CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR

Str. Stavropoleos nr. 6, sector 3, Bucureşti, cod poştal 030084, România
Tel: +4 021.310.46.41 Fax: +4 021.890.07.45 şi +4 021.310.46.42 www.cnsc.ro

În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) 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 Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. ...../....., depusă de ..... SRL – ....., cu sediul în ....., ……, județul ....., având CUI RO ....., număr de înregistrare în Registrul Comerţului ....., privind procedura de licitație deschisă, organizată de ..... SA, cu sediul în ....., ..., județul ....., în calitate de entitate contractantă, pentru atribuirea contractului de lucrări având ca obiect GL – 02 Lucrări de îmbunătățire a infrastructurii de apă și apă uzată în județul ..... – proiectare și execuție (Lot 1-2), contestatoarea a solicitat modificarea documentației de atribuire, respectiv fișa de date, anexa la ofertă și condiții de contract.

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 soluţioneze contestaţia de faţă, prin care ofertantul ..... SRL reclamă modul de întocmire a documentației de atribuire, respectiv fișa de date, anexa la ofertă și condiții de contract, în cadrul procedurii de atribuire menţionată în partea introductivă, învederând în motivare că, urmare a postării în SEAP a documentației de atribuire, a înaintat entității contractante notificarea prealabilă nr. R10354/31.10....., aceasta adoptând unele măsuri de remediere.

În ceea ce privește criticile promovate prin notificarea prealabilă și neremediate de către entitatea contractantă, prezintă următoarele argumente:

1. Acordul contractual:

„7.5 - Antreprenorul nu va putea pretinde penalități sau orice alte tipuri de despăgubire în cazul denunțării unilateral de către Beneficiar.

7.6 - în cazul denunțării contractului pentru motivele de la art. 7.3 lit. b), Beneficiarul are dreptul la despăgubiri cu titlu de daune-interese compensatorii în cuantum egal cu valoarea Contractului".

În ceea ce privește refuzul de modificare prezentat de entitatea contractantă, contestatoarea precizează că articolele invocate reglementează cu titlu general, denunțarea unilaterală, ca modalitate de încetare a contractului, însă condițiile de aplicabilitale ale acesteia sunt stabilite prin voința fiecărei entități contractante.

Nicăieri în conținutul articolelor enunțate nu se face referire la aspectele criticate, respectiv restricționarea dreptului antreprenorului de a fi despăgubit și întinderea daunelor-interese compensatorii în cuantum egal cu valoarea contractului (drept al beneficiarului).

Astfel, solicită Consiliului obligarea entității contractante la reformularea clauzelor sus-indicate prin:

- Recunoașterea dreptului antreprenorului de a fi despăgubit în situația în care sunt îndeplinite condițiile prevăzute de legea comună pentru acordarea penalităților/despăgubirilor;
- Stabilirea unui cuantum al despăgubirilor cu titlu de daune-interese compensatorii proporțional cu prejudiciul suferit, real, dovedit și actual.

În ceea ce privește justificarea/refuzul de modificare prezentat de entitatea contractantă, contestatoarea precizează că argumentul oferit nu este plauzibil. În acest sens, solicită transmiterea către Consiliu a Notei justificative a valorii estimate, în conformitate cu care să se dovedească afirmațiile acesteia, respectiv calculele vizând actualizarea prețurilor curente cu inflația pe toată perioada de implementare a proiectuiui (...) 31.12.2023.

Chiar și în situația existenței unui astfel de calcul, viabilitatea acestuia este îndoielnică. Cu atât mai mult, această actualizare nu are în vedere factorii ce implică activitatea antreprenorului (de ex: condițiile comerciale de care acesta dispune, posibile discounturi, posibile fluctuații în activitatea acestuia determinate de factori neanticipați la actualizare de către entitatea contractantă).

De asemenea, ... SRL precizează că sunt îndeplinite anumite premise, cum ar fi actualizarea generată de modificări ale prețurilor care este indicată în fișa de date a achiziției: 11.4) Ajustarea prețului contractului.

Astfel, apreciază ca fiind utilă introducerea unui mecanism contractual al ajustării prețului și/sau valorii de contract, pentru a

preîntâmpina posibile blocaje ce pot apărea până la finalizarea obiectului contractat.

Față de cele expuse, solicită Consiliului obligarea entității contractante la modificarea anexei la ofertă în sensul permiterii/ acceptării actualizării generate de modificări ale pretului; introducerea în contract a unor clauze/mecanisme de ajustare a prețului a valorii contractate, precum și obligarea entității contractante la includerea în anexa la ofertă a unei solicitări exprese de prezentare a asigurării pentru erori de proiectare de la proiectant, și nu de la antreprenor.

Societatea contestatoarea mai menționează că își menține solicitarea adresată în notificarea prealabilă, respectiv aceea „de a detalia riscurile ce trebuie să fie acoperite prin această poliță".

Precizarea din răspunsul la notificarea prealabilă: „Riscul neîndeplinirii costurilor de operare garantate prin ofertă" este generică, putând crea impedimente atât la emiterea poliței, cât și derularea acesteia, în caz de intervenire a unui eveniment asigurat.

Contestatoarea precizează că această solicitare de clarificare este secundară solicitării sale de eliminare a obligativității de prezentare a asigurării atingerii garanțiilor privind costurile de operare.

Astfel, beneficiarul nu își poate procura protecții suplimentare (pe cheltuiala antreprenorului) pentru situațiile în care prevenirea apariției riscurilor este chiar în sarcina acestuia, și nu a altei părți contractante.

Având în vedere aceste aspecte, precum și faptul că beneficiarul are la dispoziție mai multe pârghii contractuale de a sancționa antreprenorul, respectiv de recuperare a eventualelor prejudicii (garanție de bună execuție, penalități, daune-interese, sume reținute), contestatoarea solicită Consiliului obligarea entității contractante la eliminarea cerinței de prezentare a asigurării atingerii garanțiilor privind costurile de operare, fiind excesivă pentru antreprenor și neîntemeiată.

Referitor la Condiții speciale, aspecte ce țin de eliminarea posibilităților antreprenorului de a solicila, respectiv obține Plata costurilor suplimentare, având în vedere remedierea înțeleasă de entitatea contractantă, solicită Consiliului obligarea acesteia la reformularea clauzelor care sunt amendate, în sensul lipsirii antreprenorului de acest drept, în totalitatea lor, oriunde apar, ca și eliminate, potrivit condițiilor speciale de contract, respectiv obligarea entității contractante la înlocuirea prevederilor sus-criticate cu unele legale, ce oferă pentru antreprenor posibilitatea de a obține plata costurilor suplimentare.

Referitor la respectarea legilor, contestatoarea susține că, la primul paragraf al sub-clauzei 1.13 se adaugă următoarele; „(c) Antreprenorul va derula pe cheltuiala proprie toate activitățile și va pregăti toată documentația necesară pentru a permite Beneficiarului, să obțină și să mențină în vigoare Autorizația de Construire și toate

autorizațiile și avizele aferente, necesare pentru a proiecta, începe și a continua construcția lucrărilor. Se completează Sub-Clauza 1.13 prin adăugarea următoarelor:

Legislația aplicabilă cu relevanță specială referitoare la Contract include, fără a se limita la: Legea nr. 10/1995 și Legea nr. 50/1990 ambele cu toate modificările și completările ulterioare.

„Cu excepția Autorizației de construire care va fi pusă la dispoziție de către Angajator/Beneficiar în baza documentației întocmite de către Antreprenor, autorizațiile și/sau permisele necesare conform cerințelor autorităților naționale/locale relevante se vor obține de către Antreprenor pe cheltuiala sa. Aceste permise includ între altele permise pentru construirea organizării de șantier, devierea traficului, permise de utilizare a unor drumuri, permise de rezidență și de muncă, permise pentru comunicații radio, permise de deviere a unor utilități publice etc.

Antreprenorul va depune către Consultantul supervizare/Inginer în termen de maxim 28 de zile de la semnarea Acordului Contractual, planul detaliat de Implementare a lucrărilor, împreună cu o listă cuprinzând toate permisele necesare cu perioadele de timp necesare obținerii lor astfel încât să permită implementarea în bune condiții și cu stabilirea termenelor conform programului întocmlt și revizuit conform Sub-clauzei 8.3 [Programul de execuție].”

..... SRL consideră că această clauză este una abuzivă, în sensul că stabilește în sarcina antreprenorului anumite obligații care, în lipsa unei enumerări clare, pot conduce la un dezechilibru contractual, atât sub aspect financiar, cât și sub aspect al timpului de obținere a acestor documente, timp ce afectează Programul de Execuție al Contractului.

Răspunsul entității contractante nu clarifică aspectul supus soluționării. Mai mult, reprezintă o recunoaștere a faptului că, în documentația de atribuire, nu sunt precizate explicit toate avizele/ autorizațiile/ permisele.

În consecință, contestatoarea solicită Consiliului obligarea entității contractante la indicarea în mod clar a autorizațiilor/permiselor/ avizelor/înștiințărilor ce sunt în sarcina antreprenorului (în afara de cele care, prin lege, sunt stabilite în sfera proiectantului), precum și cele stabilite în sarcina beneficiarului.

Referitor la Dreptul de acces pe șantier, contestatoarea consideră clauza ca fiind de natură să impună antreprenorului obligații excesive, în cadrul unui contract de proiectare și execuție, în sensul că nu se poate impune obligația de menținere a traficului în sarcina antreprenorului.

Astfel, contestatoarea își menține solicitarea, respectiv obligarea entității contractante la eliminarea obligativității antreprenorului de a menține traficul auto.

În ceea ce privește al treilea paragraf al Sub-Clauzei 4.23, contestatoarea menționează că Ordinul nr. 2266/2012 nu este un

temei de drept al introducerii acestei completări recomandând recepționarea cu sau fără observații a lucrărilor, atâta vreme cât ea nu se regăsește stabilită/impusă în legislație.

Mai mult, în afara faptului că nu se regăsește în HG nr. 273/1994 și nici în legislația achizițiilor publice, este de natură să creeze obligații suplimentare în sarcina antreprenorului, respectiv costuri nejustificate, cauzând implicit prelungiri ale duratei de garanție de bună execuție, a sumelor reținute, a asigurărilor solicitate.

Astfel, societatea contestatoare solicită Consiliului obligarea entității contractante la eliminarea din întregul Contract - Condiții Particulare a tuturor referirilor de înlocuire a sintagmei de „Proces-Verbal de Recepție la Terminarea Lucrărilor" cu „Procesul-Verbal de Recepție la Terminarea Lucrărilor recomandând recenționarea cu sau fără observații a Lucrărilor".

Totodată, postarea avizelor în SEAP cu privire la utilități, contestatoarea consideră că nu reprezintă o achitare de sarcina contractuală din partea entității contractante, avizul având caracter generic, fără a conține informațiile de bază necesare antreprenorului, în funcție de care acesta să examineze corespunzător terenul pentru o execuție optimă.

Față de acest aspect, solicită Consiliului obligarea entității contractante la modificarea clauzei în sensul includerii obligației entității contractante, în calitate de beneficiar, de a pune la dispoziția antreprenorului toate planurile/planșele aferente utilităților, care să ghideze antreprenorul în efectuarea propriilor investigații.

Menținerea în forma actuală a clauzei reprezintă o obligație excesivă pentru antreprenor și o lipsă a asumării răspunderii pentru beneficiar.

Cu privire la Sub-clauza 6.9, contestatoarea menționează că aceasta este nelegală, solicitând transmiterea de către entitatea contractantă a unui răspuns cu privire la întrebările adresate în notificarea prealabilă cu privire la acest aspect.

Totodată, precizează că este de acord cu obligațiile antreprenorului de instruire a personalului beneficiarului până la aducerea stațiilor în parametrii, însă extinderea acestei obligații astfel cum reiese din clauza criticată este un abuz de drept. Astfel, solicită obligarea entității contractante la eliminarea clauzei criticate sau menținerea acesteia, modificată corespunzător și legal cu obligațiile fiecărei părți contractante, și nu prin transferarea întregii obligații de operare a obiectivelor contractate către antreprenor.

..... SRL arată că, la Sub-Clauza 10.2 Recepția unor părți de lucrări, răspunsul prezentat de entitatea contractantă nu este de natură să clarifice și să justifice alegerea contractuală, niciodată exercitarea unui drept neputând fi realizată la latitudinea exclusivă a uneia din părți, cu atât mai mult cu cât în cazul de față, sunt incidente prevederi legale clare. Având în vedere prevederile legale,

condiționarea prevăzută „la latitudinea exclusivă a Beneficiarului” nu are suport legal.

Față de cele precizate, solicită obligarea entității contractante la eliminarea mențiunii „la latitudinea exclusivă a Beneficiarului” și la acceptarea în mod ferm, printr-o clauză contractuală, a posibilității efectuării recepției parțiale pe fiecare obiectiv ce poate funcționa independent de restul obiectivelor, respectiv pe fiecare stație în parte.

Referitor la sub-clauza 13.2, contestatoarea menționează că antreprenorul își asumă și este responsabil pentru proiectul furnizat, inclusiv optimizarea necesară, însă trebuie să existe implicare, rol activ și din partea beneficiarului. Corelativ obligației antreprenorului, trebuie să existe și obligația beneficiarului de a pune la dispoziția antreprenorului toate documentele/informațiile în scopul întocmirii unui proiect corespunzător.

Deși entitatea contractantă susține, în răspunsul său, că, în clauza criticată, nu se face referire la procedura de modificare, contestatoarea susține contrariul.

Prin clauza atacată, antreprenorul este lipsit de dreptul de a iniția vreo modificare, fiind prevăzut că antreprenorul cunoaște că nu are dreptul de a iniția procedura de modificare în propriul beneficiu, ci numai în interesul angajatorului/beneficiarului.

Față de cele precizate, petenta solicită obligarea entității contractante la modificarea clauzei contractuale, în sensul precizării ferme a dreptului antreprenorului de a solicita/iniția o procedură de modificare (solicitare de prelungire a duratei de execuție și costuri), justificată de condiții necunoscute de la momentul ofertării și/sau imposibil de anticipat de părțile contractante pe toată perioada de derulare/implementare a proiectului.

Astfel, pentru argumentele aduse, contestatoarea solicită obligarea entității contractante la modificarea documentației de atribuire (fișa de date, anexa la ofertă și condiții de contract) în conformitate cu criticile promovate în contestație.

Prin adresa nr. 43852/16.11....., înregistrată la Consiliu cu nr. 48852/16.11....., SC ..... SA a transmis punctul de vedere la contestaţia depusă, solicitând respingerea acesteia ca nefondată.

Entitatea contractantă arată că, urmare primirii notificării prealabile nr. R10354/31.10....., a adoptat anumite măsuri de remediere.

Referitor la criticile din contestație, precizează că acordul contractual din cadrul documentației contestate a fost întocmit avându-se în vedere recomandările și modelele ANAP.

Totodată, subliniază faptul că dispozițiile art. 8 alin. (3) din Legea nr. 554/2004 consacră principiul conform căruia libertatea contractuală este subordonată principiului priorității interesului public.

În ceea ce privește condițiile generale contractuale menționează că acestea preiau clauzele FIDIC Cartea Galbenă, în timp ce condițiile

speciale contractuale amendează condițiile generale în conformitate cu prevederile legislației din domeniul achizițiilor publice din România.

Entitatea contractantă a răspuns punctual fiecărei critici aduse de contestator, astfel:

I. Referitor la criticile privind prevederile art. 7.5 și 7.6 din acordul contractual, în cadrul răspunsului la notificarea prealabilă, a precizat că prevederile contractuale în discuție sunt reglementate la art. 243 și 244 din Legea nr. 99/2016.

Legislația în materia achizițiilor publice reglementează în cuprinsul art. 2 alin. (2) lit. e) din Legea nr. 99/2016 principiul proporționalității care conferă dreptul entității contractante de a asigura corelarea între necesitatea obiectului contractului și cerințele solicitate, asigurându-se totodată că ofertantul are capacitatea de a duce contractul la bun sfârșit.

Motivele de denunțare unilaterală vizează fie apariția unor elemente care necesită lansarea unei noi proceduri de achiziții (nereprezentând modificări acceptate în sensul art. 241 din Legea nr. 99/2016), fie elemente care țin de persoana antreprenorului.

Entitatea contractantă a considerat că antreprenorul nu poate pretinde despăgubiri cu atât mai mult cu cât art. 7.3 lit. b) privește elemente care țin exclusiv de culpa antreprenorului, în acest caz devenind aplicabil principiul de drept „nimeni nu își poate invoca propria culpă".

Astfel, analizând prevederile art. 7.5 și 7.6 din acordul contractual se poate observa cu ușurință ca interpretarea acestora nu se poate face decât prin prisma prevederilor art. 7.3 din acordul contractual care stipulează denunțarea unilaterală de către beneficiar.

Critica contestatoarei conform căreia „Articolele invocate de entitatea contractantă reglementează, cu titlu general, Denunțarea unilaterală, ca și modalitate de încetare a Contractului, însă condițiile de aplicabilitate ale acesteia sunt stabilite prin voința fiecărei entități contractante" este nefondată, întrucât motivele incluse la art.7.3 lit. b sunt cazuri specifice, izvorâte din culpa antreprenorului, așa cum este de altfel menționat și în Legea nr. 99/2016, Secțiunea a 3-a, Cazuri specifice de încetare a contractului sectorial, în timp ce motivele precizate la lit. a) și c) cuprind situații imposibil de prevăzut la momentul întocmirii documentației de atribuire, nestipularea în ipoteza incidenței lor a măsurii denunțării contractului fiind de natură a încălca dispozițiile Legii nr. 99/2016, în speță dispozițiile privind modificarea contractului fără organizarea unei noi proceduri de atribuire.

Astfel, rezultă că entitatea contractantă a avut în vedere aplicarea principiului echității în ceea ce privește dreptul antreprenorului la prestațiile executate și în curs de executare, criticile formulate de contestatoare fiind nefondate și solicitările acesteia fără temei.

II. Referitor la criticile contestatoarei privind inaplicabilitatea sub-clauzei 13.8 - Actualizări generate de modificări ale prețului din anexa la ofertă, entitatea contractantă precizează că, în cadrul răspunsului la notificarea prealabilă, a argumentat faptul că articolul referitor la actualizări generate de modificări ale prețurilor nu este aplicabil, întrucât valoarea estimată a contractului a fost fundamentată pe prețuri curente, reprezentând valorile de piață de la data întocmirii Studiului de fezabilitate, actualizate cu inflația pe toată perioada de implementare a proiectului, respectiv până la sfârșitul perioadei de eligibilitate a POIM (31.12.2023).

De altfel, în mod corect, a înscris în cadrul anexei la ofertă faptul că nu sunt aplicabile prevederile sub-clauzei 13.8 Actualizări generate de modificări ale prețurilor, în fișa de date a achiziției, făcând trimitere la prevederile sub-clauzei 13.7 Actualizări generate de modificări ale legilor, nefiind astfel nicio contradicție între cele două documente.

Sub-clauza 13.7 Actualizări Generate de Modificări ale Legilor presupune o modificare ipotetică a prețului numai în cazul în care au loc modificări legislative sau au fost emise de către entitățile locale, acte administrative care au ca obiect instituirea, modificarea sau renunțarea la anumite taxe/impozite locale al căror efect se reflectă în creșterea/diminuarea costurilor pe baza cărora s-a fundamentat prețul contractului sectorial.

Pentru a întări validitatea argumentelor prezentate în cadrul răspunsului la notificarea prealabilă, entitatea contractantă invocă un punct de vedere al Ministerului Dezvoltării Regionale, Administrației Publice și Fondurilor Europene - Direcția Generală Programe Europene Infrastructură Mare - Direcția Gestionare Program, Evaluare și Contractare Proiecte - Serviciul Programare, Pregătire Proiecte.

Având în vedere argumentele prezentate de entitatea contractantă în cadrul răspunsului la notificarea prealabilă, precum și punctul de vedere emis de Ministerul Dezvoltării Regionale, care confirmă cele susținute, consideră că este în mod evident neîntemeiată critica contestatoarei privind caracterul plauzibil al argumentului și viabilitatea calculului, cu atât mai mult cu cât proiectul în cadrul căruia se desfășoară prezenta procedură de atribuire a fost aprobat atât de AM POIM, cât și de asistența tehnică a Comisiei Europene, Jaspers.

Date fiind cele enunțate anterior, solicită respingerea ca nefondate a solicitărilor contestatoarei cu privire la modificarea anexei la ofertă și introducerea în contract a unor clauze/mecanisme de ajustare a prețului și a valorii contractuale.

III. Referitor la criticile contestatoarei privind sub-clauza 18.5 din Anexa la ofertă, entitatea contractantă menționează că a răspuns punctual solicitărilor de clarificări, indicând valoarea asigurărilor aferente proiectării, precum și perioada de valabilitate a acesteia.

Având în vedere că noțiunea de antreprenor vizează operatorul economic individual sau grupul de operatori economici (asociere),

entitatea contractantă nu poate face distincție în funcție de opțiunile pe care le va alege ofertantul:

- ofertant unic, echipa de proiectare aparținând acestuia;
- asociere - ofertant asociat responsabil de componenta de proiectare;
- ofertant unic cu subcontractor responsabil de componenta de proiectare.

În calitatea sa de titular al contractului, antreprenorul (ofertant unic sau lider al asocierii) răspunde de implementarea corespunzătoare integrală a contractului, având obligația de a furniza toate asigurările/ garanțiile solicitate prin documentația de atribuire.

Consideră solicitarea contestatoarei ca fiind nefondată și solicită respingerea cererii de obligare a entității contractante la includerea în anexa la ofertă a unei solicitări exprese de prezentare a asigurării pentru erori de proiectare de la proiectant (în orice formă participă acesta la procedura de atribuire), și nu de la antreprenor.

IV. Referitor la criticile contestatoarei privind sub-clauza 18.6 din anexa la ofertă, entitatea contractantă susține că, în cadrul notificării prealabile, contestatoarea a solicitat indicarea riscurilor ce trebuie acoperite prin asigurarea atingerii garanțiilor privind costurile de operare, precum și eliminarea cerinței de prezentare a asigurării atingerii garanțiilor privind costurile de operare.

Prin răspunsul la notificarea prealabilă, entitatea contractantă a nominalizat punctual fiecare sub-clauză din Condițiile Contractuale Speciale care reglementează Costurile de operare, respectiv sub-clauzele 6.9, 11.1, 11.2, 11.10, 18.6. coroborat cu prevederile anexei la ofertă.

Astfel, își menține punctul de vedere potrivit căruia această asigurare are rolul de a proteja beneficiarul de situația în care se ofertează costuri de operare mici, doar cu scopul de a obține punctaj maxim, iar în realitate, în operare, aceste costuri nu pot fi atinse.

Pe parcursul evaluării ofertelor, beneficiarul se va asigura că propunerea procesului tehnologic și calculele costurilor de operare se bazează pe calculul de proces și caracteristicile echipamentelor prezentate de antreprenor.

Problema costurilor de operare însă, nu se referă la faza de ofertare în care calculele sunt teoretice și se bazează pe o execuție corespunzătoare a lucrărilor și a echipamentelor, ci la faza de operare după terminarea lucrărilor, fază la care calitatea proiectului, execuției și a echipamentelor, face că măsurarea costurilor pe perioada de 12 luni din Perioada de Notificare a Defectelor să valideze, sau nu, calculele teoretice.

Oricare dintre variabilele legate de erori de proiectare, alegere defectuoasă sau încadrare defectuoasă a unor echipamente în schemele de proces, sau execuție necorespunzătoare, poate afecta costul de operare garantat.

În ceea ce privește critica privind afectarea de către beneficiar prin fapta propie a costurilor de operare, precizează că, potrivit clauzelor contractuale, antreprenorul va asigura pe toată perioada de notificare a defecțiunilor prezența în șantier a personalului calificat care să manageriezе personalul operator al beneficiarului.

Solicită respingerea criticilor contestatoarei ca nefondate și menținerea cerinței privind prezentarea asigurării atingerii garanțiilor privind costurile de operare.

V. Referitor la criticile contestatoarei privind referirile contractuale la Plata costurilor suplimentare, entitatea contractantă susține că, la o lecturare atentă a răspunsului la notificarea prealabilă, se poate observa că a adoptat măsuri de remediere în sensul eliminării amendamentelor cu privire la sub-paragraful (b) din cadrul clauzelor contractuale din condiții speciale 4.12, 4.24, 7.4, 8.9 și 10.3.

Mai mult, în data de 06.11..... și 07.11....., a încărcat în SEAP Clarificarea 2 pentru lotul 2 și Clarificarea 5 pentru lotul 1 conținând modificările contractuale, adoptate ca remediere prin răspunsul la notificarea prealabilă.

Date fiind cele prezentate, consideră critica fără obiect și solicită respingerea acesteia ca nefondată.

VI. Referitor la criticile contestatoarei privind sub-clauza 1.13 - Respectarea legilor din Condiții speciale contractuale, entitatea contractantă precizează că, la o lecturare atentă a documentației de atribuire, coroborată cu o cunoaștere temeinică a legislației în domeniu, potențialii ofertanți pot identifica autorizațiile/avizele/înștiințările ce sunt în sarcina antreprenorului.

Consideră nefondată critica privind lipsa indicațiilor referitoare la autorizațiile/avizele/înștiințările ce sunt în sarcina a antreprenorului.

VII. Referitor la criticile contestatoarei privind sub-clauza 2.1 - Dreptul de acces pe șantier, din Condiții speciale contractuale, entitatea contractantă, în răspunsul la notificarea prealabilă, a argumentat faptul că această clauză are în vedere protejarea locuitorilor/proprietarilor din zona de execuție, dacă aceștia există, astfel încât modalitatea de derulare a lucrărilor să nu le afecteze dreptul de acces asupra proprietăților.

În plus față de cele precizate anterior, menționează că, în conformitate cu cerințele caietului de sarcini, Cap. 2 - Secț. 1.1 - CSP, pagina 55, este în sarcina antreprenorului să elaboreze Planul de Management al Traficului.

Prin urmare, obligația menținerii traficului auto, rezultă din legile naționale cu privire la accesul pe drumurile publice și codul rutier.

VIII. Referitor la criticile contestatoarei privind sub-clauza 4.23 - Activitățile antreprenorului pe șantier, din Condiții speciale contractuale, entitatea contractantă menționează că, în cadrul răspunsului la notificarea prealabilă, a justificat utilizarea noțiunii de „Proces-Verbal de Recepție la Terminarea Lucrărilor recomandând recepționarea cu sau fără observații a Lucrărilor" precizând că

sintagma utilizată este în conformitate cu Ordinul nr. 2266/2012, prin care s-a standardizat documentația de atribuire aferentă contractelor de lucrări în domeniul apă/apă uzată. Astfel, în lipsa unei noi documentații standardizate, elaborată în conformitate cu noul pachet legislativ în domeniul achizițiilor publice, beneficiarul a utilizat modelul existent.

Totodată, a menționat în mod clar și fără echivoc faptul că, la momentul recepției la terminarea lucrărilor sau recepției finale, titulatura și forma acestor documente va fi cea reglementată de prevederile HG nr. 273/1994, titulatura documentului în cadrul contractului neavând un impact asupra temeiului legal aplicabil.

IX. Referitor la criticile contestatoarei privind sub-clauza 4.25 - Servicii existente, din Condiții speciale contractuale, entitatea contractantă arată că, fiind un contract de tip proiectare și execuție, antreprenorului îi revine obligația de a efectua etapa de investigație/studii teren, acestea stând la baza efectuării celorlalte etape de realizare a contractului. Nivelul de detaliu al acestor investigații diferențiază cele două tipuri de contracte, respectiv tip proiectare și execuție față de tip execuție.

În contractul de tip proiectare și execuție, antreprenorul execută proiectul, după care întocmește documentațiile de obținere a avizelor de la deținătorii de utilități, care în avizele lor vor marca pe planuri și vor descrie pozițiile infrastructurii specifice. Ca urmare, beneficiarul nu poate obține în avans avize pe un proiect care nu a fost încă executat.

De altfel, la faza de realizare a studiului de fezabilitate s-au efectuat niște investigații necesare pentru acest tip de contract, anexate documentației de atribuire, investigațiile amănunțite (studii/expertize) urmând a fi efectuate de antreprenor.

Aceste investigații, care cad în sarcina antreprenorului, nu au legătură cu documentația de atribuire.

Date fiind cele de mai sus, consideră criticile contestatoarei nefondate și solicită respingerea cererii de obligare a entității contractante la modificarea clauzei, în sensul includerii obligației entității contractante, în calitate de beneficiar, de a pune la dispoziția antreprenorului toate planurile/planșele aferente utilităților.

X. Referitor la criticile contestatoarei privind sub-clauza 6.9- Personalul antreprenorului, din Condiții speciale contractuale, entitatea contractantă face precizarea că intră în sarcina antreprenorului identificarea acestei categorii, precum și stabilirea numărului necesar. Acest aspect decurge din faptul că antreprenorul întocmește manualul de operare al obiectivului de investiții și instruiește personalul beneficiarului. Prin urmare, pe baza conceptului propus de acesta, deține toate informațiile necesare să dimensioneze personalul necesar pentru a sprijini beneficiarul în PND.

Dat fiind faptul că factorul de evaluare vizează costurile de operare garantate este imperios necesar ca antreprenorul să își

dimensioneze personalul care să asigure o operare corespunzătoare a stațiilor proiectate și construite.

Prin intermediul contractului, personalul desemnat de antreprenor are calitatea de împuternicit al beneficiarului în relaționarea cu personalul propriu al acestuia din urmă. În calitatea sa de coordonator se va asigura că personalul beneficiarului, implicat în operare, respectă procedura de operare.

Ținând cont de faptul că prezența personalului calificat al antreprenorului în perioada de PND depinde și de propriile sale performanțe pe perioada de proiectare (dacă este un proiect cu automatizare avansată care reduce la maximum eroarea umană), în perioada de execuție, în modul de elaborare a manualelor de operare și modul de instruire a personalului, atunci antreprenorul este interesat de calitatea lucrărilor sale și, în funcție de modul în care acestea sunt realizate, își poate estima personalul care asigură continuitatea pe perioada de PND.

Cotarea acestor costuri se va realiza prin distribuirea acestora în sumele forfetare incluse în listele de prețuri.

Sub-clauza în discuție se întemeiază și pe faptul că factorul de evaluare privește costul de operare garantat.

Date fiind cele de mai sus, consideră criticile contestatoarei nefondate și solicită respingerea cererii de eliminare a sub-clauzei 6.9 din Condiții speciale contractuale precum și a cererii de modificare a sub-clauzei 6.9 din Condiții speciale contractuale.

XI. Referitor la criticile contestatoarei privind sub-clauza 10.2 - Recepția unor părți de lucrări, din Condiții speciale contractuale, entitatea contractantă precizează că, potrivit art. 1 și 7 din HG nr. 273/1994, criticile sunt nefondate și solicită respingerea cererii de eliminare a mențiunii „la latitudinea exclusivă a Beneficiarului", precum și a cererii de acceptare în mod ferm, printr-o clauză contractuală posibilitatea efectuării recepției parțiale pe fiecare obiectiv ce poate funcționa independent de restul obiectivelor, respectiv pe fiecare stație în parte, acest capăt de cerere fiind lipsit de obiect.

XII. Referitor la criticile contestatoarei privind sub-clauza 13.2 - Optimizarea proiectului, din Condiții speciale contractuale, entitatea contractantă arată că, în conformitate cu clauzele contractuale, după aprobarea proiectului conform clauzei 5, orice modificare a acestuia se va face prin intermediul clauzei de modificare 13.

Date fiind cele spuse, consideră criticile nefondate, și solicită respingerea cererii de obligare a entității contractante la modificarea clauzei contractuale, în sensul precizării ferme a dreptului antreprenorului de a solicita/inița o procedura de modificare (solicitare de prelungire a duratei de execuție și costuri), justificată de condiții necunoscute de la momentul ofertării și/sau imposibil de anticipat de părțile contractante pe toată perioada de derulare/implementare a proiectului.

Astfel, entitatea contractantă consideră că nu a încălcat prevederile legale aplicabile în procedura de atribuire, drept pentru care solicită respingerea contestației ca nefondată și menținerea ca temeinică și legală a întregii documentații de atribuire.

Documentele necesare soluționării cauzei au fost comunicate cu adresa nr. 43853/16.11....., înregistrată la Consiliu cu nr. 49211/ 17.11.....

Din examinarea materialului probator administrat, aflat la dosarul cauzei, Consiliul reţine următoarele:

În vederea atribuirii contractului de lucrări având ca obiect GL – 02 Lucrări de îmbunătățire a infrastructurii de apă și apă uzată în județul ..... – proiectare și execuție (Lot 1-2), ... SA, în calitate de entitate contractantă, a iniţiat procedura de licitație deschisă. Conform anunţului de participare nr. ...../....., publicat în Sistemul Electronic de Achiziţii Publice, data limită de depunere a ofertelor este stabilită pentru 05.01.2018, ora 1600. Valoarea estimată a contractului este de 114.792.019 lei, fără TVA, iar criteriul de atribuire este cel mai bun raport calitate-preț.

Nemulţumită fiind de conținutul documentației de atribuire, ... SRL – ..... a depus contestaţia în analiză, solicitând modificarea acesteia, respectiv fișa de date, anexa la ofertă și condiții de contract.

Referitor la criticile aduse clauzelor 7.5 și 7.6 din acordul contractual, Consiliul reține că acestea prevăd următoarele: *7.5 - Antreprenorul nu va putea pretinde penalităţi sau orice alte tipuri de despăgubire în cazul denunţării unilaterale de către Beneficiar; 7.6 - În cazul denunţării contractului pentru motivele de la art. 7.3 lit. b), Beneficiarul are dreptul la despăgubiri cu titlu de daune-interese compensatorii în cuantum egal cu valoarea Contractului.*

Potrivit art. 244 din Legea nr. 99/2016 *(1) Fără a aduce atingere dispoziţiilor dreptului comun privind încetarea contractelor sau dreptului entităţii contractante de a solicita constatarea nulităţii absolute a contractului sectorial, în conformitate cu dispoziţiile dreptului comun, entitatea contractantă are dreptul de a denunţa unilateral un contract sectorial în perioada de valabilitate a acestuia într-una din următoarele situaţii:*

a) contractantul se afla, la momentul atribuirii contractului, într-una dintre situaţiile care ar fi determinat excluderea sa din procedura de atribuire, în temeiul art. 177;

b) contractul nu ar fi trebuit să fie atribuit contractantului respectiv, având în vedere o încălcare gravă a obligaţiilor care rezultă din legislaţia europeană relevantă şi care a fost constatată printr-o decizie a Curţii de Justiţie a Uniunii Europene.

(2) Entitatea contractantă introduce dreptul de denunţare unilaterală prevăzut la alin. (1) în condiţiile contractuale cuprinse în documentaţia de atribuire.

Într-adevăr, astfel cum a explicat entitatea contractantă, situațiile prevăzute la art. 7.5 și 7.6 privesc denunțarea unilaterală a contractului pentru culpa antreprenorului, și nu a beneficiarului.

Acest aspect nu împiedică includerea în contract, pentru a se asigura echilibrul contractual, a clauzelor care să prevadă și situația în

care antreprenorul are dreptul să fie despăgubit, cu respectarea dreptului comun, precum și a cuantumului despăgubirii.

Faptul că entitatea contractantă este obligată să protejeze interesele și banii publici, nu înseamnă că antreprenorul nu are dreptul de a fi despăgubit dacă sunt îndeplinite condițiile prevăzute de legea comună.

Reglementarea prin Legea nr. 99/2016 a anumitor situații specifice de denunțare unilaterală nu poate conduce la concluzia că nu trebuie incluse în acordul contractual clauze cu privire la despăgubirile pentru antreprenor.

Referitor la faptul că nu se aplică actualizări generate de modificări ale prețurilor, se reține că, la sub-clauza 13.7, s-au prevăzut următoarele: Preţul Contractului va fi actualizat pentru a ţine seama de orice creştere sau diminuare a Costului rezultat din modificarea Legilor Ţării (inclusiv introducerea unor Legi noi şi abrogarea sau modificarea Legilor existente) sau din interpretarea juridică sau oficială, guvernamentală, a unor Legi, promulgate ulterior Datei de Bază, care îl va afecta pe Antreprenor în îndeplinirea obligaţiilor sale potrivit prevederilor Contractului.

Dacă Antreprenorul înregistrează (sau va înregistra) întârzieri şi/sau Costuri suplimentare ca rezultat al acestor schimbări ale Legilor sau interpretări, făcute ulterior Datei de Bază, Antreprenorul va înştiinţa Consultantul de Supervizare şi, cu condiţia respectării prevederilor Sub-Clauzei 20.1 [Revendicările Antreprenorului], va avea dreptul la:

(a) o prelungire a duratei de execuţie pentru orice astfel de întârziere potrivit prevederilor Sub-Clauzei 8.4 [Prelungirea Duratei de Execuţie], dacă terminarea lucrărilor este sau va fi întârziată, şi

(b) plata Costurilor suplimentare, care vor fi incluse în Preţul Contractului.

De asemenea, în fișa de date a achiziției, la cap. II.4) Ajustarea Prețului Contractului, s-a prevăzut: II.4.1) Ajustarea prețului contractului: DA, conform sub-clauzei 13.7 din condiții generale, care se încadrează în prevederile art. 30 alin.(5) din HG 394/2016.

Potrivit art. 30 alin. (5) din normele metodologice, invocat în fișa de date, *În condiţiile art. 236 din Lege, posibilitatea de ajustare a preţului, precizată atât în documentaţia de atribuire, cât şi în contractul care urmează să fie încheiat, dar fără a fi îndeplinite condiţiile prevăzute la alin. (3) este posibilă numai în cazul în care au loc modificări legislative sau au fost emise de către entităţile locale acte administrative care au ca obiect instituirea, modificarea sau renunţarea la anumite taxe/impozite locale al căror efect se reflectă în creşterea/diminuarea costurilor pe baza cărora s-a fundamentat preţul contractului sectorial/acordului-cadru.*

La dosarul cauzei, entitatea contractantă a depus punctul de vedere emis de Ministerului Dezvoltării Regionale, Administrației Publice și Fondurilor Europene - Direcția Generală Programe Europene Infrastructură Mare - Direcția Gestionare Program, Evaluare și Contractare Proiecte - Serviciul Programare, Pregătire Proiecte, în care s-a arătat că, având în vedere că, la nivelul cererii de finanțare, s-au folosit prețuri curente, care includ o creștere estimată a inflației pentru perioada de implementare a proiectului, nu a fost necesară completarea liniei 6 privind ajustarea prețurilor.

Față de cele de mai sus, având în vedere luarea în calculul valorii estimate a prețurilor actualizate cu indicele de inflație și acceptarea ajustării determinate de modificările legislative, Consiliu apreciază că nu se impune obligarea autorității contractante să accepte și actualizări ale prețurilor, altele decât cele prevăzute la art. 30 alin. (5) din normele metodologice aporbate prin Hotărârea Guvernului nr. 394/2016.

Referitor la neconcordanța existentă între documentele întocmite, în sensul că, deși în fișa de date a achiziției, s-a prevăzut actualizarea prețului, în condițiile speciale, sub-clauza 13.8, s-a prevăzut că nu se aplica actualizări ale prețului, ținând seama de explicațiile aduse de entitatea contractantă, în sensul că fișa de date a achiziției privește doar situația sub-clauzei 13.7 – ajustare conform art. 30 alin. (5) din norme, Consiliul apreciază că nu este necesară modificarea documentației de atribuire.

În ce privește criticile aduse sub-clauzei 18. 5 – Valoarea lucrărilor proiectate și perioada de valabilitate a asigurării pentru proiect, Consiliul reține că societatea contestatoare a solicitat ca polița de asigurare pentru erori de proiectare să o prezinte proiectantul, și nu antreprenorul.

Vizavi de inadmisibilitatea criticii, nefiind inclusă în notificarea prealabilă, este de reținut că această solicitare a intervenit urmare răspunsului la notificarea prealabilă nr. R10354/31.10....., astfel că, raportat la art. 6 alin. (11) din Legea nr. 101/2016, o nouă notificare nu era necesară.

Pe fond, critica se constată a fi neîntemeiată, având în vedere că antreprenorul este cel care va participa la procedura de atribuire în calitate de ofertant (în asociere sau în nume propriu), neputându-se impune o obligație de prezentare a poliței de către proiectant. Cum a arătat și entitatea contractantă, titular al contractului este antreprenorul, astfel că acesta are obligația de a furniza toate asigurările/garanțiile solicitate prin documentația de atribuire.

În ce privește necesitatea eliminării cerinței de prezentare a asigurării atingerii garanțiilor privind costurile de operare, Consiliul consideră relevante dispozițiile legale invocate de achizitoare, din Legea nr. 10/1995, respectiv:

- art. 24 Cheltuielile generate de efectuarea unor lucrări suplimentare faţă de documentaţia tehnico-economică aprobată, ca urmare a unor erori de proiectare, sunt suportate de proiectant/proiectantul coordonator de proiect şi proiectanţii pe specialităţi, persoane fizice sau juridice, în solidar cu verificatorii proiectului, la sesizarea justificată a investitorului şi/sau a beneficiarului în baza unui raport de expertiză tehnică elaborat de un expert tehnic atestat;
- art. 30 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;

- art. 31 Proiectanţii, precum şi specialiştii atestaţi tehnico- profesional sau autorizaţi, prevăzuţi la art. 6, au obligaţia să încheie asigurări de răspundere civilă profesională, cu valabilitate pe durata exercitării dreptului de practică;
- art. 32 Proiectanţii, precum şi specialiştii atestaţi tehnico-profesional sau autorizaţi, prevăzuţi la art. 6, au obligaţia de a pune la dispoziţia autorităţilor de reglementare şi/sau de control în construcţii, la solicitarea acestora, documentele întocmite în exercitarea obligaţiilor ce le revin.

Având în vedere dispozițiile citate și lipsa unor argumente pertinente din partea contestatoarei pentru eliminarea cerinței, Consiliul nu va obliga achizitoarea să elimine cerința mai sus amintită.

Vizavi de necesitatea prezentării riscurilor care trebuie acoperite de polița de asigurare, în răspunsul la notificarea prealabilă, achizitoarea a indicat sub-clauzele în cadrul cărora sunt reglementate costurile de operare, respectiv 6.9, 11.1, 11.2, 11.10, 18.6, precum și în anexa la ofertă.

După cum a susținut și achizitoarea, neimplicarea și neasigurarea personalului de către antreprenor în perioada de notificare a defectelor poate conduce la creșteri semnificative ale costurilor de operare, astfel că polița de asigurare privind atingerea garanțiilor privind costurile de operare este îndreptățită.

Referitor la criticile aduse clauzelor contractuale vizând Plata costurilor suplimentare, Consiliul reține că, în răspunsul la notificarea prealabilă, entitatea contractantă a arătat că adoptă ca măsură de remediere eliminarea amendamentelor cu privire la sub-paragraful (b) din cadrul clauzelor contractuale din condiții speciale: 4.12, 4.24, 7.4, 8.9 și 10.3. S-a adăugat că acele costuri suplimentare, ipotetice la acest moment, pe care le poate avea antreprenorul la implementarea contractului vor fi analizate de inginer și beneficiar atunci când acestea vor deveni certe, prin prisma dispozițiilor contractuale și legale incidente, aceste aspecte nefiind refuzate *de plano*.

Având în vedere măsura de remediere luată, publicată în SEAP, critica a rămas fără obiect.

În ce privește sub-clauza 1.13 Respectarea legilor, în răspunsul la notificarea prealabilă, s-a precizat că această sub-clauză are în vedere obținerea de către antreprenor a tuturor avizelor/autorizațiilor/ premiselor care revin, conform legislației, în sarcina sa. Costurile vor fi suportate de partea obligată prin lege să le efectueze, respectiv antreprenor sau beneficiar pentru toate avizele/autorizațiile/permisele care nu sunt precizate explicit în documentația de atribuire.

În punctul său de vedere, entitatea contractantă a indicat autorizațiile/avizele/înștiințările care sunt în sarcina antreprenorului.

Față de răspunsul la notificarea prelalabilă și având în vedere obligația entității contractante de a asigura o informare completă a operatorilor economici, astfel încât aceștia să-și întocmească în mod corespunzător oferta, Consiliul va obliga ..... SA să publice lista

autorizațiilor/avizelor/înștiințărilor a căror obținere cade în sarcina antreprenorului.

Referitor la critica adusă sub-clauzei privind Dreptul de acces pe șantier, Consiliul constată că, în răspunsul la notificarea prealabilă, entitatea contractantă a explicat că această clauză are în vedere protejarea locuitorilor/proprietarilor din zona de execuție, dacă aceștia există, astfel încât modalitatea de derulare să nu le afecteze dreptul de acces asupra proprietăților. Traficul auto și pedestru pentru deținătorii și ocupanții proprietăților adiacente nu poate fi îngrădit de execuția lucrărilor.

Față de explicațiile aduse atât în răspunsul la notificarea prealabilă, cât și în punctul de vedere la contestație, Consiliul apreciază ca fiind corect impusă cerința contestată, fiind obligația antreprenorului să mențină traficul auto, cu atât mai mult cu cât Planul de management al traficului se elaborează de acesta. Mai mult, contestatoarea nu a prezentat argumente în sensul că nu ar fi posibilă execuția contractului cu menținerea traficului auto.

Referitor la critica adusă sub-clauzei privind Activitățile antreprenorului pe șantier, apreciind că nu se impune înlocuirea cuvintelor ”proces-verbal de recepție la terminarea lucrărilor” cu ”proces-verbal de recepție la terminarea lucrărilor *recomandând recepționarea cu sau fără observații a lucrărilor*”, Consiliul constată că, pentru introducerea acestei modificări, achizitoarea a invocat Ordinul 2266/2012, ordin emis în baza unei legislații abrogate (Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006), explicând, în răspunsul la notificarea prealabilă, că, la momentul recepției la terminarea lucrărilor sau recepției finale, titulatura și forma acestor documente va fi cea reglementată de prevederile HG nr. 273/1994, cu modificăriile și completările ulterioare.

Având în vedere cele mai sus reținute, Consiliul apreciază că este necesară eliminarea expresiei ”recomandând recepționarea cu sau fără observații a lucrărilor”, ordinul invocat pentru impunerea ei nemaiputând fi aplicat și, în plus, însăși achizitoarea a recunoscut că, la momentul recepției lucrărilor vor fi aplicate prevederile HG nr. 273/1994.

Referitor la critica adusă sub-clauzei 4.25 privind Serviciile existente, în răspunsul la notificarea prealabilă, entitatea contractantă a explicat că beneficiarul și restul deținătorilor de utilități, în măsura în care vor deține, la momentul predării amplasamentului, vor pune la dispoziție astfel de date care să ghideze antreprenorul în efectuarea propriilor investigații.

Astfel cum a susținut și contestatoarea, punerea la dispoziție a informațiilor de către beneficiar și restul deținătorilor de utilități, *în măsura în care vor deține,* nu poate fi considerată suficientă pentru executarea corespunzătoare a lucrărilor.

Planșele/planurile utilităților existente trebuie puse la dispoziție de entitatea contractantă, pentru a putea fi realizată desfășurarea în bune condiții a contractului, astfel că aceasta va fi obligată în acest sens de Consiliu.

Faptul că, în cauză, se va atribui un contract care presupune atât proiectarea, cât și execuția, nu înseamnă că nu există nicio obligație din partea beneficiarului de a asigura acele informații minime cum sunt planurile utilităților, care să permită antreprenorului efectuarea investigațiilor proprii.

În privința cerinței 6.9 Personalul antreprenorului, se reține că, în răspunsul la notificarea prealabilă, entitatea contractantă a precizat că antreprenorul este cel care își va dimensiona personalul care să asigure o operare a stațiilor proiectate și construite.

Din explicațiile aduse în răspunsul la notificarea prealabilă și punctul de vedere la contestație, rezultă că entitatea contractantă a urmărit ca responsabilitatea pentru asigurarea, instruirea, calificarea personalului, dimensionarea acestuia și estimarea costurilor de personal să fie în sarcina operatorilor economici, nefiind ea cea care stabilește aceste elemente.

O astfel de soluție nu poate fi considerată că împiedică elaborarea unei oferte corespunzătoare, având în vedere că cel care va dimensiona personalul, cu toate implicațiile aferente este ofertantul.

Entitatea contractantă nu era obligată să răspundă la toate întrebările legate de asigurarea personalului, adresate de contestatoare, câtă vreme toate acele aspecte cad în sarcina ofertantului.

Referitor la critica adusă sub-clauzei 10.2 Recepția unor părți din lucrare, entitatea contractantă a invocat, în impunerea cerinței, următoarele dispoziții legale din Regulamentul privind recepția construcțiilor aprobat prin Hotărârea Guvernului nr. 273/1994:

- art. 1 Recepţia construcţiilor constituie o componentă a sistemului calităţii şi reprezintă un proces complex prin care se certifică, în condiţiile legii, finalizarea lucrărilor pentru realizarea unor construcţii noi sau a unor intervenţii la construcţii existente, cu respectarea cerinţelor fundamentale aplicabile şi în conformitate cu prevederile autorizaţiei de construire/desfiinţare, precum şi ale documentelor prevăzute în cartea tehnică a construcţiei.

- art. 7 alin. (1) **În cazul în care investitorul decide, motivat**, preluarea de la executant a unei părţi din construcţie într-un anumit stadiu fizic de execuţie, între investitor şi executant se încheie un proces-verbal de recepţie parţială, în condiţiile legii. (2) În procesul-verbal de recepţie parţială, al cărui model este prevăzut în anexa nr. 1, se consemnează, în mod obligatoriu, după caz: starea părţii de construcţie în cauză, viciile constatate rezultate în urma execuţiei necorespunzătoare pentru care au fost dispuse măsuri şi termene în vederea remedierii acestora, măsurile de conservare a lucrărilor executate.

Având în vedere că, potrivit prevederilor citate, investitorul are posibilitatea preluării unei părți din construcție, prevederea criticată de contestatoare referitoare la faptul că *inginerul poate, la latitudinea exclusivă a beneficiarului, să recomande emiterea unui proces-verbal de recepție la terminarea lucrărilor pentru orice parte a lucrărilor*

permanente cu condiția ca acea parte să fie independentă din punct de vedere fizic și funcțional nu poate fi considerată nelegală.

Referitor la critica adusă sub-clauzei 13.2 Optimizarea proiectului, Consiliul constată că, în răspunsul la notificarea prealabilă, entitatea contractantă a explicat că societatea contestatoare a avut în vedere clauza care vizează procedura de optimizare a proiectului, și nu procedura de modificare, reglementată la sub-clauza 13.3.

În ce privește susținerea contestatoarei că nu are dreptul de a iniția vreo procedură de modificare, pentru situații neanticipate, Consiliul reține că, la sub-clauza 13.1, s-a prevăzut că: Modificările pot fi iniţiate de către Consultantul de Supervizare înainte de emiterea Procesului Verbal de Recepţie la Terminarea Lucrărilor, printr-o instrucţiune sau printr-o solicitare adresată Antreprenorului pentru transmiterea unei propuneri. Modificările nu vor conţine omisiuni ale lucrărilor care urmează să fie executate de alţi antreprenori. Antreprenorul va avea obligaţia de a executa orice Modificare, cu excepţia cazului în care Antreprenorul înştiinţează cu promptitudine Consultantul de Supervizare (prezentând detalii justificative) că (i) Antreprenorul nu poate obţine cu uşurinţă Bunurile necesare pentru Modificare, (ii) aceasta va reduce siguranţa sau compatibilitatea Lucrărilor, sau (iii) aceasta va avea un impact nefavorabil asupra îndeplinirii Listei de Garanţii. După primirea înştiinţării, Consultantul de Supervizare va anula, confirma sau modifica instrucţiunea.

La sub-clauza 13.2, s-a stabilit că Antreprenorul poate transmite oricând Consultantului de Supervizare o propunere scrisă care (în opinia Antreprenorului), dacă va fi adoptată, (i) va urgenta terminarea Lucrărilor, (ii) va reduce costul execuţiei, întreţinerii şi exploatării Lucrărilor, (iii) va îmbunătăţi eficienţa sau valoarea lucrărilor finalizate, sau (iv) din alte considerente va fi în avantajul Beneficiarului.

Această clauză a fost completată, în sensul că au fost adăugate următoarele: Antreprenorul va fi pe deplin responsabil pentru orice propunere făcută potrivit acestei Sub-Clauze, inclusiv în perioada necesară pentru revizuirea şi aprobarea acesteia. Antreprenorul nu va fi îndreptăţit la nicio prelungire a Duratei de Execuţie, Cost sau profit aferente unei asemenea perioade de revizuire şi aprobare. Antreprenorul cunoaste ca nu are dreptul de a initia Procedura de Modificare în propriul beneficiu, ci numai în interesul Angajatorului/Beneficiarului. Consultantul supervizare/Inginer si Angajatorul/Beneficiarul au dreptul suveran de respinge o Propunere de Modificare înaintata de Antreprenor, daca acestia considera ca o astfel de Modificare este de natura a le afecta drepturile lor prevazute de contract.

În punctul său de vedere asupra contestației, entitatea contractantă a explicat că modificarea din inițiativa antreprenorului se va realiza în condițiile sub-clauzei 13.2, prin optimizare proiectului, optimizare care trebuie să producă avantaje beneficiarului.

Or, se constată că, astfel cum a susținut societatea contestatoare, nu au fost incluse prevederi referitoare la dreptul antreprenorului de a solicita o modificare, pentru situații necunoscute la momentul ofertării.

Într-adevăr, modificările nu trebuie să aducă atingere drepturilor beneficiarului prevăzute în contract, însă acest lucru nu înseamnă că antreprenorului poate să îi fie interzisă solicitarea modificării

contractului, în cazurile stabilite, și să fie acceptat doar dreptul beneficiarului de a a avea propuneri de modificare.

Astfel fiind, se constată necesitatea completării clauzelor contractuale cu situațiile în care antreprenorul are dreptul de a propune modificarea contractului, în afara celor privind optimizarea contractului.

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

În temeiul art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, pentru considerentele evocate în motivarea prezentei, admite contestaţia formulată de ..... SRL, în contradictoriu cu ..... SA, și obligă autoritatea contractantă la modificarea/completarea documentației de atribuire, în termen de 15 zile de la primirea deciziei, în sensul celor prevăzute în motivare. Modificările/completările vor fi publicate în SEAP în cadrul aceluiași termen.

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

PREŞEDINTE,	**MEMBRU,**	**MEMBRU,**
.....	**.....**	**.....**