CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C.N.S.C.

Str. Stavropoleos nr.6, Sectorul 3, București, România, CP 030084, CIF 20329980
Tel. +4 021 3104641 Fax. +4 021 3104642 Fax. +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. ...../....., înregistrată la Consiliul Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor cu nr. ...../....., depusă de SC ..... SA, cu sediul în municipiul ....., ..., județul ....., având Cod Unic de Înregistrare ..... și număr de înregistrare la Oficiul Registrului Comerțului ....., reprezentată legal prin director general ..., privind procedura de licitație deschisă, online, pentru atribuirea contractului de achiziție publică de lucrări având ca obiect ”PROIECTARE și EXECUȚIE «Varianta de ...»”, cod CPV 45233120-6, organizată de ..., cu sediul în municipiul .....,....., în calitate de autoritate contractantă, contestatorul a solicitat:

- obligarea autorității contractante la modificarea acordului - contractual în sensul respectării formatului de acord - contractual stabilit prin dispozițiile H.G. nr. 1 din 10 ianuarie 2018 pentru aprobarea condițiilor generale și specifice pentru anumite categorii de contracte de achiziție aferente obiectivelor de investiții finanțate din fonduri - Anexa 2 - Condiții generale și specifice și acordul contractual pentru contractele de proiectare și execuție de lucrări, așa cum acestea au fost publicate în Monitorul Oficial nr. 26 din 11.01.2018 - în special eliminarea din versiunea propusă de acord - contractual a art. 5.10. - Managementul riscurilor, având în vedere existența și conținutul Clauzei 68 din Condițiile aprobate prin H.G. nr. 1/2018;

- obligarea autorității contractante, ulterior operării modificărilor, de a publica o erată în conformitate cu dispozițiile art. 55 alin. (1) din H.G. nr. 395/2016.

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

Consiliul a fost legal sesizat şi este competent, potrivit dispoziţiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestația de față, prin care SC ..... SA reclamă conținut acordului - contractual publicat de către autoritatea contractantă ca parte a documentației de atribuire.

Contestatorul arată că la punctul II.1.4. din fișa de date se solicită:

„II.1.4 Descrierea succintă a contractului sau a achiziției/achizițiilor

Obiectul contractului îl reprezintă PROIECTARE și EXECUȚIE „Varianta de Ocolire Dej", în conformitate cu prevederile condițiilor de contract - Anexa nr. 2 - aprobate prin H.G. nr. 1/10.01.2018 pentru aprobarea condițiilor generale și specifice pentru anumite categorii de contracte de achiziție aferente obiectivelor de investiții finanțate din fonduri publice".

Prin urmare, condițiile contractuale avute în vedere spre aplicare de către autoritatea contractantă sunt cele stabilite prin H.G. nr. 1/2018 - respectiv prin Anexa 2 a acestui act normativ, care stabilește Condițiile generale și specifice și acordul contractual pentru contractele de proiectare și execuție de lucrări.

În continuare, contestatorul arată că dispozițiile art. 2 din H.G. nr. 1/2018 prevăd următoarele: *„Se aprobă condițiile generale și specifice, împreună cu modelul-cadru de acord contractual, pentru contractele de achiziție publică sau sectorială de lucrări care au ca obiect atât proiectarea, cât și execuția de lucrări și care sunt aferente obiectivelor de investiții finanțate din fonduri publice, inclusiv fonduri nerambursabile și/sau rambursabile, a căror valoare totală estimată, conform prevederilor legale, este egală sau mai mare decât pragul valoric prevăzut de art. 7 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 98/2016, cu modificările și completările ulterioare, având cuprinsul prevăzut în anexa nr. 2",* iar art. 5 al hotărârii prevede că *„Anexele nr. 1 și 2 fac parte integrantă din prezenta hotărâre*".

Așadar, este vorba de condiții contractuale și de o formă de acord - contractual stabilite printr-un act normativ cu caracter imperativ, publicat în Monitorul Oficial și nesusceptibile - cu excepțiile expres prevăzute - de nicio modificare.

Pe de altă parte, contestatorul precizează că alterarea formei și conținutului acestora, în orice modalitate și suplimentar excepțiilor prevăzute, este evident nelegală și echivalează practic cu modificarea actului normativ care le-a instituit.

De asemenea, contestatorul arată că potrivit precizărilor existente în cadrul secțiunii „CONDIŢII SPECIFICE PENTRU CONTRACTUL DE PROIECTARE ȘI EXECUŢIE DE LUCRĂRI" din Anexa 2 a H.G. nr. 1/2018:

„Aceste Condiții Specifice, denumite și Condiții Speciale, privind contractele de proiectare și execuție de lucrări, completează, clarifică,

amendează sau instituie excepții de aplicabilitate de la Condițiile Generale de Contract.

Prevederile clauzelor neschimbate de prezentele Condiții Speciale sunt valabile în forma dată de Condițiile Generale. În cazul unor neconcordanțe între Condițiile Speciale și Condițiile Generale, primează prevederile Condițiilor Speciale. Numerotarea clauzelor Condițiilor Speciale nu este consecutivă, corespunde sau completează numerotarea clauzelor Condițiilor Generale.

Beneficiarii sunt îndreptățiți să elaboreze Condiții Speciale numai cu privire la subclauzele și numai în legătură cu subiectele listate în tabelul de mai jos. Orice altă Condiție Specială este nulă".

Clauza şi subclauza	Subiectul
Clauza 5 - Supervizorul și reprezentantul Supervizorului	
5.1	Sarcinile Supervizorului
Clauza 8 - Furnizarea Documentelor Beneficiarului	
8.2	calendar pentru furnizarea unui exemplar complet al tuturor Documentelor Beneficiarului
Clauza 9 – Acces pe Șantier	
9.1	termene și sectoare pentru punerea la dispoziție a Șantierului
9.2	accesul pe Șantier a altor persoane
Clauza 10 - Autorizații și asistență privind Legea	
10.1	responsabilități privind autorizațiile de construire
Clauza 19 – Proiectarea de către Antreprenor	
19.2	modalități și calendarul de aprobare a proiectării elaborate de către Antreprenor
Clauza 24 – Interferențe cu traficul și căile de acces	
24.1	măsura în care pot fi afectate traficul și căile de comunicații
Clauza 44 – Principii generale	
44.1	moneda sau monedele Contractului
Clauza 45 - Valoarea Contractului	
45.4	prevederile referitoare la măsurare și evaluare pentru părțile din Lucrări plătibile conform cantităților furnizate sau lucrărilor efectuate și identificarea acestor părți

Așadar, contestatorul menționează că H.G. nr. 1/2018 prevede cât se poate de clar care sunt clauzele din condițiile generale care pot fi clarificate, amendate sau în privința cărora se pot institui excepții de aplicabilitate de la Condițiile generale.

La fel de clar se arată că prevederile clauzelor nemodificate de condițiile speciale, așa cum acestea sunt permise mai sus, sunt valabile în forma dată de condițiile generale.

De asemenea, contestatorul precizează că ultima mențiune este suficient de explicită, stabilind că autoritățile contractante au dreptul de a elabora Condiții Speciale numai cu privire la subclauzele și numai în legătură cu subiectele din tabelul reprodus mai sus, orice altă Condiție Specială fiind nulă.

Contestatorul arată că singura concluzie care se degajă - deopotrivă legală și rațională - este că autoritatea contractantă are obligația de a prelua atât textul condițiilor generale cât și al acordului - contractual, stabilite printr-o hotărâre de guvern publicată în Monitorul Oficial, iar unicele modificări pot viza exclusiv clauzele menționate în tabelul respectiv.

Totodată, contestatorul arată că exact în acest sens este și conținutul Notei de fundamentare la Hotărârea Guvernului nr. 1/2018 pentru aprobarea condițiilor generale și specifice pentru anumite categorii de contracte de achiziție aferente obiectivelor de investiții finanțate din fonduri publice, disponibilă la adresa de internet http://gov.ro/ro/print?modul=subpagina&link=nota-de-fundamentare-hg-nr-1-10-01-2018:

„Existența unor condiții de contract de lucrări de bună calitate este un element esențial pentru:

- Implementarea contractelor de lucrări în bune condiții: forme de contract deficiente, neclare sau incomplete generează dificultăți în derularea contractelor, incertitudine contractuală și legală, blocaje și întârzieri.

- Asigurarea unei competiții efective în faza de licitație: forme de contract deficiente sau condiții contractuale dezechilibrate îi descurajează pe antreprenorii serioși să participe la licitații.

Condiții de contract de lucrări de bună calitate înseamnă:

- Contract complet: contractul are prevederi cât mai clare pentru toate situațiile care pot apărea în timpul derulării contractului;

- Riscuri: riscurile sunt identificate și alocate în mod clar între părțile contractului (beneficiar și antreprenori);

- Contract echilibrat: alocarea riscurilor între părți ține cont de posibilitatea părților de a gestiona riscurile respective.

Aceste modele de condiții generale care fac obiectul prezentului act normativ vor fi folosite în mod obligatoriu pentru contractele de lucrări finanțate din fonduri publice, fonduri nerambursabile și/sau rambursabile, a căror valoare totală estimată este cel puțin egală cu cea a pragului de publicare a unui anunț în JOUE (23.227.215 lei).

Condițiile generale prevăd în mod expres prevederile care pot fi astfel adaptate. Nu pot fi efectuate prin condiții speciale alte adaptări sau modificări decât cele prevăzute expres.

De asemenea, condițiile generale fac referiri exprese la documentul denumit acord contractual, prevederile acestui document având precedență asupra prevederilor condițiilor generale.

Astfel, este necesar să fie prezentat modelul - cadru de acord contractual, în strictă corelare și aplicare a celor prevăzute în condițiile generale, în caz contrar existând riscul ca prin particularizarea acordului contractual la nivel de unitate, condițiile generale și specifice propuse să nu își producă efectele".

Pe de altă parte, contestatorul arată că în tabelul circumscris Condițiilor Specifice nu figurează și Clauza 68 din Condițiile Generale, care reglementează *„Riscuri, alocarea riscurilor și despăgubiri"* și în care se prevăd următoarele:

„68.1 Riscurile Beneficiarului - Riscurile Beneficiarului sunt următoarele:

(a) emiterea de către Supervizor a unui Ordin Administrativ cu nerespectarea clauzelor prezentului Contract, inclusiv în caz de întârziere a emiterii;

(b) nerespectarea clauzelor prezentului Contract privind punerea la dispoziție a Șantierului de către Beneficiar, inclusiv în caz de întârziere a punerii la dispoziție;

(c) erori în repere și sisteme de referință topografice, inițial prevăzute în Contract sau comunicate de Supervizor, pe care un antreprenor diligent nu ar fi putut să le identifice astfel încât să evite întârzieri sau costuri suplimentare;

(d) erori, deficiențe și/sau caracter incomplet ale Cerințelor Beneficiarului și/sau ale Documentelor Beneficiarului;

(e) condiții fizice naturale sau artificiale, inclusiv muniții neexplodate sau utilități subterane, precum și alte obstacole fizice sau factori poluanți, care, în mod rezonabil, nu ar fi putut fi prevăzute de un antreprenor diligent la data depunerii Ofertei, care apar în decursul execuției Lucrărilor, cu excepția condițiilor meteorologice adverse excepționale;

(f) descoperirea unor vestigii arheologice sau similar, care, în mod rezonabil, nu ar fi putut fi prevăzută de un antreprenor diligent la data depunerii Ofertei;

(g) întârzierea testării Materialelor, Echipamentelor sau Lucrărilor de către Beneficiar sau Supervizor pe perioada de execuție a Lucrărilor și/sau a Testelor la Terminarea Lucrărilor, precum și a testelor care se efectuează în Perioada de Garanție sau realizarea testelor cu nerespectarea altor clauze contractuale;

(h) suspendarea Lucrărilor de către Supervizor din motive care nu sunt imputabile Antreprenorului;

(i) folosirea unor părți din Lucrări înainte de Recepția la Terminarea Lucrărilor, altfel decât în modul prevăzut în Contract;

(j) eliminarea din obiectul Contractului a unor Lucrări sau părți din Lucrări;

(k) modificarea Legii după Data de Referință;

(l) forța majoră.

68.2 Consecinţele Riscurilor Beneficiarului

Dacă Antreprenorul înregistrează întârzieri și/sau se produc costuri suplimentare ca urmare a producerii unuia dintre Riscurile Beneficiarului și

cu excepția cazului în care alte clauze ale Condițiilor Contractuale prevăd altfel, Antreprenorul, cu condiția respectării prevederilor subclauzei 69 -a [Revendicările Antreprenorului], va fi îndreptățit la:

(a) *prelungirea Duratei de Execuție pentru întârziere potrivit prevederilor clauzei 35 [Prelungirea Duratei de Execuție], dacă terminarea Lucrărilor este sau va fi întârziată; și*

(b) *plata Costurilor suplimentare, potrivit prevederilor clauzei 55 [Costuri suplimentare], la care se va adăuga un profit de 2% din aceste Costuri (sau cota de profit declarată explicit de către Antreprenor în Ofertă, dacă aceasta este mai mică de 2%) în cazurile expres menționate în Condițiile Contractuale.*

68.3 *Despăgubiri*

Fără a afecta alte prevederi ale Condițiilor Contractuale, Beneficiarul va despăgubi Antreprenorul, inclusiv Personalul său pentru orice vătămări corporale, decese sau îmbolnăviri care au apărut ca urmare a unor neglijențe ale Beneficiarului, inclusiv ale Personalului său, sau încălcarea Contractului de către Beneficiar inclusiv de Personalul său, cu excepția cazului în care acestea sau datorat unei neglijențe a Antreprenorului.

68.4 *Limitarea răspunderii*

Cu excepția cazului în care este prevăzut altfel, în mod expres, în Condițiile Contractuale, Beneficiarul nu va avea nicio răspundere față de Antreprenor pentru:

(a) *pierderea unui alt contract; sau*

(b) *orice pierdere financiară a Antreprenorului (alta decât Costuri suplimentare).*

68.5 *Riscurile Antreprenorului*

Cu excepția Riscurilor Beneficiarului și a altor situații prevăzute în mod expres în Condițiile Contractuale care îndreptățesc Antreprenorul la prelungirea Duratei de Execuție, plata unor Costuri suplimentare sau alte remedii și despăgubiri, Antreprenorul nu va fi îndreptățit la prelungirea Duratei de Execuție, plata unor Costuri suplimentare sau alte remedii și despăgubiri din alte motive, care constituie Riscurile Antreprenorului.

Prin semnarea Contractului, Antreprenorul declară în mod expres că încheie Contractul cu luarea în considerare a tuturor circumstanțelor relevante în legătură cu executarea Contractului și că, cu excepția Riscurilor Beneficiarului și a altor situații prevăzute în mod expres în Condițiile Contractuale care îndreptățesc Antreprenorul la prelungirea Duratei de Execuție, plata de către Beneficiar a unor Costuri suplimentare sau la alte remedii și despăgubiri, Antreprenorul își asumă toate celelalte riscuri".

Prin urmare, contestatorul precizează că autoritatea contractantă nu avea dreptul de a introduce nicio completare, clarificare, amendare ori excepție în privința respectivei clauze - astfel cum a procedat însă prin intermediul art. 5.10., plasat în textul Acordului - contractual, care, pe mai bine de 4 pagini, intervine asupra unei clauze din Condițiile Generale în privința căreia nu este permisă nicio intervenție.

Cu privirile la riscurile contractuale și alocarea acestora, contestatorul arată că aceeași Notă de fundamentare la H.G. nr. 1/2018 menționează următoarele:

„2. Alocarea riscurilor

Realizarea proiectelor de construcții presupune identificarea și asumarea unor riscuri multiple, legate de specificul acestui domeniu de activitate.

Desfășurarea lucrului sub acțiunea directă a elementelor naturii, mobilitatea procesului de producție, durata mare de execuție, numărul mare de activități care trebuie conduse și coordonate, complexitatea procesului de producție, a relațiilor contractuale dintre numeroasele părți implicate - având adesea interese divergente - sunt tot atâtea argumente în sprijinul afirmației anterioare.

Alocarea riscurilor contractuale s-a făcut pe baza următorului principiu: riscul este alocat părții care îl poate administra.

De asemenea, au fost identificate în mod corespunzător și consecințele acestor riscuri".

Prin urmare, contestatorul menționează că niciunde în textul H.G. nr. 1/2018 ori al vreunui alt act normativ nu s-a prevăzut dreptul autorității contractante de a interveni asupra formei condițiilor generale ori a acordului - contractual decât în limitele și cu privire la clauzele stabilite prin textul aceleiași hotărâri.

În acest context de reglementare, contestatorul precizează că orice condiție specială și orice modificare care nu se referă la vreuna din cele 8 clauze prevăzute în tabel este nulă și nu va produce niciun efect - chiar dacă ea fost disimulată în textul acordului – contractual.

Contestatorul menționează că H.G. nr. 1/2018 instituie modelul - cadru de acord - contractual pentru contractele de achiziție publică de proiectare și execuție lucrări și nu prevede posibilitatea includerii în textul acordului a unor condiții speciale care să completeze, să clarifice, să amendeze sau să instituie excepții de aplicabilitate de la Condițiile Generale de Contract - evident pentru că, în cadrul instituit de acest normativ, locul condițiilor speciale nu este în acordul - contractual.

De asemenea, contestatorul precizează că inițiativa autorității contractante de modificare a textului H.G. nr. 1/2018 depășește evident orice limită permisă de acest act normativ și este de natură să afecteze chiar documentația de atribuire, pentru că acordul - cadru este parte componentă a acesteia.

În final, contestatorul solicită Consiliului să aibă în vedere că unul din scopurile Legii nr. 101/2016 este chiar cel de asigurare a unor mecanisme și proceduri efective, rapide și eficiente de sesizare și remediere a neregulilor, care să garanteze respectarea dispozițiilor legale privind atribuirea contractelor, conform art. 1 alin. (3).

Prin adresa nr. 92/11180/18.02..... înregistrată la Consiliu sub nr. 6005/18.02....., ..., în calitate de autoritate contractantă, formulează punct de vedere cu privire la contestația depusă de SC ..... SA.

În fapt, autoritatea contractantă arată că a inițiat procedura în cauză prin publicarea în SEAP în data de ..... a anunțului de participare nr. ....., având atașată documentația de atribuire și documentația tehnică, aferentă acestui contract. Data de depunere a ofertelor, conform anunțului de participare publicat în SEAP, este data de 01.04.....

Autoritatea contractantă precizează că prin inserarea articolului contractual 5.10. în cadrul Acordului Contractual a considerat necesar să aducă la cunoștință operatorilor economici riscurile reale identificate, precum și alte riscuri care pot apărea pe parcursul derulării contractului, alocându-le atât autorității contractante cât și antreprenorului, în egală măsură.

În contextul unei legislații care stipulează prevederi generale vizând riscurile, astfel cum sunt, de altfel, și denumite condițiile de contract, respectiv „Condiții generale pentru contractele de proiectare și execuție lucrări", document în care riscurile sunt prevăzute generic, nu în detaliu, autoritatea contractantă a considerat necesar și benefic pentru buna organizare și derulare a procedurii de atribuire, să facă publice tuturor operatorilor economici aceste riscuri, pentru a putea fi luate în considerare în elaborarea ofertelor.

Totodată, autoritatea contractantă arată că potrivit art. 4 din HG nr. 1 din 10 ianuarie 2018: „*Prezentele prevederi, inclusiv cele din anexele nr. 1 și 2, se aplică cu respectarea întocmai a Legii nr. 98/2016, cu modificările și completările ulterioare, Legii nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale, cu modificările și completările ulterioare, Legii nr. 100/2016 privind concesiunile de lucrări și concesiunile de servicii, cu modificările și completările ulterioare, și a Legii nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, cu modificările și completările ulterioare, precum și a legislației în vigoare incidente, inclusiv în domeniul disciplinei și calității în construcții, care sunt prioritare*".

De asemenea, autoritatea contractantă arată că în conformitate cu prevederile art. 9 alin. (3) lit. d) din H.G. nr. 395/2016, documentația de atribuire trebuie să conțină, printre alte informații, „*mecanismele de plată în cadrul contractului, alocarea riscurilor în cadrul acestuia, măsuri de gestionare a acestora, stabilirea penalităților pentru neîndeplinirea sau îndeplinirea defectuoasă a obligațiilor contractuale*".

După cum se poate observa, prevederile legale în materia achizițiilor publice impun introducerea în cadrul documentelor suport care însoțesc documentația de atribuire (respectiv strategia de contractare) a prevederilor referitoare la riscurile ce pot să apară în cadrul derulării contractului, însă nu stabilesc cu precizie în care secțiune a documentației de atribuire trebuie să se facă referire la aceste riscuri.

Astfel, autoritatea contractantă a considerat că este corect ca aceste riscuri să fie preluate în Acordul Contractual și nu într-o altă secțiune a documentației de atribuire, pornind de la premisa că strategia de

contractare este un document în care legiuitorul reglementează explicit că trebuie să fie prevăzute aceste riscuri și stă la baza derulării contractului de achiziție publică. Prin urmare, singura secțiune a documentației de atribuire unde puteau fi introduse aceste riscuri era acordul contractual.

Faptul că Hotărârea de Guvern nr. 1/2018 pentru aprobarea condițiilor generale și specifice pentru anumite categorii de contracte de achiziție aferente obiectivelor de investiții finanțate din fonduri publice, prin care au fost aprobate condițiile generale și specifice, împreună cu modelul-cadru de acord contractual, pentru contractele de achiziție publică sau sectorială de lucrări care au ca obiect exclusiv execuția de lucrări și care sunt aferente obiectivelor de investiții finanțate din fonduri publice, inclusiv fonduri nerambursabile și/sau rambursabile, a căror valoare totală estimată este egală sau mai mare decât pragul valoric prevăzut de art. 7 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice nu prevede posibilitatea de modificare a Clauzei 68, din Condițiile Generale de contract, este o deficientă gravă legislativă.

Autoritatea contractantă subliniază faptul că H.G. nr. 1/2018 nu este corelată cu legislația în materia achizițiilor publice, inclusiv și din acest punct de vedere, respectiv cel al introducerii în contract al riscurilor pe care doar autoritatea contractantă le poate identifica, riscuri care vor fi diferite de la un contract la altul și nicidecum nu pot fi standardizate de legiuitor, printr-o formulare unică, aplicabilă tuturor contractelor.

De asemenea, autoritatea contractantă subliniază inclusiv faptul că H.G. nr. 1/2018 este un act normativ care nu poartă și viza A.N.A.P.

Pe cale de consecință, autoritatea contractantă precizează că a considerat că își apară interesele în cadrul derulării contractului, atât ale sale cât și ale operatorilor economici, stabilind o matrice a riscurilor reală, generate de situația specifică a acestui proiect care se bazează pe un studiu de fezabilitate elaborat în anul 2004 și în care riscurile sunt alocate în mod echilibrat între autoritatea contractantă și viitorul contractant.

Autoritatea contractantă solicită Consiliului ca, în cazul în care va decide eliminarea articolului 5.10. din Acordul Contractual, să indice, prin decizia pe care o va pronunța în cauză și partea de ..... de atribuire în care va trebui inclusă această matrice a riscurilor, astfel încât toți operatorii economici să aibă cunoștință despre identificarea acestor riscuri, despre alocarea lor și astfel încât interesele ambelor părți să fie protejate în cursul derulării contractului.

Astfel, în temeiul prevederilor legale anterior invocate, autoritatea contractantă menționează că a detaliat/clarificat, în cuprinsul Acordului Contractual, riscurile care pot interveni în derularea contractului de lucrări.

În concluzie, pentru motivele prezentate anterior, autoritatea contractantă solicită respingerea contestației formulată de SC ..... SA ca fiind nefondată, bazată pe argumente neîntemeiate și care contravin prevederilor legale referitoare la elaborarea documentațiilor de atribuire.

Față de cele de arătate anterior, autoritatea contractantă consideră că operatorul economic SC ..... SA prin formularea acestei contestații aduce prejudicii autorității contractante în sensul că întârzie semnarea

contractului și implicit execuția lucrărilor aferente acestui contract, care are ca impact reducerea degradării și a uzurii arterelor existente în Dej, datorită suprasolicitărilor cauzate de traficul greu, precum și reducerea degradării clădirilor datorate trepidațiilor, reducerea semnificativă a poluării mediului prin reducerea noxelor și a nivelului de vibrații și zgomot de pe teritoriul orașului prin devierea traficului rutier de tranzit în afara zonei urbane.

Având în vedere cele prezentate, autoritatea contractantă consideră argumentele aduse de SC ..... SA ca fiind neîntemeiate, iar contestația ca fiind nefondată și solicită respingerea acesteia în conformitate cu prevederile art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016.

Prin adresa nr. 751/21.02..... înregistrată la Consiliu sub nr. 6705/21.02....., contestatorul formulează răspuns la punctul de vedere al autorității contractante.

Dincolo de interpretările autorității contractante și față de textul H.G. nr. 1/2018, contestatorul precizează că autoritatea contractantă are obligația de a prelua atât textul condițiilor generale cât și al acordului - contractual, stabilite printr-o hotărâre de guvern publicată în Monitorul Oficial, iar unicele modificări pot viza exclusiv clauzele menționate în tabelul din secțiunea „CONDIŢII SPECIFICE PENTRU CONTRACTUL DE PROIECTARE ȘI EXECUŢIE DE LUCRĂRI" - Anexa 2 a H.G. nr. 1/2018 - pentru că *„Prevederile clauzelor neschimbate de prezentele Condiții Speciale sunt valabile în forma dată de Condițiile Generale"* iar *„Beneficiarii sunt îndreptățiți să elaboreze Condiții Speciale numai cu privire la subclauzele și numai în legătură cu subiectele listate în tabelul de mai jos. Orice altă Condiție Specială este nulă”.*

Așadar, contestatorul menționează că este vorba de condiții contractuale și de o formă de acord - contractual stabilite printr-un act normativ cu caracter imperativ, publicate în Monitorul Oficial și nesusceptibile - cu excepțiile expres prevăzute - de nicio modificare.

Pe de altă parte, alterarea formei și conținutului acestora, în orice modalitate și suplimentar excepțiilor prevăzute, este evident nelegală și echivalează practic cu modificarea actului normativ care le-a instituit.

Așadar, contestatorul precizează că H.G. nr. 1/2018 prevede cât se poate de clar care sunt clauzele din condițiile generale care pot fi clarificate, amendate sau în privința cărora se pot institui excepții de aplicabilitate de la Condițiile generale.

La fel de clar se arată că prevederile clauzelor nemodificate de condițiile speciale, așa cum acestea sunt permise, sunt valabile în forma dată de condițiile generale, iar autoritățile contractante au dreptul de a elabora Condiții Speciale numai cu privire la subclauzele și numai în legătură cu subiectele din tabelul menționat, orice altă Condiție Specială fiind nulă.

După orice criteriu de apreciere, contestatorul precizează că inițiativa autorității contractante constituie practic o intervenție în textul unei hotărâri de guvern, o adăugare la lege, modificând substanțial prevederile

unui act normativ cu caracter imperativ, emis și publicat în condițiile legii privind emiterea unor acte normative.

Constatând faptul că absența unei prevederi în textul H.G. nr. 1/2018 care să ofere posibilitatea modificării Clauzei 68 din Condițiile Generale de contract reprezintă o deficiență legislativă gravă, contestatorul menționează că nimic nu împiedica autoritatea contractantă să sesizeze Guvernul pentru remedierea ei și chiar să promoveze o acțiune întemeiată pe dispozițiile Legii nr. 554/2004 a contenciosului administrativ.

În aceste condiții, contestatorul menționează că H.G. nr. 1/2018, în integralitatea sa, incluzând și cele două Anexe, rămâne un act normativ valabil, imperativ, opozabil tuturor, care își menține forța juridică obligatorie și pentru operatorii economici, însă în egală măsură și pentru autoritățile contractante vizate de dispozițiile sale.

Contestatorul subliniază din nou faptul că în tabelul circumscris Condițiilor Specifice nu figurează și Clauza 68. din Condițiile Generale, care reglementează *„Riscuri, alocarea riscurilor și despăgubiri".*

Prin urmare, autoritatea contractantă nu avea dreptul de a introduce nicio completare, clarificare, amendare ori excepție în privința respectivei clauze - astfel cum a procedat însă prin intermediul art. 5.10., plasat în textul Acordului - contractual, care, pe mai bine de 4 pagini, intervine asupra unei clauze din Condițiile Generale în privința căreia nu este permisă nicio intervenție.

Contestatorul susține că niciunde în textul H.G. nr. 1/2018 ori al vreunui alt act normativ nu s-a prevăzut dreptul autorității contractante de a interveni asupra formei condițiilor generale ori a acordului - contractual decât în limitele și cu privire la clauzele stabilite prin textul aceleiași hotărâri.

În acest context de reglementare, contestatorul precizează că orice condiție specială și orice modificare ce nu se referă la vreuna din cele 8 clauze prevăzute în tabel este nulă și nu va produce niciun efect - chiar dacă ea fost disimulată în textul acordului - contractual.

Totodată, contestatorul menționează că referirea la documentația de atribuire în citarea textului art. 9 alin. (3) lit. d) din H.G. nr. 395/2016 este evident eronată, pentru că respectivul articol, inclus în Capitolul II. - „Planificarea și pregătirea realizării achiziției publice" - Secțiunea 1 - „Etapele procesului de achiziție publică", reglementează de fapt strategia de contractare, definită de art. 9 alin. (2) ca fiind *„un document al fiecărei proceduri de achiziție publică cu o valoare estimată egală sau mai mare decât pragurile valorice stabilite la art. 7 alin. (5) din Lege, inițiată de autoritatea contractantă",* iar conform alin. (3), reprodus de către autoritatea contractantă:

„(3) Prin intermediul strategiei de contractare se documentează deciziile din etapa de planificare/pregătire a achiziției în legătură cu:

a) *relația dintre obiectul, constrângerile asociate și complexitatea contractului, pe de o parte, și resursele disponibile la nivel de autoritate contractantă pentru derularea activităților din etapele procesului de achiziție publică, pe de altă parte;*

b) *procedura de atribuire aleasă, precum și modalitățile speciale de atribuire a contractului de achiziție publică asociate, dacă este cazul;*

c) *tipul de contract propus și modalitatea de implementare a acestuia;*

d) *mecanismele de plată în cadrul contractului, alocarea riscurilor în cadrul acestuia, măsuri de gestionare a acestora, stabilirea penalităților pentru neîndeplinirea sau îndeplinirea defectuoasă a obligațiilor contractuale;*

e) *justificările privind determinarea valorii estimate a contractului/acordului-cadru, precum și orice alte elemente legate de obținerea de beneficii pentru autoritatea contractantă și/sau îndeplinirea obiectivelor comunicate la nivelul sectorului administrației publice în care activează autoritatea contractantă;*

f)*justificările privind alegerea procedurii de atribuire în situațiile prevăzute la art. 69 alin. (2)-(5) din Lege și, după caz, decizia de a reduce termenele în condițiile legii, decizia de a nu utiliza împărțirea pe loturi, criteriile de calificare privind capacitatea și, după caz, criteriile de selecție, criteriul de atribuire și factorii de evaluare utilizați;*

g) *obiectivul din strategia locală/regională/națională de dezvoltare la a cărui realizare contribuie contractul/acordul-cadru respectiv, dacă este cazul;*

h) *orice alte elemente relevante pentru îndeplinirea necesităților autorității contractante".*

Contestatorul consideră că solicitarea sa de menținere a formei de contract stabilite prin H.G. nr. 1/2018 nu poate fi, sub nicio formă, de natură să prejudicieze autoritatea contractantă și nici nu a fost promovată în scopul de a produce întârzieri în semnarea contractului sau demararea lucrărilor.

Până la urmă, contestatorul arată că interesul său - ca de altfel al oricărui alt operator economic și, în opinia sa, chiar și al autorității contractante - este de a beneficia de o ..... de atribuire și de un contract echilibrat și mai cu seamă conform cu dispozițiile legale, pentru că exact acesta a și fost scopul emiterii H.G. nr. 1/2018, în consens cu cele 6 principii stabilite prin art. 2 alin. (2) al Legii nr. 98/2016.

Analizând documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarele:

..., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura de licitație deschisă, online, pentru atribuirea contractului de achiziție publică de lucrări având ca obiect „PROIECTARE și EXECUȚIE «...»”, cod CPV 45233120-6. În acest sens, a elaborat documentația de atribuire aferentă și a publicat în SEAP anunțul de participare nr. ...../....., criteriul de atribuire stabilit fiind „cel mai bun raport calitate-preț”, cu data limită stabilită pentru primirea ofertelor 01.04....., ora 15:00.

Împotriva conținutului acordului - contractual publicat de către autoritatea contractantă ca parte a documentației de atribuire, SC ..... SA a formulat contestația care face obiectul dosarului nr. ...../.....,

acesta solicitând eliminarea din modelul de acord - contractual aferent documentației de atribuire, a art. 5.10. - Managementul riscurilor, având în vedere existența și conținutul Clauzei 68 din Condițiile aprobate prin H.G. nr. 1/2018.

Se reține în soluționare că la punctul II.1.4. „Descrierea succintă a contractului sau a achiziției/achizițiilor" din fișa de date a achiziției, autoritatea contractantă a solicitat: *„Obiectul contractului îl reprezintă PROIECTARE și EXECUȚIE „...", în conformitate cu prevederile condițiilor de contract - Anexa nr. 2 - aprobate prin H.G. nr. 1/10.01.2018 pentru aprobarea condițiilor generale și specifice pentru anumite categorii de contracte de achiziție aferente obiectivelor de investiții finanțate din fonduri publice*".

Prin urmare, conținutul documentației de atribuire elaborată de autoritatea contractantă, din care face parte și modelul de acord contractual, trebuie să respecte în mod obligatoriu dispozițiile H.G. nr. 1/2018.

Se reține în soluționare că în HG nr. 1/2018, Clauza 68 - *„Riscuri, alocarea riscurilor și despăgubiri*" din Secțiunea Condiții Generale, se prevede că:

„68.1 Riscurile Beneficiarului - Riscurile Beneficiarului sunt următoarele:

(a) emiterea de către Supervizor a unui Ordin Administrativ cu nerespectarea clauzelor prezentului Contract, inclusiv în caz de întârziere a emiterii;

(b) nerespectarea clauzelor prezentului Contract privind punerea la dispoziție a Șantierului de către Beneficiar, inclusiv în caz de întârziere a punerii la dispoziție;

(c) erori în repere și sisteme de referință topografice, inițial prevăzute în Contract sau comunicate de Supervizor, pe care un antreprenor diligent nu ar fi putut să le identifice astfel încât să evite întârzieri sau costuri suplimentare;

(d) erori, deficiențe și/sau caracter incomplet ale Cerințelor Beneficiarului și/sau ale Documentelor Beneficiarului;

(e) condiții fizice naturale sau artificiale, inclusiv muniții neexplodate sau utilități subterane, precum și alte obstacole fizice sau factori poluanți, care, în mod rezonabil, nu ar fi putut fi prevăzute de un antreprenor diligent la data depunerii Ofertei, care apar în decursul execuției Lucrărilor, cu excepția condițiilor meteorologice adverse excepționale;

(f) descoperirea unor vestigii arheologice sau similar, care, în mod rezonabil, nu ar fi putut fi prevăzută de un antreprenor diligent la data depunerii Ofertei;

(g) întârzierea testării Materialelor, Echipamentelor sau Lucrărilor de către Beneficiar sau Supervizor pe perioada de execuție a Lucrărilor și/sau a Testelor la Terminarea Lucrărilor, precum și a testelor care se efectuează în Perioada de Garanție sau realizarea testelor cu nerespectarea altor clauze contractuale;

(h) suspendarea Lucrărilor de către Supervizor din motive care nu sunt imputabile Antreprenorului;

(i) folosirea unor părți din Lucrări înainte de Recepția la Terminarea Lucrărilor, altfel decât în modul prevăzut în Contract;

(j) eliminarea din obiectul Contractului a unor Lucrări sau părți din Lucrări;

(k) modificarea Legii după Data de Referință;

(l) forța majoră.

68.2 Consecinţele Riscurilor Beneficiarului

Dacă Antreprenorul înregistrează întârzieri și/sau se produc costuri suplimentare ca urmare a producerii unuia dintre Riscurile Beneficiarului și cu excepția cazului în care alte clauze ale Condițiilor Contractuale prevăd altfel, Antreprenorul, cu condiția respectării prevederilor subclauzei 69 -a [Revendicările Antreprenorului], va fi îndreptățit la:

(c) *prelungirea Duratei de Execuție pentru întârziere potrivit prevederilor clauzei 35 [Prelungirea Duratei de Execuție], dacă terminarea Lucrărilor este sau va fi întârziată; și*

(d) *plata Costurilor suplimentare, potrivit prevederilor clauzei 55 [Costuri suplimentare], la care se va adăuga un profit de 2% din aceste Costuri (sau cota de profit declarată explicit de către Antreprenor în Ofertă, dacă aceasta este mai mică de 2%) în cazurile expres menționate în Condițiile Contractuale.*

68.6 *Despăgubiri*

Fără a afecta alte prevederi ale Condițiilor Contractuale, Beneficiarul va despăgubi Antreprenorul, inclusiv Personalul său pentru orice vătămări corporale, decese sau îmbolnăviri care au apărut ca urmare a unor neglijențe ale Beneficiarului, inclusiv ale Personalului său, sau încălcarea Contractului de către Beneficiar inclusiv de Personalul său, cu excepția cazului în care acestea sau datorat unei neglijențe a Antreprenorului.

68.7 *Limitarea răspunderii*

Cu excepția cazului în care este prevăzut altfel, în mod expres, în Condițiile Contractuale, Beneficiarul nu va avea nicio răspundere față de Antreprenor pentru:

(c) *pierderea unui alt contract; sau*

(d) *orice pierdere financiară a Antreprenorului (alta decât Costuri suplimentare).*

68.8 *Riscurile Antreprenorului*

Cu excepția Riscurilor Beneficiarului și a altor situații prevăzute în mod expres în Condițiile Contractuale care îndreptățesc Antreprenorul la prelungirea Duratei de Execuție, plata unor Costuri suplimentare sau alte remedii și despăgubiri, Antreprenorul nu va fi îndreptățit la prelungirea Duratei de Execuție, plata unor Costuri suplimentare sau alte remedii și despăgubiri din alte motive, care constituie Riscurile Antreprenorului.

Prin semnarea Contractului, Antreprenorul declară în mod expres că încheie Contractul cu luarea în considerare a tuturor circumstanțelor relevante în legătură cu executarea Contractului și că, cu excepția Riscurilor Beneficiarului și a altor situații prevăzute în mod expres în Condițiile Contractuale care îndreptățesc Antreprenorul la prelungirea Duratei de Execuție, plata de către Beneficiar a unor Costuri suplimentare

sau la alte remedii și despăgubiri, Antreprenorul își asumă toate celelalte riscuri".

Totodată, se reține în soluționare că în cuprinsul modelului de acord - contractual, parte a documentației de atribuire, autoritatea contractantă a prevăzut capitolul nr. 5.10 intitulat „Managementul riscurilor", conținutul acestuia fiind diferit însă de cel al clauzei 68 - *Riscuri, alocarea riscurilor și despăgubiri* - din Secțiunea Condiții Generale din HG nr. 1/2018, citată anterior.

De asemenea, în Anexa 2 – *„Condiţiile generale şi specifice şi acordul contractual pentru contractele de proiectare şi execuţie de lucrări din 10.01.2018"* din actul normativ sus menționat, Sectiunea Condiții Specifice, se precizează că:

„Aceste Condiții Specifice, denumite și Condiții Speciale, privind contractele de proiectare și execuție de lucrări, completează, clarifică, amendează sau instituie excepții de aplicabilitate de la Condițiile Generale de Contract.(....) Beneficiarii sunt îndreptățiți să elaboreze Condiții Speciale numai cu privire la subclauzele și numai în legătură cu subiectele listate în tabelul de mai jos. Orice altă Condiție Specială este nulă":

Clauza şi subclauza	Subiectul
Clauza 5 - Supervizorul și reprezentantul Supervizorului	
5.1	Sarcinile Supervizorului
Clauza 8 - Furnizarea Documentelor Beneficiarului	
8.2	calendar pentru furnizarea unui exemplar complet al tuturor Documentelor Beneficiarului
Clauza 9 – Acces pe Șantier	
9.1	termene și sectoare pentru punerea la dispoziție a Șantierului
9.2	accesul pe Șantier a altor persoane
Clauza 10 - Autorizații și asistență privind Legea	
10.1	responsabilități privind autorizațiile de construire
Clauza 19 – Proiectarea de către Antreprenor	
19.2	modalități și calendarul de aprobare a proiectării elaborate de către Antreprenor
Clauza 24 – Interferențe cu traficul și căile de acces	
24.1	măsura în care pot fi afectate traficul și căile de comunicații
Clauza 44 – Principii generale	
44.1	moneda sau monedele Contractului
Clauza 45 - Valoarea Contractului	

45.4	prevederile referitoare la măsurare și evaluare pentru părțile din Lucrări plătibile conform cantităților furnizate sau lucrărilor efectuate și identificarea acestor părți

Rezultă că prin actul normativ au fost prevăzute expres clauzele din condițiile generale care pot fi clarificate sau amendate, **riscurile** nefăcând parte dintre acestea.

Prin urmare, potrivit dispozițiilor HG nr. 1/2018, autoritatea contractantă era obligată să preia textul clauzei 68 așa cum era formulat în actul normativ, deoarece acesta face parte din Condițiile Generale, elaborarea de condiții speciale fiind permisă numai cu privire la clauzele și subclauzele prevăzute în tabelul din anexa 2 din hotărîrea de guvern, sub sancțiunea nulității acestora.

Modificarea formei și conținutului clauzelor generale (așa cum sunt și riscurile), în orice modalitate și suplimentar excepțiilor prevăzute, este evident nelegală și încalcă dispozițiile actului normativ care le-a instituit.

Astfel, Consiliul apreciază că se impune ca autoritatea contractantă să elaboreze modelul de acord contractual cu respectarea hotărârii de guvern în ceea ce privește condițiile generale privind riscurile.

Consiliul nu reține în soluționare alegația autorității contractante din punctul de vedere privind necorelarea HG nr. 1/2018 cu legislația actuală în materia achizițiilor publice, întrucât actul normativ menționat este în vigoare și prin urmare opozabil tuturor, respectarea sa fiind obligatorie.

Față de cele expuse anterior, Consiliul apreciază că în mod eronat autoritatea contractantă a prevăzut în modelul de acord contractual cap. 5.10 Managementul riscurilor, contrar prevederilor HG nr. 1/2018, iar criticile formulate de contestator sunt întemeiate și urmează a fi admise.

În consecință, luând în considerare cele mai sus menționate, în temeiul art. 26 alin. (2) lit. b) și (5) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite contestația formulată de SC ..... SA în contradictoriu cu ... și va obliga autoritatea contractantă la eliminarea din modelul de acord - contractual a art. 5.10. - Managementul riscurilor și înlocuirea acestuia cu Clauza 68 (în integralitate) din HG nr. 1/2018, potrivit prezentei motivări.

În consecință, va obliga autoritatea contractantă să aducă modificarea menționată la cunoștința tuturor operatorilor economici interesați, în termen de 10 zile lucrătoare de la primirea deciziei, prin publicarea în SEAP, în conformitate cu art. 55 alin. (1) din HG nr. 395/2016.

Pentru aceste motive,
în baza legii şi a mijloacelor de probă aflate la dosar,

CONSILIUL DECIDE:

În temeiul art. 26 alin. (2) lit. b) și (5) din Legea nr. 101/2016, admite contestația formulată de SC ..... SA în contradictoriu cu ....

Obligă autoritatea contractantă la eliminarea din modelul de acord - contractual a art. 5.10. - Managementul riscurilor și înlocuirea acestuia cu Clauza 68 (în integralitate) din HG nr. 1/2018, potrivit prezentei motivări.

Obligă autoritatea contractantă să aducă modificarea menționată la cunoștința tuturor operatorilor economici interesați, în termen de 10 zile lucrătoare de la primirea deciziei, prin publicarea în SEAP, în conformitate cu art. 55 alin. (1) din HG nr. 395/2016.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 și poate fi atacată cu plângere, în temeiul art. 29 din același act normativ, în termen de 10 zile lucrătoare de la comunicare.

PREȘEDINTE, **MEMBRU,** **MEMBRU,**

…… …… ……

...