricărui antreprenor, fiind necesară o previzionare în timp a necesarului de resurse materiale, umane și logistice pentru desfășurarea unei astfel de activități. Este normal ca autoritatea să stabilească un calendar estimativ între data predării proiectului cu verificările aferente și data emiterii ordinului de începere a lucrărilor, niciun operator nefiind în măsură să blocheze resursele necesare pentru o astfel de lucrare pe timp nelimitat. Astfel cum este prezentată anexa la ofertă, Durata de Execuţie este de ,,Minim 48 luni – Proiectare si Executie Lucrari (din care: - mimim 12 luni perioada de proiectare care include si Proiectul pentru Autorizatia de construire - 36 luni perioada de executie); Maxim 54 luni – Proiectare si Executie Lucrari (din care: - maxim18 luni perioada de proiectare care include si Proiectul pentru Autorizatia de construire - 36 luni perioada de executie)", rezultând că perioadele sunt consecutive, fără pauze între ele. Teama operatorului este, însă, justificată, existând în practică numeroase proiecte, mai mari sau mai mici, abandonate. Prin urmare, este necesar ca autoritatea să stabilească un termen maxim la care va emite ordinul de începere a lucrărilor.

Cu privire la prevederea din art. 19.1 din Acordul Contractual - Conţinutul sub-paragrafului b) din cadrul paragrafului 5, contestatoarea apreciază că există o neconcordanţă majoră între prevederile art. 14.2 şi cele ale art. 19.1 din Acordul contractual, motiv pentru care se impune modificarea sub-paragrafelor citate în sensul în care, pentru încadrarea în punctul de referinţă, documentele de proiectare menţionate urmează să fie depuse spre verificare şi/sau ştampilate de către verificatorii de proiect

Contestatoarea solicită luarea măsurilor de remediere în sensul modificării sub-paragrafelor citate având în vedere că potrivit art. 14.2 din Acordul contractual verificatorii autorizaţi sunt angajaţi de către Beneficiar, Antreprenorul neavând nicio responsabilitate în acest sens.

Autoritatea arată că potrivit Acordului Contractual revizuit prin măsura de remediere adoptată ca urmare a publicării noilor Condiţii Speciale de Contract, prin clauza 8.6 [Ritmul evoluţiei lucrărilor], indicatorii aferenţi punctului de referinţă nr. 2 au fost revizuiţi.

Deşi verificarea PAC şi PTE intră în sarcina Beneficiarului prin contractarea verificatorilor independenţi, programul de verificare a acestor documente de proiectare va fi stabilit cu Antreprenorul, astfel încât acesta să nu încalce termenul asumat. În acest sens, în Condiţiile Beneficiarului, la pct. I 6.6, au fost stipulate următoarele prevederi: "[...] Antreprenorul va stabili un program de verificare a Proiectului Tehnic de Execuţie/ Detaliilor de Execuţie şi îi va transmite Beneficiarului astfel încât să poată facilita eficient procesul de verificare. Proiectul Tehnic de Execuţie va fi considerat final, numai după ce va fi verificat şi ştampilat de către Verificatorii autorizaţi". Autoritatea contractantă a stabilit prin Cerinţele Beneficiarului, pct. 3.8.7, un termen obligatoriu pentru analiza şi verificarea documentelor depuse de Antreprenor, precum şi pentru revizuirea, dacă este cazul, a documentelor depuse, astfel: *"Verificatorul atestat va analiza documentele depuse în termen de 30 zile de la primire. Antreprenorul va remedia orice elemente deficiente identificate în timpul verificării şi va retransmite respectivele părţi spre verificare",* inițiind, în același timp, demersuri pentru achiziţia serviciilor de verificator proiect

conform Legii nr. 10/1995, astfel încât să nu apară întârzieri în cadrul contractului de proiectare şi execuţie.

Consiliul reține că respectiva critică a rămas fără obiect.

Contestatoarea solicită obligarea autorităţii contractante să adopte măsurile de remediere cu privire la art. 26 alin.(1) din Acordul Contractual *"Se completează al doilea paragraf al Sub-clauzei 14.3 [Prezentarea Situaţiilor Interimare de Lucrări] din Condiţiile Speciale ale Contractului cu lit. h) după cum urmează: "h) deducerea unor sume aprobate în Certificatele de Plată anterioare care au fost declarate de către de organele de control abilitate ca fiind necuvenite/nelegale"*, în sensul de a adăuga la finalul Sub-Clauzei *"urmare a unei decizii rămase definitive"* deoarece în lipsa unei astfel de menţiuni, s-ar ajunge la măsuri arbitrare ale autorităţii contractante care, poate chiar urmare a unor erori proprii, a fost sancţionată de organele de control. Autoritatea susține că a remediat acest aspect, prin introducerea în Condiții speciale, în clauza 14.3 a literei h). Verificând cele susținute de autorittae, Consiliul reține că modificarea nu este în sensul solicitat de contestatoare, ,,Situația de lucrări va include următoarele valori, după caz, care vor fi exprimate în monedele în care se plătește Prețul Contractului, în ordinea de mai jos: (h) deducerea unor sume aprobate în Certificatele de Plată anterioare care au fost declarate de catre de organele de control abilitate ca fiind necuvenite/nelegale", deci clauza este întocmai celei criticate. Consiliul constată că societatea contestatoare pretinde, prin clauza respectivă, ca autoritatea să atace actul prin care organele de control abilitate a declarat ca fiind necuvenite/nelegale sumele respective, aspect puțin probabil în practica administrativă din România. Cu atât mai mult, interesul este al antreprenorului, și nu al autorității contractante, deci cel care trebuie să își exercite căile de atac contractuale este chiar antreprenorul, în condițiile în care consideră că autoritatea a reținut nelegal sumele respective, iar organul de control a reținut greșit situația de fapt. Autoritatea nu poate fi obligată prin contrat să îl apere pe antreprenor și mai mult decât atât, acesta este cel mai în măsură să își exercite căile de atac. În același timp, introducerea dispoziției respective ar fi chiar defavorabilă contestatoarei, deoarece și neatacarea actului de control înseamnă că acesta a rămas definitiv.

În ceea ce privește solicitarea contestatoarei referitoare la obligarea autorităţii contractante să adopte măsuri de remediere cu privire la art. 40 din Acordul Contractual care prevede cazurile de denunţare unilaterală, respectiv să completeze această prevedere cu menţiunea expresă "din motive ce exced culpei Beneficiarului".

Verificând noile Condiții speciale, Consiliul reține că la clauza 7 sunt menționate următoarele:

7. Beneficiarul își rezerva dreptul de a denunța unilateral contractul de lucrari, în cel mult 15 zile de la aparitia unor circumstante care nu au putut fi prevăzute la data încheierii contractului și care conduc la modificarea clauzelor contractuale, în așa masură încât indeplinirea contractului respectiv ar fi contrară interesului public.

Beneficiarul are dreptul de a denunta unilateral prezentul contract si în situația în care alocarea resurselor financiare a fost sistată.

In cazurile prevazute mai sus, Antreprenorul are dreptul de a pretinde numai plata corespunzatoare pentru partea din contract îndeplinita până la data denunțării unilaterale a contractului, fără a putea solicita daune interese.

Fără a aduce atingere dispozițiilor dreptului comun privind încetarea contractelor sau dreptului Beneficiarului de a solicita constatarea nulității absolute a contractului de achiziție publică, în conformitate cu dispozițiile dreptului comun, Beneficiarul are dreptul de a denunța unilateral contractul de lucrari în perioada de valabilitate a acestuia în una dintre următoarele situații:

a) Antreprenorul se află, la momentul atribuirii contractului, în una dintre situațiile care ar fi determinat excluderea sa din procedura de atribuire potrivit Articolelor 164-167 din Legea privind achizitiile publice nr. 98/2016;

b) contractul nu ar fi trebuit să fie atribuit Antreprenorului respectiv, având în vedere o încălcare gravă a obligațiilor care rezultă din legislația europeană relevantă și care a fost constatată printr-o decizie a Curții de Justiție a Uniunii Europene.

Din contextul prevederilor respective, rezultă că primele două ipoteze reclamă introducerea în acordul contractual a sintagmei solicitată de operatorul economic "din motive ce exced culpei Beneficiarului". Astfel, dacă beneficiarul nu aprobă la timp o serie de documente punându-l pe antreprenor în situația de a nu lua măsurile necesare pentru conservarea unor lucrări, cu consecințe grave asupra șantierului, beneficiarul nu își poate invoca propria culpă pentru a ieși din contract. De altfel, situațiile enunțate, chiar și în lipsa acestei sintagme trebuie interpretate în acest mod, deoarece nimeni nu își poate invoca propria culpă pentru a câștiga un drept (Nemo auditur propriam turpitudinem allegans), respectiv cel de a fi exonerat de la plata daunelor interese. În ceea ce privește situațiile prevăzute la lit. a și b, ele sunt motive de constatare a nulității contractului. Că autoritatea le consideră motive de denunțare unilaterală a contractului, acest lucru nu îl vatămă pe antreprenor, din moment ce acesta poate ataca actul de denunțare în instanță, deci se poate apăra împotriva unei interpretări abuzive a acestei clauze.

Contestatoarea critică și prevederile Cap. IV.2.1) - Criterii de atribuire, printre criteriile de atribuire, invocând așa-numite inadvertențe între pct. 7, perioada de garanţie a lucrărilor, și pct. 9 şi 10 din acelaşi capitol care prevăd o garanţie de 20 ani pentru elemente componente ale lucrării. Punctajul maxim la pct. 7 se obţine în cazul în care se oferă o perioadă de garanţie a lucrărilor de 120 luni sau mai mare. Contestatoarea arată că în fişa de date, pentru criteriul de atribuire prevăzut la pct. 9 - „Perioada de garanţie a aparatelor de reazem" și la pct. 10 din criteriile de atribuire, referitor la perioada de garanţie a dispozitivelor de acoperire a rosturilor de dilatare, este prevăzut faptul că autoritatea contractantă acordă punctajul maxim pentru aparatele de reazem pentru ofertele care care prezintă o garanţie de 20 de ani, subliniind că în condiţiile în care pentru a obţine punctajul maxim la criteriul „Perioada de garanţie a lucrărilor" este necesar şi suficient să se acorde o perioadă de garanţie de 10 ani, pentru întreaga lucrare, o garanţie de 20 ani pentru elemente

componente ale lucrării apare cel puţin necorelată, dar şi nelegală, cu perioada de garanţie a lucrării, având consecinţe posibile asupra termenului/momentului eliberării integrale a garanţiei de bună execuţie, mai cu seamă că aparatele de reazem sunt componente ale lucrărilor de artă ce nu pot fi în niciun caz considerate distincte din punct de vedere fizic şi funcţional.

Consiliul consideră respectiva critică nefondată. Autoritatea a stabilit garanții disticte pentru lucrări și pentru cele două categorii de dispozitive, nefiind nicio dispoziție legală care să interzică o astfel de practică. Dacă în ceea ce privește posibilitatea apariției unor defecte calitative apărute din vina executantului în perioada de garanţie la partea de construcție, posibilitatea desființării integrale a construcției este, practic, nulă, chiar și în etapa de după expirarea garanției, în ceea ce privește înlocuirea dispozitivelor respective, acestea odată defectate, trebuie înlocuite integral. În ceea ce privește construcția, pe lângă garanția contractuală, mai există și o garanție pe toată durata de existenţă a construcţiei, pentru viciile structurii de rezistenţă rezultate din nerespectarea normelor de proiectare şi de execuţie în vigoare la data realizării ei, astfel cum este prevăzut la art. 30 din Legea nr. 10/1995 privind calitatea în construcții. Nici pentru această garanție legală nu se va bloca garanția de bună execuție, după cum nu există clauză contractuală că s-ar bloca parte din garanția de bună execuție pentru perioada de garanție suplimentară a aparatelor de reazem și elementelor de acoperire a rosturilor de dilatație, deci nu există niciun motiv pentru care Consiliul ar trebui să modifice aceste prevederi din fișa de date a achiziției. Dimpotrivă, garanția limitată în timp pentru aparatele de reazem este în beneficiun antreprenorului, în condițiile în care acestea fac parte din structura de rezistență a podului, pentru care garanția este pe toată durata de existență a construcției.

În ceea ce privește solicitarea contestatoarei referitoare la obligarea autorității contractante ca pe lângă completarea Formularului 5 privind „Aspecte tehnice ofertate suplimentar faţă de cerinţele minime ale documentaţiei de atribuire", în care ofertantul îşi exprimă opţiunea în cap. IV, V şi VI prin semnătură şi prin aplicarea ştampilei, să se introducă cu caracter expres şi obligatoriu în Graficul de Plăţi şi respectiv în Graficul de Preţuri activităţi referitoare la schimbarea stratului de uzură, perioada de garanţie a aparatelor de reazem şi a dispozitivelor de acoperire a rosturilor de dilataţie, a căror valoare să fie completată în funcţie de opţiunea care se va regăsi în Formularul 5.

Cu toate că cerința contestatoarei este de natură a crea confuzie, Consiliul reține că, în realitate, aceasta vizează factorul de evaluare ,,Schimbarea stratului de uzură în perioada suplimentar ofertata de garantie a lucrarilor 10.00% - 10.00 puncte". În fișa de date a achiziției, autoritatea contractantă a prevăzut următoarele informații pentru aplicarea acestui factor de evaluare: ,,*Descriere: Autoritatea contractantă acordă punctaj pentru ofertele care vor oferta și schimbarea stratului de uzură în perioada suplimentar ofertată de garanție a lucrărilor.*

Algoritm de calcul: Autoritatea contractanta acorda punctaj pentru ofertantii care vor oferta si schimbarea stratului de uzura în perioada suplimentar ofertată de garanție a lucrărilor, după cum urmează:

a) Se acorda 5 puncte ofertanților care au ofertat o perioada de garanție a lucrarilor de 96 luni în conditiile în care vor oferta si schimbarea la 5 ani a stratului de uzura executat in cadrul lucrarilor realizate. Schimbarea stratului de uzura va fi initiata in termen de maxim 1 luna de la trecerea primelor 60 luni aferente perioadei de garantie a lucrarilor si va fi realizata integral intr-un termen ce nu va depasi 6 luni.

Ofertantii vor prezenta in cadrul Propunerii Tehnice metodologia ce va fi utilizata pentru schimbarea stratului de uzura, precum si programul de executie al acestei activitati, astfel incat sa fie respectate termenele impuse prin factorul de evaluare.

b) Se acorda 10 puncte ofertantilor care au ofertat o perioada de garantie a lucrarilor de 120 luni in conditiile in care vor realiza si schimbarea la 5 si, ulterior, la 10 ani a stratului de uzura executat in cadrul lucrarilor realizate. Prima schimbare a stratului de uzura va fi initiata in termen de maxim 1 luna de la trecerea primelor 60 luni aferente perioadei de garantie a lucrarilor si va fi realizata integral intr-un termen ce nu va depasi 6 luni. A doua schimbare a stratului de uzura va fi initiata cu cel mult 6 luni inainte de expirarea perioadei de garantie a lucrarilor si va fi realizata integral pana la receptia finala a lucrarii.

Ofertantii vor prezenta in cadrul Propunerii Tehnice metodologia ce va fi utilizata pentru schimbarea stratului de uzura, precum si programul de executie al acestei activitati, astfel incat sa fie respectate termenele impuse prin factorul de evaluare.

Nota 1: Punctajele nu sunt cumulative. Ofertantii vor oferta fie pentru situatia indicata la litera a), fie pentru situatia indicata la litera b), in corelare cu optiunea exprimata la criteriul "Perioada de garantie a lucrarilor".

Nota 2: Nu se acorda punctaje intermediare.

Nota 3: Ofertantii care oferteaza doar perioada minima de garantie a lucrarilor de 60 luni nu vor primi punctaj pentru acest criteriu".

Contestatoarea dorește menționarea expresă a plății acestor lucrări pe perioada ofertată suplimentar, dar și extinderea obligațiilor referitoare la plata stratului de uzură în perioada garanției aparatelor de reazem, cu plata corespunzătoare a respectivelor lucări.

Autoritatea contractantă susține că factorii de evaluare trebuie să reflecte avantajele economice/financiare rezultate din asumarea în cadrul ofertelor depuse a unor angajamente suplimentare faţă de cerinţele minime ale documentaţiei de atribuire și că elementele care fac obiectul punctării în cadrul factorilor de evaluare nu sunt luate în calcul în ce priveşte estimarea valorii tocmai pentru că acestea trebuie să reflecte departajarea între ofertanţi, deoarece în situația în care aceste ,,avantaje'' ar fi plătite, nu ar mai fi avantaje.

Consiliul consideră că factorul de evaluare așa cum a fost stabilit de autoritatea contractantă respectă dispozițiile legale aplicabile, respectiv art. 187 din Legea nr. 98/2016 citat mai sus. Este cert că plata acestui ,,avantaj'' transformă respectivele lucrări într-unele obligatorii pentru toți ofertanții. Intrând convențional în perioada de garanție extinsă, înlocuirea stratului de uzură se va face pe cheltuiala antreprenorului, chiar dacă face parte din uzura normală a obiectivului, fără ca antreprenorul să aibă vreo

vină, potrivit clauzei 11.1 din Condiții speciale de contract. Totodată, fiind un factor de evaluare, operatorii au libertatea de a cuprinde sau nu în oferta lor aceste bonusuri, cu consecința obținerii unui punctaj mai mic. Prin urmare, ofertanții, atunci când stabilesc prețul ofertei, trebuie să aibă în vedere și aceste cheltuieli, în măsura în care ofertează o perioadă mai mare de garanție pentru lucrări.

În consecinţă, luând în considerare cele mai sus menţionate, în temeiul art. 26 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite în parte contestaţia formulată de SC ... SRL în contradictoriu cu .... SA, respectiv capetele de cerere referitoare la:

- modificarea clauzei 2.1.1 din Cerințele beneficiarului, în sensul coordonării cu clauza 8.4 din Condițiile speciale, astfel cum rezultă din motivare;

-precizarea modalității de percepere a penalității de 60.000 lei din conținutul clauzei 14.7 din Anexa la ofertă, astfel cum rezultă din motivare;

-eliminarea penalității de 1.000.000 lei/zi prevăzută la art. 14 din Anexa la ofertă;

-precizarea motivului aplicării penalității de 0,1% din valoarea contractului, prevăzută la art. 4.3 din Anexa la ofertă, astfel cum rezultă din motivare;

-modificarea penalității de 50.000,00 lei/ zi pentru nerespectarea dispozitiilor privind curatenia pe santier prevăzută la art. 4.3 din Anexa la ofertă, astfel cum rezultă din motivare;

-modificarea penalității de 250.000,00 lei/ eveniment pentru neprezentarea Declaratiei de Proiectare pe Sectoare/ Sectiuni/ Etape/ Portiuni sau alte asemenea, în conformitate cu prevederile caietului de sarcini, prevăzută la art. 8.6 din Anexa la ofertă, astfel cum rezultă din motivare;

-completarea art. 18.1 din acordul contractual cu indicarea unui termen maxim până la care Inginerul să fie obligat să transmită antreprenorului Ordinul de începere a execuției lucrărilor;

-completarea clauzei 7 din Condiții speciale cu sintagma ,,din motive ce exced culpei beneficiarului''.

În temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, respinge ca nefondate restul capetelor de cerere.

În ceea ce privește contestația depusă de SC .... SpA, aceasta critică documentaţia de atribuire pe motiv că ar conţine o serie de cerinţe contradictorii sau neclare care conduc la imposibilitatea întocmirii unei oferte competitive, fiind încălcate dispoziţiile art. 3 alin. (1) lit. z) art. 2 alin. (2) lit. d) şi art. 154 din Legea nr. 98/2016.

Prima critică formulată de contestatoare are în vedere o așa numită contradicție între Cerinţele Beneficiarului, pag. 16 *„Lucrările descrise la punctul 1.3 reprezintă soluţia din cadrul studiului de fezabilitate aprobat şi poate fi optimizată şi/sau îmbunătăţită numai în cadrul proiectului tehnic de execuţie, pentru secţiunea de drum de clasa tehnică III, cu condiţia păstrării funcţionalităţilor şi capacităţilor obiectivului",* deci în faza de ofertare, toţi ofertanţii trebuie să respecte întocmai Sudiul de Fezabilitate, fără a putea face optimizări/îmbunătăţiri al acestuia, și pag. 36, pct. 3.2

din același document, unde se menţionează faptul că: *„Cerinţele obligatorii prezentate în Studiul de Fezabilitate includ, cu excepţia cazurilor menţionate separat în Cerinţele Beneficiarului: Limitele şantierului, Cerinţele prevăzute în alte Avize/Acorduri, Cerinţele structurilor aşa cum sunt prevăzute în Anexa 5, Cerinţele de drum aşa cum sunt menţionate în Anexa 6, Indicatorii tehnico-economici",* dar și între Acordul contractual și fișa de date a achiziției, document care prevedere posibilitatea modificării contractului pe considerente de optimizare a proiectului tehnic de execuție.

Din cele expuse de contestatoare, Consiliul nu sesizează nicio contradicție, nerezultând de nicăieri că într-un document s-ar susține că în etapa de ofertare pot fi făcute propuneri de optimizare a soluției tehnice din studiul de fezabilitate, după cum nici între cele două prevederi din Cerințele beneficiarului nu rezultă astfel de contradicții. De altfel, pretenția autorității contractante de a nu fi făcute optimizări ale soluției din studiu în faza de ofertare este una firească, tocmai pentru a fi depuse oferte comparabile. Un alt aspect important este și acela că la acest moment, ofertanții nu au alte informații în afara celor publicate de autoritatea contractantă, deci orice soluție propusă de aceștia nu poate fi justificată temeinic. Ulterior, în etapa de proiectare, aceștia au la dispoziție timp și resurse pentru optimizarea soluției în acord cu autoritatea contractantă, deoarece lipsa acestui acord ar duce la neconformitatea ofertei. În acest sens, dispozițiile art. 12 alin. (1) din HG nr. 907/2016 stabilesc că ,,**Proiectul tehnic de execuţie** constituie documentaţia prin care **proiectantul** dezvoltă, detaliază şi, după caz, **optimizează,** prin propuneri tehnice, **scenariul/opţiunea aprobat(ă) în cadrul studiului de fezabilitate/documentaţiei de avizare a lucrărilor de intervenţii**''.

De altfel, chiar dispozițiile art. 23 din Legea nr. 10/1995 citate de contestatoare sunt în sprijinul celor de mai sus, în sensul că proiectanții răspunderea proiectului, textele respective nereferindu-se la ofertanți, obligațiile acestora fiind cele prevăzute în legislația specifică, respectiv art. Art. 123 alin. (1) din HG nr. 395/2016, care stabilește că ,,Ofertantul elaborează oferta în conformitate cu prevederile documentaţiei de atribuire'', nefiind nicăieri în legislație vreo prevedere în sensul că fiecare ofertant își reinventează propria documentație de atribuire. De asemenea, procedura în analiză este o licitație deschisă pentru proiectare și lucrări, în condiții acceptate la nivel mondial, conform regulilor FIDIC Cartea Galbenă, și nu un concurs de soluții în care fiecare ofertant să vină cu concepția sa proprie. În același timp, este nereală susținerea contestatoarei s-ar impune o tehnologie sau elemente constructive este falsă, în studiul de fezabilitate fiind prezentate scenarii/opţiuni tehnico-economice, și nu tehnologii de execuție. În același timp, și afirmația că ,,dacă s-ar lua în considerare faptul că în etapa de ofertare nu este permisă în niciun fel modificarea soluţiei tehnice, devine redundantă întocmirea unei oferte tehnice, întrucât potenţialii ofertanţi îşi pot pur şi simplu asuma execuţia proiectului pus la dispoziţie de către autoritatea contractantă prin intermediul unei declaraţii'' nu are nimic în comun cu situația prezentei proceduri, mai cu seamă că nu există un proiect,

realizarea proiectului fiind parte din obiectul procedurii, existând doar studiul de fezabilitate și documentele anexă.

De altfel, măsurile de remediere propuse de contestatoare depășesc cadrul legal și limitele în care Consiliul sau instanța ar putea dispune, conducând la modificarea substanțială a documentației de atribuire, schimbând, practic, obiectul achiziției și necesitatea autorității. Modificările propuse sunt substanțiale, respectiv:

-pentru structuri (poduri şi pasaje) cu excepţia podului suspendat, obligarea autorităţii contractante de a preciza în cuprinsul documentaţiei de atribuire faptul că poate fi modificată poziţia kilometrică a structurii (poziţia de intrare şi ieşire), de a preciza în cuprinsul documentaţiei de atribuire faptul că pot fi modificate deschiderile şi numărul acestora pentru structuri, de a preciza în cuprinsul documentaţiei de atribuire faptul că poate fi modificat tipul structurii - din pasaj inferior în pasaj superior sau invers - cu păstrarea gabaritelor impuse în caietul de sarcini şi în Standarde;

-pentru podul suspendat, obligarea autorităţii contractante de a preciza în cuprinsul documentaţiei de atribuire faptul că poate fi modificată poziţia kilometrică a structurii (poziţia de intrare şi ieşire), că pot fi modificate deschiderile şi numărul acestora și că poate fi modificată poziţia şi forma suporților de ancorare, de a preciza în cuprinsul documentaţiei de atribuire faptul că poate fi modificată forma pilonilor;

- pentru lucrări de drum şi intersecţii- obligarea autorităţii contractante de a preciza în cuprinsul documentaţiei de atribuire faptul că poate fi modificată structura rutieră (grosimea straturilor sau compoziţia acestora) cu condiţia respectării standardelor în vigoare, de a preciza în cuprinsul documentaţiei de atribuire faptul că poate fi modificată poziţia kilometrică a nodurilor rutiere şi a intersecţiilor la nivel, că poate fi modificată poziţia bretelelor nodurilor rutiere şi numărul acestora cu păstrarea tuturor fluxurilor de circulaţie definite în Proiectul Ilustrativ.

Autoritatea își motivează refuzul de modificare a structurilor (poduri şi pasaje) cu excepţia podului suspendat, pe faptul că soluţia proiectată asigură traversarea obstacolelor (căi de circulaţie, vai, ape etc) cu adaptarea la teren şi respectarea condiţiilor din avizele şi acordurile deja emise de autorităţile de resort, că în cadrul acestui proiect există un singur pasaj, peste CF la km 0+389, care asigură traversarea a 3 linii de cale ferată, soluţie pentru care s-a obţinut acordul SRCF Galaţi, aşa cum rezultă din documentul inclus în documentaţia de atribuire, pentru podul suspendat, niciuna dintre modificările propuse de contestatoare nu pot fi admise, deoarece soluţia proiectată a fost aleasă astfel încât să corespundă cerinţelor de amplasament pentru asigurarea traversării Dunării cu respectarea condiţiilor din avize şi acorduri referitoare la deschideri, pasa navigabilă, amplasarea blocurilor de ancoraj etc, dar şi cu adaptarea la condiţiile din teren, în condițiile în care, aşa cum rezultă de altfel şi din Acordul de Mediu obţinut de elaboratorul Studiului de Fezabilitate din anul 2003, decizia construirii unui pod suspendat a fost justifică de condiţiile grele de fundare determinate pe baza investigaţiilor aprofundate, reconfirmate prin Studiul de Fezabilitate actualizat în anul 2016. Pentru lucrări de drumuri şi intersecţii, pot fi aduse optimizări şi/

sau îmbunătăţiri pentru secţiunea de drum de clasa tehnică III, cu asigurarea capacităţilor fizice, precum şi a cerinţelor minime şi obligatorii din Anexa 5 şi Anexa 6 la Cerinţele Beneficiarului, aspect de altfel menţionat deja în cuprinsul Cerinţelor Beneficiarului. De asemenea, autoritatea arată că modificarea poziţiei kilometrice a nodurilor rutiere şi a intersecţiilor la nivel, aceasta nu poate fi acceptată întrucât modificarea ar conduce, în mod nejustificat la necesitatea obţinerii unui nou Acord de Mediu, respectiv anularea avizelor şi acordurilor obţinute în cadrul Studiului de Fezabilitate, precum şi afectarea reţelelor de utilităţi şi modificarea culoarului de expropriere, iar în ceea ce privește solicitarea de modificare a bretelelor nodurilor rutiere şi a numărului acestora, menţionează că există un singur nod rutier, iar poziţia şi geometria nodului a fost avizată în CT Siguranţa Circulaţiei, modificarea solicitată conducând la afectarea relocărilor de utilităţi şi a culoarului de expropriere. În ceea ce privește eliminare a cerinţei din Anexa 5 la Cerinţele Beneficiarului privind respectarea poziţiei şi formei suporţilor de ancorare, autoritatea arată că acestea nu pot fi modificate, având în vedere că este obligatorie poziţia acestora în afara albiei fluviului Dunărea, după cum este menţionat şi în Avizul de gospodărire a apelor nr. 25/05.04.2016 emis de Administraţia Naţională Apele Române: *"Blocurile de ancorare sunt localizate în afara digurilor Dunării, încastrate într-un bloc de ancorare poziţionat în exteriorul digurilor de apărare împotriva inundaţiilor".*

Consiliul consideră argumentele autorității contractante ca fiind pertinente și concludente. Unele dintre modificările propuse de contestatoare nu pot fi acceptate în nicio procedură de achiziție publică, indiferent de amploarea ei, fiind greu de acceptat ca fiecare ofertant să mute podul sau drumul unde dorește, să modifice substanțial structura drumului, să schimbe integral soluția tehnică etc. Cerințele beneficiarului țin seama de o serie de alte elemente complexe, nu numai de construcția în sine, Dunărea fiind deosebit de importantă în ceea ce privește siguranța locuitorilor din zonă și a navigației.

Potrivit art. 3 lit. z) din Legea nr. 98/2016, documentaţia de atribuire reprezintă *documentul achiziţiei care cuprinde cerinţele, criteriile, regulile şi alte informaţii necesare pentru a asigura operatorilor economici o informare completă, corectă şi explicită cu privire la cerinţe sau elemente ale achiziţiei, obiectul contractului şi modul de desfăşurare a procedurii de atribuire, inclusiv specificaţiile tehnice ori documentul descriptiv, condiţiile contractuale propuse, formatele de prezentare a documentelor de către candidaţi/ofertanţi, informaţiile privind obligaţiile generale aplicabile*.

Astfel, prevederea legală stabilește necesitatea informării complete, corecte și explicite a ofertanților. Prin urmare, documentația nu poate spune doar că autoritatea dorește un pod peste Dunăre, construit cum dorește fiecare ofertant și unde dorește acesta, ci trebuie să introducă cerințe concrete, astfel cum sunt cele precizate în documentație în documentul intitulat ,,Cerințele beneficiarului''.

De altfel, astfel cum este formulată contestația, ea are un vădit caracter contradictoriu: pe de o parte, contestatoarea susține că soluția fiind clar stabilită, nu lasă ofertanților posibilitatea optimizării

documentației, iar pe de altă parte, solicită punerea la dispoziţia ofertanţilor a secţiunilor şi planurilor de cofrare (cu dimensiuni) pentru ca forma să poată fi respectată întocmai de toţi participanţii la procedură, chiar dacă solicitarea este subsidiară. Deci, nu se poate concluziona că operatorul dorește schimbarea soluției tehnice din studiul de fezabilitate, din moment ce solicită inclusiv dimensionarea elementelor de structură, obligație care îi aparține proiectantului proiectului tehnic, și nu celui care a realizat studiul de fezabilitate. În acest sens, prevederile Hotărârii de guvern nr. 907/2016 privind etapele de elaborare și conținutul-cadru al documentațiilor tehnico-economice aferente obiectivelor /proiectelor de investiții finanțate din fonduri publice stabilesc următoarele:

,,Art. 7. - (1) Studiul de fezabilitate este documentaţia tehnico-economică prin care proiectantul, fără a se limita la datele şi informaţiile cuprinse în nota conceptuală şi în tema de proiectare şi, după caz, în studiul de prefezabilitate, analizează, fundamentează şi propune minimum două scenarii/opţiuni tehnico-economice diferite, recomandând, justificat şi documentat, scenariul/opţiunea tehnico-economic(ă) optim(ă) pentru realizarea obiectivului de investiţii.

(2) Scenariul/Opţiunea tehnico-economic(ă) optim(ă), recomandat(ă) potrivit alin. (1), cuprinde:

a) **soluţia tehnică**;

b) **principalii indicatori tehnico-economici aferenţi obiectivului de investiţii;**

c) **certificatul de urbanism, avizele conforme pentru asigurarea utilităţilor, precum şi avize, acorduri şi studii specifice, după caz, în funcţie de specificul obiectivului de investiţii**;

d) strategia de implementare, exploatare/operare şi de întreţinere a investiţiei.

(3) În cazul obiectivelor de investiţii a căror funcţionare implică procese tehnologice specifice, componenta tehnologică a soluţiei tehnice poate fi definitivată ori adaptată tehnologiilor adecvate aplicabile pentru realizarea obiectivului de investiţii, la faza de proiectare - proiect tehnic de execuţie, în condiţiile art. 12 alin. (1).

(4) Indicatorii tehnico-economici prevăzuţi la alin. (2) lit. b) cuprind:

a) indicatori maximali, respectiv valoarea totală a obiectului de investiţii, exprimată în lei, cu TVA şi, respectiv, fără TVA, din care construcţii-montaj (C+M) în conformitate cu devizul general;

b) indicatori minimali, respectiv indicatori de performanţă - elemente fizice/capacităţi fizice care să indice atingerea ţintei obiectivului de investiţii - şi, după caz, calitativi, în conformitate cu standardele, normativele şi reglementările tehnice în vigoare;

c) indicatori financiari, socioeconomici, de impact, de rezultat/operare, stabiliţi în funcţie de specificul şi ţinta fiecărui obiectiv de investiţii;

d) durata estimată de execuţie a obiectivului de investiţii, exprimată în luni.

(5) Pentru indicatorii tehnico-economici prevăzuţi la alin. (4) lit. c), proiectantul indică, în cadrul studiului de fezabilitate, valorile admisibile şi

intervalele în care se pot încadra acestea, în funcţie de specificul obiectivului de investiţii şi în conformitate cu normele şi reglementările tehnice în vigoare.

(6) În situaţia în care, după aprobarea indicatorilor tehnico-economici, apar schimbări care determină modificarea în plus a valorilor maximale şi/sau modificarea în minus a valorilor minimale ale indicatorilor tehnico-economici aprobaţi ori depăşirea intervalelor prevăzute la alin. (5), sunt necesare refacerea corespunzătoare a documentaţiei tehnico-economice aprobate şi reluarea procedurii de aprobare a noilor indicatori, cu excepţia situaţiilor de actualizare a acestora prevăzute în Legea nr. 500/2002, cu modificările şi completările ulterioare.

(7) Studiul de fezabilitate se aprobă potrivit competenţelor stabilite prin Legea nr. 500/2002, cu modificările şi completările ulterioare, şi Legea nr. 273/2006, cu modificările şi completările ulterioare.

(8) Conţinutul-cadru al studiului de fezabilitate este prevăzut în anexa nr. 4.

Art. 8. - (1) În cazul obiectivului mixt de investiţii, studiul de fezabilitate se elaborează cu respectarea conţinutului-cadru prevăzut în anexa nr. 4, completat cu elementele specifice din conţinutul-cadru al documentaţiei de avizare a lucrărilor de intervenţii prevăzut în anexa nr. 5.

(2) Elementele specifice prevăzute la alin. (1) cuprind soluţiile tehnice şi măsurile din expertiza tehnică la construcţia/construcţiile existentă/existente şi, după caz, ale auditului energetic la clădirea/clădirile existentă/existente, precum şi ale studiilor, auditurilor ori analizelor relevante realizate.

Art. 12. - (1) Proiectul tehnic de execuţie constituie documentaţia prin care proiectantul dezvoltă, detaliază şi, după caz, optimizează, prin propuneri tehnice, scenariul/opţiunea aprobat(ă) în cadrul studiului de fezabilitate/documentaţiei de avizare a lucrărilor de intervenţii; componenta tehnologică a soluţiei tehnice poate fi definitivată ori adaptată tehnologiilor adecvate aplicabile pentru realizarea obiectivului de investiţii, la faza de proiectare - proiect tehnic de execuţie, în condiţiile respectării indicatorilor tehnico-economici aprobaţi şi a autorizaţiei de construire/desfiinţare.

(2) Proiectul tehnic de execuţie conţine părţi scrise şi părţi desenate, necesare pentru execuţia obiectivului de investiţii.

(3) Părţile scrise cuprind date generale privind investiţia, descrierea generală a lucrărilor, memorii tehnice pe specialităţi, caiete de sarcini, liste cu cantităţile de lucrări, graficul general de realizare a investiţiei.

(4) Părţile desenate cuprind planşe de ansamblu, precum şi planşe aferente specialităţilor: planşe de arhitectură, de structură, de instalaţii, de utilaje şi echipamente tehnologice, inclusiv planşe de dotări.

(5) Detaliile de execuţie se elaborează, de regulă, odată cu proiectul tehnic de execuţie, constituind parte integrantă a acestuia, şi explicitează soluţiile de alcătuire, asamblare, executare, montare şi alte asemenea operaţiuni privind părţi/elemente de construcţie ori de instalaţii aferente acesteia şi care indică dimensiuni, materiale, tehnologii de

execuţie, precum şi legături între elementele constructive structurale/nestructurale ale obiectivului de investiţii.

Prevederile celor 3 articole sunt relevante în ceea ce privește delimitarea obligațiilor proiectantului-realizator al studiului de fezabilitate și proiectantului-realizator al proiectului tehnic, secțiunile și planșele de cofrare fiind aferente planurilor de arhitectură și structură.

În ceea ce privește definirea sintagmei "echipamente" din Anexa 5, pct. 17, autoritatea arată că aceasta se referă la totalitatea componentelor podului suspendat privind realizarea lui integrală, în vederea îndeplinirii cerinţelor fundamentale ale construcţiei şi asigurării functionalităţii acesteia, definiție evidentă din contextul documentației.

Totodată, autoritatea precizează în punctul de vedere că în ceea ce privește **testele şi încercările preliminare**, însăşi denumirea acestora indică realizarea acestora anterior execuţiei, respectiv în faza de proiectare și că având în vedere că acestea sunt incluse ca şi cerințe obligatorii în Anexa 5 la Cerinţele Beneficiarului, în mod evident vor fi avute în vedere de toţi ofertanţii la elaborarea ofertei, atât din punct de vedere tehnic, cât şi financiar. De altfel, o lectură atentă a Graficului de Plăţi de către contestatoare ar fi clarificat dubiul cu privire la bugetarea acestei activităţi, având în vedere că autoritatea contractantă a prevăzut o linie distinctă, în categoria activităţilor de proiectare, pentru "Teste şi încercări preliminare realizate pe modele la scara: test în tunel aerodinamic pod suspendat”.

Fiind lămurite aceste două aspecte, Consiliul reține că solicitarea contestatoarei a rămas fără obiect.

În ceea ce privește criticilor contestatoarei referitoare la cap. lll.2.3.a) ,,Capacitatea tehnică şi/sau profesională" din fişa de date a achiziţiei, Consiliul reține că se solicită ca experienţa similară, *"elaborarea şi/sau revizuirea în ultimii 20 ani a unui Proiect Tehnic sau mai multe Proiecte Tehnice pentru lucrări de construcţie nouă de pod suspendat/hobanat cu cel puţin o deschidere între stâlpii de susţinere de minim 300 de metri şi având un profil transversal de minim 4 benzi de circulaţie"* și *"realizarea în ultimii 15 ani a unei construcţii noi de pod suspendat/hobanat cu cel puţin o deschidere între stâlpii de susţinere de minim 300 de metri şi având un profil transversal de minim 4 benzi de circulaţie",* contestatoarea solicită obligarea autorităţii contractante la modificarea acesteia prin înlocuirea sintagmei "cel puţin o deschidere între stâlpii de susţinere de minim 300 de metri" cu "cel puţin o deschidere de minim 300 de metri", având în vedere că podurile hobanate pot avea un singur stâlp de susţinere.

Consiliul reține că autoritatea contractantă a adoptat următoarele măsuri de remediere cu privire la fişa de date a achiziţiei, publicate în SEAP:

În secţiunea III.2.3.a) Capacitatea tehnică şi/sau profesională din fişa de date a achiziţiei, următoarea cerinţă: *"Ofertantul trebuie să demonstreze că a elaborat şi/ sau revizuit în ultimii 20 ani* unul sau mai multe Proiecte Tehnice pentru lucrări de construcţie nouă de pod suspendat/ hobanat cu cel puţin o deschidere între stâlpii de susţinere de*

minim 300 de metri şi având un profil transversal de minim 4 benzi de circulaţie.

**) Ultimii 20 ani se raportează la termenul limită de primire a ofertelor"*

se revizuieşte după cum urmează:

"Ofertantul trebuie să demonstreze că a elaborat şi/ sau revizuit în ultimii 20 ani unul sau mai multe Proiecte Tehnice pentru lucrări de construcţie nouă de pod suspendat cu cel puţin o deschidere între stâlpii de susţinere de minim 300 de metri şi având un profil transversal de minim 4 benzi de circulaţie, sau de pod hobanat cu cel puţin o deschidere de minim 300 de metri şi având un profit transversal de minim 4 benzi de circulaţie.*

**) Ultimii 20 ani se raportează la termenul limită de primire a ofertelor".*

Se va avea în vedere şi modificarea secţiunii corespunzătoare din anunţul de participare, potrivit anunutului de tip erată publicat în SEAP.

În secţiunea III. 2.3.a) Capacitatea tehnică şi/sau profesională din fişa de date a achiziţiei, următoarea cerinţă.

"Ofertantul trebuie să demonstreze că a realizat în ultimii 15 ani) o construcţie nouă de pod suspendat/ hobanat cu cel puţin o deschidere între stâlpii de susţinere de minim 300 de metri şi având un profil transversal de minim 4 benzi de circulaţie.*

**) ultimii 15 ani se raportează la termenul limită de depunere a ofertelor. Se vor lua în considerare numai lucrările realizate în această perioadă. Prin lucrări realizate se înţelege lucrări recepţionate de Beneficiar"*

se revizuieşte după cum urmează:

"Ofertantul trebuie să demonstreze că a realizat în ultimii 15 ani) o construcţie nouă de pod suspendat cu cel puţin o deschidere între stâlpii de susţinere de minim 300 de metri şi având un profil transversal de minim 4 benzi de circulaţie, sau de pod hobanat cu cel puţin o deschidere de minim 300 de metri şi având un profil transversal de minim 4 benzi de circulaţie.*

**) ultimii 15 ani se raportează la termenul limită de depunere a ofertelor. Se vor lua în considerare numai lucrările realizate în această perioadă. Prin lucrări realizate se înţelege lucrări recepţionate de Beneficiar".*

Rezultă, astfel, că în ceea ce privește această critică, autoritatea a luat măsuri de remediere, deci aceasta a rămas fără obiect.

În ceea ce privește modificarea aceleeași cerințe de la Capitolului III.2.3.a) Capacitatea tehnică şi/sau profesională din fişa de date, se solicită ca experienţa similară elaborarea şi/ sau revizuirea în ultimii 20 ani a unui Proiect Tehnic sau mai multe Proiecte Tehnice pentru lucrări de construcţie nouă de pod suspendat/hobanat, în sensul completării sintagmei "unul sau mai multe Proiecte Tehnice" **cu "unul sau mai multe Proiecte Tehnice/Detalii de Execuţie sau similar"** pentru a permite participarea ofertanţilor cu proiecte realizate şi în alte ţări unde nu există noţiunea/etapa de "Proiect Tehnic" în cadrul elaborării proiectelor. Autoritatea contractantă menţionează că modificarea cerinţei în sensul

solicitat de contestatoare nu este posibil, deoarece elaborarea sau revizuirea unor detalii de execuţie nu este suficient pentru a confirma potenţialul tehnic al ofertanţilor şi capacitatea acestora de a îndeplini contractul, anulându-se scopul pentru care această cerinţă a fost solicitată. Totodată, utilizarea unei formulări de tipul "sau similar" este de natură a introduce un grad extrem de mare de subiectivism în procesul de evaluare a ofertelor, lăsând în seama comisiei de evaluare sarcina dificilă de a realiza echivalenţe între practici în domeniul proiectării la nivel intemaţional şi de a interpreta legislaţia internaţională în domeniul proiectării pentru a stabili similaritatea.

Consiliul reține că autoritatea contractantă a formulat cerința pentru o participare cât mai largă. Astfel, ea nu a solicitat participarea la un proiect similar, ipoteză care ar fi condus la admisibilitatea ofertanților care au construit poduri cu o deschidere comparabilă cu a celui în analiză, ci a solicitat o deschidere de minimum 300 m, față de deschiderea de 1119 metri a podului a cărui atribuire se urmărește. Nu poate exista similaritate între proiectarea structurii de rezistență a unui pod cu elaborarea detaliilor de execuție, complexitatea obiectivului și condițiile speciale de realizare impunând un proiectant cu experiență. Prin urmare, Consiliul va respinge respectiva solicitare de modificare a documentației.

Cu privire la criticile contestatoarei referitoare la un așanumit caracter confuz al documentației de atribuire, în sensul că nu se înţelege cu claritate cine trebuie să execute lucrările de protejare şi relocare a utilităţilor, contestatoarea arată că în conformitate cu Cerinţele Beneficiarului, relocarea acestora ar fi în sarcina Antreprenorului.

Totuşi, în Anexa la ofertă se precizează următoarele: *"Inginerul va trimite Antreprenorului o înştiintare privind data de începere a Execuţiei Lucrărilor numai în condiţiile în care a fost aprobat Proiectul Tehnic de Execuţie de către Beneficiar, au fost finalizate lucrările de relocare/protejare a utilităţilor de către Beneficiar, terenul a fost descărcat de sarcina arheologică şi au fost obţinute Autorizaţiile de construire".*

Autoritatea contractantă susține că din Cerinţele Beneficiarului, rezultă fără echivoc faptul că Antreprenorul va fi responsabil de protejarea utilităţilor, iar Beneficiarul de relocarea acestora. Mai mult decât atât, prin includerea în Graficul de Plăţi a unei linii distincte pentru Protejări de Instalaţii, autoritatea contractantă recofirmă faptul că sarcina Antreprenorului cu privire la utilităţi se referă la protejarea acestora. Totodată, autoritatea contractantă face trimitere la art. 10 din Acordul Contractual revizuit, publicat ca măsură de remediere în vederea asigurării corelării cu Condiţiile Speciale ale Contractului aprobate prin Ordinul MT nr. 600/2017.

În ceea ce privește clauzele din Cerinţele Beneficiarului invocate de autoritatea contractantă, acestea au următorul conținut:

"1.3.8 Protejări de Instalaţii

Pe amplasamentul investiţiei se regăsesc următoarele reţele de utilităţi:

- *reţele electrice,*
- *reţele de telecomunicaţii subterane/aeriene,*
- *reţele de iluminat public,*

- *reţele de transport de gaze,*
- *conducte aducţiune şi distributie apă*
- *reţea de canalizare menajeră*
- *lucrări de îmbunătăţiri funciare (irigaţii)*

Se vor întocmi proiecte de PROTEJARE a reţelelor de utilităţi şi se vor executa lucrări de protejare ale acestor reţele în funcţie de situaţia întâlnită în teren si totodată ţinând cont de condiţiile fiecărui administrator/deţinător de utilităţi, specificate în avize.

Pe baza proiectelor de PROTEJARE se vor obţine avizele şi acordurile necesare punându-se în siguranţă reţelele şi instalaţiile deţinute sau administrate de către operatori.

Se va da o atenţie deosebită instalaţiilor existente pentru a nu produce deranjamente în timpul execuţiei lucrărilor."

"2.15.7 În cazul în care sunt necesare intervenţii pentru PROTEJAREA temporară a utilităţilor, acestea se vor realiza pe cheltuiala ANTREPRENORULUI. Această cheltuială nu va reprezenta un cost solicitat Beneficiarului şi va fi considerată ca fiind inclusă în valoarea de contract acceptată".

"3.6.5 Declaraţia de proiectare trebuie să includă, cel puţin. [..] u) verificarea reţelelor de utilităţi şi identificarea reţelelor suplimentare faţă de cele identificate/relocate de Beneficiar şi întocmirea programului de proiectare pentru PROTEJAREA tuturor utilităţilor".

"7. UTILITĂŢI

7.1 Date disponibile referitoare la utilităţi

7.1.1 ***Antreprenorul nu va derula activităţi de relocare de utilităţi decât în cazuri excepţionale. Relocarea utilităţilor va fi realizată de către Beneficiar şi de către subcontractorii de specialitate ai acestuia***

Avizele şi aprobările referitoare la relocarea utilităţilor vor fi puse la dispoziţia Antreprenorului la data emiterii ordinului de începere a lucrărilor de execuţie.

7.1.2 Corectitudinea datelor furnizate de către Beneficiar reprezintă un risc pentru Antreprenor, acesta fiind responsabil pentru utilizarea acestor date în proiectul său şi pentru protejarea utilităţilor.

7.2 Obligaţiile Antreprenorului. PROTEJAREA UTILITAŢILOR

7.2.1 Antreprenorul va întocmi documentaţiile de PROTEJARE a utilităţilor si va asipura protecţia tuturor infrastructurilor de utilităţi afectate de construcţia lucrărilor stipulate prin Contract.

7.2.2 Dacă o Utilitate nu necesită deviere. Antreprenorul va fi responsabil pentru susţinerea si PROTEJAREA Utilităţilor în timp ce lucrează in jurul acestora, cu aprobarea deţinătorului Utilităţii. Antreprenorul va lua măsurile de protejare a unor astfel de Utilităţi şi va fi responsabil pentru consecinţele oricăror daune, indiferent dacă Utilităţile sunt sau nu incluse în schiţe.

7.2.3 Serviciile sau furnizările nu vor fi întrerupte fără aprobarea scrisă a autorităţii competente sau a proprietarului, iar Antreprenorul va furniza o alternativă satisfăcătoare înainte de a întrerupe orice servicii sau furnizările existente.

7.2.4 Dacă, în orice moment, pe parcursul executării Lucrărilor, Antreprenorul descoperă Utilităţi necunoscute anterior care trebuie îndepărtate sau protejate, acesta va informa imediat Reprezentantul Beneficiarului şi va proteja astfel de Utilităţi conform prezentului capitol din Cerinţele Beneficiarului şi până în momentul în care Lucrările de Utilităţi vor fi relocate de Beneficiar.

7.2.5 Antreprenorul va respecta cerinţele speciale ale deţinătorilor de Utilităţi sau instrucţiunile transmise de deţinătorii de Utilităţi pe perioada Contractului. Dacă este necesară aprobarea sau acordul suplimentare celor primite de la Beneficiar, a oricărui deţinător de Utilităţi, cu privire la Lucrări sau orice metode de lucru. Antreprenorul va fi responsabil pentru obţinerea aprobării sau acordului respectiv.

7.2.6 În cazul în care Antreprenorul provoacă orice daune echipamentelor de furnizare a Utilităţilor în timpul Lucrărilor, acestă va informa imediat posesorul Utilităţilor şi orice alte autorităţi responsabile Antreprenorul va solicita aprobarea efectuării lucrărilor de reparaţii imediat ce acest lucru este cu putinţă, sub rezerva acordului deţinătorului Utilităţii Costurile acestor Lucrări vor fi suportate de Antreprenor.

7.2.7 În cazul în care Antreprenorul descoperă, în limitele Şantierului, echipamente de furnizare a Utilităţilor necunoscute anterior şi nerelocate de Beneficiar, acesta va informa imediat Reprezentantul Beneficiarului".

Astfel, din prevederile respective rezultă fără putință de tăgadă că relocarea utilităților este în sarcina beneficiarului. De altfel, contestatoarea nu a precizat în conținutul contestației care, anume, este clauza din care ar rezulta că relocarea utilităților ar fi în sarcina antreprenorului. Astfel fiind, Consiliul va respinge respectiva critică.

În ceea ce privește includerea în condițiile contractuale a unor clauze abuzive, invocând, în acest sens, clauza 10 din modelul de Acord contractual, sub-clauza 4.17 [Utilajele Antreprenorului] din Condiţiile Speciale ale Contractului *„Inginerul va dispune Antreprenorului, prin Ordin de mobilizare, mobilizarea Utilajelor Antreprenorului incluse în Programul de execuţie. Prin Ordinul de mobilizare se înţelege instrucţiunea emisă de către Inginer Antreprenorului în care sunt menţionate categoriile de Utilaje ale Antreprenorului necesar a fi mobilizate şi care sunt precizate în Programul de execuţie. În Ordinul de mobilizare se pot specifica şi perioadele în care vor ramane mobilizate categoriile de Utilaje ale Antreprenorului. Numărul maxim de Utilaje ce poate fi solicitat în Ordinul de mobilizare rezultă din Programul de execuţie. Antreprenorul va mobiliza categoriile de Utilaje ale Antreprenorului menţionate în Ordinul de mobilizare, în termen de maxim 5 zile de la data transmiterii Ordinului de mobilizare de către Inginer. În situaţia în care Antreprenorul nu respectă acest termen, Beneficiarul este îndreptăţit să perceapă penalităţi în valoarea menţionată în Anexa la Ofertă începând cu a 6-a zi de la data transmiterii Ordinului de mobilizare şi până la data mobilizării categoriilor de Utilaje ale Antreprenorului menţionate în Ordinul de mobilizare. În cazul în care, oricând pe parcursul derulării contractului, Beneficiarul percepe penalităţi potrivit prezentei Sub-clauze, iar, ulterior, Antreprenorul reuşeşte să recupereze întârzierea şi să se încadreze în*

programul de execuţie aprobat de către Inginer conform Sub-clauzei 8.3 [Programul de Execuţie] din Condiţiile Speciale ale Contractului şi să respecte prevederile Sub- clauzei 8.2 [Durata de Execuţie] din Condiţiile Generale ale Contractului, Antreprenorul are dreptul de a solicita Beneficiarului rambursarea valorii plătite a acestor penalităţi", în opinia contestatoarei, această clauză poate conduce la dezechilibre în aplicarea condiţiilor contractuale de tip FIDIC, considerând-o inutilă în condiţiile în care clauzele contractului prevăd în mod expres modalitatea de gestionare a eventualelor întârzieri în execuţia lucrărilor şi sancţiunile aplicate în cazul neîndeplinirii obligaţiilor de către Antreprenor. Astfel, contestatoarea solicită obligarea autorităţii contractuale la eliminarea acestei clauze sau, în subsidiar, obligarea autorităţii contractante la completarea acesteia astfel:

„În cazul în care Inginerul observă o slabă mobilizare a Antreprenorului care ar putea duce la întârzieri în executarea contractului din culpa Antreprenorului, Inginerul va dispune Antreprenorului, prin Ordin de mobilizare, mobilizarea Utilajelor Antreprenorului incluse în Programul de execuţie".

Așa cum s-a arătat cu ocazia soluționării contestației anterioare, această clauză a fost introdusă în Condițiile speciale prin Ordinul nr. 600/2017. Revenind la solicitarea contestatoarei, Consiliul constată că deși aceasta susține că în condițiile în care contractul FIDIC nu reglementează instituția emiterii de către inginer a ordinului de mobilizare, se impune eliminarea sa sau modificarea în sensul solicitat. Cu toate acestea, din propunerea de modificare rezultă că Inginerul va dispune Antreprenorului, prin Ordin de mobilizare, mobilizarea Utilajelor Antreprenorului, rezultând, deci, că acceptă validitatea clauzei. Totodată, contestatoarea nu arată în ce măsură, în lipsa unei sancțiuni, antreprenorul poate fi constrâns să recupereze întârzierea. În același timp, Consiliul observă că autoritatea a atenuat clauza respectivă, prin acordarea posibilității antreprenorului de așI recupera penalitatea plătită, în situația unei mobilizări de natură a recupera întârzierea. În contextul întârzierilor investițiilor publice, de multe ori din vina antreprenorilor, este firesc ca autoritatea să își prevadă o serie de clauze de protecție, fără ca acest lucru să însemne un proces de intenție la adresa operatorilor participanți. Aplicarea de penalități doar la finalul contractului poate fi o măsură deosebit de păguboasă pentru interesul public, peste 5 ani, fiind posibil să nu se poată recupera nimic de la antreprenori.

În același timp, așteptând 5 ani în pasivitate, în condițiile în care mobilizarea este deficitară, absorbția fondurilor comunitare ar fi grav afectată, riscul pierderii acestora fiind maxim. De asemenea, antreprenorul este cel care a prevăzut în oferta sa un anumit număr de utilaje și personal, deci nu se pune problema de a fi constrâns într-o manieră imorală, ci în limitele propriei oferte.

Cu privire la criticile contestatoarei referitoare la obligaţiile Antreprenorului de revizuire a Acordului de Mediu, aceasta arată că în cadrul documentului Cerinţele Beneficiarului, punctul 1.3.7 Lucrări de Mediu se specifică: *"Prestatorul va fi responsabil de revizuirea actului de reglementare emis de autoritatea competentă privind protecţia mediului*

ori de câte ori este necesar, la apariţia oricăror modificări ale proiectului sau alte modificări/actualizări legislative (...)", în condițiile în care potrivit legislaţiei în vigoare Beneficiarul (Titularul proiectului) este responsabil cu revizuirea actului de reglementare emis de autoritatea competentă, acest lucru este menţionat şi în Acordul de mediu pus la dispoziţie de autoritatea contractantă în cadrul documentației de atribuire.

Autoritatea arată că pct. 1.3.7 din Cerinţele Beneficiarului se va citi în mod coroborat cu obligaţiile Antreprenorului prevăzute la pct. 3.11.4 din acelaşi document, în care se menţionează următoarele: *"Modificările aduse Proiectului tehnic de execuţie pot atrage condiţia revizuirii acordului de mediu, ceea ce impune parcurgerea etapei de revizuire şi necesitatea efectuării de către Antreprenor a unei documentaţii specifice de mediu care va fi funcţie de decizia autorităţii emitente a actului de reglementare privind protecţia mediului. Antreprenorul trebuie să obţină toate aprobările/avizele necesare de la autorităţile competente în domeniu în care scop are obligaţia întocmirii/elaborării tuturor studiilor pentru proiecţia mediului şi/sau documentaţiilor solicitate în conformitate cu prevederile legislaţiei în vigoare. Toate modificările vor fi, de asemenea, supuse aprobării Reprezentantului Beneficiarului".* În condițiile în care autoritatea contractantă pune la dispoziţia viitorului Antreprenor Acordul de Mediu nr. 2/22.09.2016, emis de Agenţia Naţională pentru Protecţia Mediului şi că iniţiatorul unor eventuale modificări care pot să necesite revizuirea Acordului de Mediu este chiar Antreprenorul, elaborarea întregii documentaţii specifice cade în sarcina acestuia, împreună cu obţinerea tuturor aprobărilor/avizelor necesare de la autorităţile competente în domeniu, art. 15 alin. 2 lit. a) din OUG nr. 195/2005 cu modificările şi completările ulterioare nu interzic posibilitatea împuternicirii unei terţe persoane care să obţină în numele şi pe seama sa, acordul revizuit.

Consiliul consideră drept concludente apărările formulate de autoritatea contractantă, acestea fiind în sensul mai multor clauze din conidițiile speciale. De pildă, clauza 8.4 –Prelungirea duratei de execuție din Condițiile speciale, analizată cu ocazia soluționării contestației precedente, arată clar că Antreprenorul nu va avea dreptul de a solicita prelungirea Duratei de Execuție și/sau costuri suplimentare rezultate din urmatoarele cauze:

c) revizuirea Acordului de Mediu din cauza modificarilor propuse de Antreprenor în cadrul Proiectului Tehnic de Execuție;

Rezultă și din această clauză că în cazul în care apare necesitatea revizuirii Acordului de Mediu din cauza modificărilor propuse de Antreprenor în cadrul Proiectului Tehnic de Execuție, acesta va realiza demersurile respective fără a fi îndreptățit la prelungirea Duratei de Execuție și/sau costuri suplimentare. Nefiind încălcate dispozițiile legale, Consiliul va respinge și această critică.

Cu privire la criticile contestatoarei referitoare la criteriul de atribuire, respectiv încălcarea dispoziţiilor art. 189 alin. (1) şi (2) din Legea nr. 98/2016, având în vedere că în cuprinsul fişei de date a achiziţiei, la cap. IV.2.1) Criterii de atribuire, poziţiile 2 şi 5, la Nota 3 se menţionează următoarele: *"Punctajele sus menţionate se acordă în funcţie de deschiderea maximă a podului, cu condiţia îndeplinirii cumulative a*

celorlalte elemente ale criteriului (poziţia ocupată, tipul de contract, tipul execuţiei, tipul structurii, profilul transversal)", în condițiile în care tipul de contract şi tipul execuţiei nu sunt definite ca şi elemente ale criteriilor de atribuire în discuţie, solicitând obligarea autorităţii contractante de a preciza în mod explicit la ce se referă noţiunile "tipul de contract" şi "tipul execuţiei", autoritatea a adoptat măsuri de remediere după cum urmează:
IV.2.I Criterii de atribuire, în cuprinsul algoritmului de calcul pentru factorul de evaluare 2 - *Experienţa deţinută de Şeful echipei de proiectare* şi pentru factorul de evaluare 5 - *Experienţa deţinută de Managerul de Proiect*, Nota 3 se revizuieşte şi va avea următorul conţinut:

"Nota 3: Punctajele sus menţionate se acordă în funcţie de deschiderea maximă a podului, cu condiţia îndeplinirii cumulative a celorlalte elemente ale criteriului ***(poziţia deţinută, activitatea/etapa de proiectare (ex: PT), tipul lucrărilor (ex: construcţie nouă), tipul structurii, profilul transversal)."***

Cu privire la solicitarea contestatoarei referitoare la obligarea autorităţii contractante la menţionarea în documentaţia de atribuire a stadiului obţinerii/aprobării finanţării, în fişa de date a achiziţiei, atât la secţiunea *III. 1.2) Principalele modalităţi de finanţare şi plata şi/sau trimitere la dispoziţii relevante, cât şi în secţiunea VI.2) Contractul se înscrie într-un Proiect/Program finanţat din fonduri comunitare/ Program Operaţional/ Program Naţional de Dezvoltare Rurală*, autoritatea contractantă a indicat că sursa de finanţare pentru acest contract va fi asigurată prin POIM 2014-2020.

Totodată, autoritatea arată că fiind implicate o serie de instituţii şi organisme ce pot emite observaţii/clarificări/solicitări şi, prin urmare, **pot să apară întârzieri în semnarea contractului de finanţare independent de voinţa autorităţii contractante**, în cuprinsul documentaţiei de atribuire a fost inclusă clauza rezolutorie nr. 1. *"Încheierea contractului de achiziţie publică este condiţionată de obţinerea/aprobarea finanţării lucrărilor din fonduri europene nerambursabile şi/sau fonduri de la bugetul de stat, semnarea contractului fiind posibilă doar în situaţia în care se respectă dispoziţiile referitoare la angajarea cheltuielilor din bugetele care intră sub incidenţa legislaţiei privind finanţele publice. În cazul în care, indiferent de motive, obţinerea/aprobarea finanţării lucrărilor din fonduri europene nerambursabile şi/sau fonduri de la bugetul de stat nu se realizează, autoritatea contractantă va aplica prevederile art. 212 alin. (1) lit. c) teza a II-a din Legea nr.98/2016, fiind imposibilă încheierea contractului de achiziţie publică".*

De asemenea, au fost avute în vedere şi următoarele aspecte:

- proiectul de realizarea a podului suspendat peste Dunăre în zona Brăila figurează, potrivit HG nr. 666/2016 de aprobare a Master Planului General de Transport, în Lista contractelor cu finanţare POIM 2014-2020, Capitolul VII - proiecte ITI TULCEA DELTA DUNĂRII - DRUMURI EXPRES.

- proiectul este inclus în Planul de Acţiune Jaspers, autoritatea contractantă beneficiind în acest sens de monitorizarea şi consilierea JASPERS în vederea elaborării Aplicaţiei de Finanţare, astfel încât

evaluarea cererii de finanţare de către AM POIM/OIT să reprezinte doar o reconfirmare a maturităţii proiectului.

- mecanismul de obţinere a finanţării europene nerambursabile în cadrul POIM 2014-2020 nu condiţionează semnarea contractului de finanţare de emiterea deciziei de aprobare din partea Comisiei Europene. Astfel, odată aprobată cererea de finanţare de către AM POIM/OIT, proiectul este transmis spre analiză şi aprobare a finanţării Comisiei Europene împreună cu "Completion Note" elaborată de JASPERS, concomitent cu semnarea contractului de finanţare între Beneficiar şi AM POIM/OIT.

Consiliul consideră că explicațiile furnizate sunt suficiente și răspund solicitărilor contestatoarei, la acest moment, deci și această solicitare a rămas fără obiect.

În consecinţă, luând în considerare cele mai sus menţionate, în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge ca nefondată contestaţia formulată de SC ... S.p.a. în contradictoriu cu .....

Pentru aceste motive,
în baza legii şi a mijloacelor de probă aflate la dosar,

CONSILIUL DECIDE:

În temeiul art. 26 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, admite în parte contestaţia formulată de SC ... SRL în contradictoriu cu ..., respectiv capetele de cerere referitoare la:

- modificarea clauzei 2.1.1 din Cerințele beneficiarului, în sensul coordonării cu clauza 8.4 din Condițiile speciale, astfel cum rezultă din motivare;

-precizarea modalității de percepere a penalității de 60.000 lei din conținutul clauzei 14.7 din Anexa la ofertă, astfel cum rezultă din motivare;

-eliminarea penalității de 1.000.000 lei/zi prevăzută la art. 14 din Anexa la ofertă;

-precizarea motivului aplicării penalității de 0,1% din valoarea contractului, prevăzută la art. 4.3 din Anexa la ofertă, astfel cum rezultă din motivare;

-modificarea penalității de 50.000,00 lei/ zi pentru nerespectarea dispozitiilor privind curatenia pe santier prevăzută la art. 4.3 din Anexa la ofertă, astfel cum rezultă din motivare;

-modificarea penalității de 250.000,00 lei/eveniment pentru neprezentarea Declaratiei de Proiectare pe Sectoare/Sectiuni/Etape/ Porțiuni sau alte asemenea, în conformitate cu prevederile caietului de sarcini, prevăzută la art. 8.6 din Anexa la ofertă, astfel cum rezultă din motivare;

-completarea art. 18.1 din acordul contractual cu indicarea unui termen maxim până la care Inginerul să fie obligat să transmită antreprenorului Ordinul de începere a execuției lucrărilor;

-completarea clauzei 7 din Condiții speciale cu sintagma ,,din motive ce exced culpei beneficiarului.

În temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, respinge ca nefondate restul capetelor de cerere.

În temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, respinge ca nefondată contestaţia formulată de SC .... în contradictoriu cu ...

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

PREŞEDINTE, MEMBRU, MEMBRU, ...

Redactată în 5 (cinci) exemplare, conţine 97 (nouăzeci și șapte) pagini.