# CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR

C.N.S.C.

Str. Stavropoleos, nr. 6, sector 3, Bucureşti, România, CP 030084, CIF 20329980
Tel. +4 021 3104641 Fax. +4 021 3104642, +40218900745 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 contestația FN (fără număr de înregistrare la emitent), înregistrată la Consiliul Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor sub nr. ...../....., înaintată de SC ....., cu sediul în ....., ....., ..... și cu sediul ales pentru comunicarea actelor de procedură în ....., ....., având cod de identificare fiscală nr. ..., reprezentată legal prin ... – Administrator, împotriva documentației de atribuire elaborate de ..... SA, cu sediul în ....., ....., în calitate de autoritate contractantă în procedura, licitație deschisă, organizată în vederea încheierii unui contract de achiziție publică având ca obiect „.....”, cu anunț de participare nr. ....., publicat în SEAP la ....., s-a solicitat Consiliului:

- „Eliminarea art. 8 din Acordul contractual, prin care este modificată Sub-clauza 3.5 [Stabilirea Modului de Soluţionare] din Condiţiile Speciale ale Contractului;
- Eliminarea art. 16 din Acordul contractual, prin care este modificată Sub-clauza 11.9 [Procesul - verbal de Recepţie Finală] din Condiţiile Speciale ale Contractului;
- Eliminarea art. 20.2 din Acordul contractual, prin care este modificată implicit clauza 14.7 din Condiţiile Speciale ale Contractului;
- Eliminarea art. 23 şi 24 din Acordul contractual, prin care este este modificată Clauza 20 [Revendicări, Dispute şi Arbitraj] din Condiţiile Speciale ale Contractului;
- Eliminarea art. 28.2 din Acordul contractual, care instituie un caz de denunțare unilaterală a Contractului;
- Dispunerea modificării prevederilor din Anexa la Ofertă (anexa nr. 1 la formularul nr. 7) în ceea ce privește penalitățile stipulate în legătură

cu Sub-clauzele 4.17, 4.23, 6.1, 11.1 din contract, în sensul reducerii acestor penalități;

- Dispunerea modificării prevederilor din Anexa la Ofertă (anexa nr. 1, la formularul nr. 7) în ceea ce privește valoarea minimă a certificatului interimar de plată, la care se referă Sub-clauza 14.6 din Condițiile Speciale ale Contractului;

- Eliminarea cerinței nr. 2 din Fișa de Date a Achiziției;

- Dispunerea modificării Sub-clauzei 8.1 din Condițiile Speciale, în sensul diminuării perioadei în care se poate emite ordinul de începere a lucrărilor.

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

Contestatoarea precizează că, anterior depunerii contestației, a formulat o notificare prealabilă, la 23.08....., însă nu a primit niciun răspuns, în termenul prevăzut de art. 6 alin. (4) din Legea nr. 101/2016.

Ca primă critică, contestatoarea supune atenției faptul că Acordul contractual cuprinde mai multe neclarități care trebuie înlăturate, precum art. 8, care modifică, în mai multe privințe, Sub-clauza 3.5 [Stabilirea Modului de Soluționare] din Condițiile Speciale ale Contractului:

(i) atribuie Inginerului rolul care, conform Condițiilor Speciale, aprobate prin Ordinul nr. 146/2011 şi Condițiilor Generale, aprobate prin HG nr. 1405/2010, revine Comisiei de Adjudecare a Disputelor;

(ii) prevede termene convenționale de decădere din drepturile decurgând din Contract, excesiv de scurte (42 de zile), încălcând HG nr. 1405/2010 şi Ordinul nr. 146/2011, şi restricționând nepermis accesul la justiție al antreprenorului;

(iii) înlătură competența tribunalului arbitral şi o înlocuiește cu competența exclusivă a instanțelor de contencios administrativ, contrar HG nr. 1405/2010, Ordinului nr. 146/2011 și mai multor reglementări primare care garantează investitorilor dreptul de opțiune între instanțele de drept comun şi arbitraj.

De asemenea, Art. 16 din Acordul contractual modifică Sub-clauza 11.9 [Procesul-verbal de Recepție Finală] din Condițiile Speciale ale Contractului, clauza propusă încălcând Ordinul nr. 146/2011 şi HG nr. 1405/2010. Prin această modificare, emiterea procesului-verbal de recepție finală este supusă unei condiții care constă în emiterea procesului-verbal de recepție finală pentru un alt contract, încheiat de către Beneficiar, anume, contractul nr. 92/79372/20.11.2013 („Construcţia variantei de ocolire Târgu Jiu"). Ordinul nr. 146/2011 şi HG nr. 1405/2010 nu conțin o asemenea condiție, care este profund prejudiciabilă pentru Antreprenorul ale cărui drepturi contractuale - de exemplu, dreptul la restituirea unei părți a garanțiilor - ar deveni, prin clauza propusă, dependentă de conduita unui alt antreprenor, dintr-un alt contract.

Art. 20.2 din Acordul contractual modifică Sub-clauza 14.7 [Plățile] din Condițiile Speciale, aprobate prin Ordinul nr. 146/2011, în sensul că se instituie, pentru plata facturii emise de către Antreprenor, un termen de 60 de zile, calculat fie de la data primirii facturii (dacă certificatul de plată aferent a fost aprobat deja de către Beneficiar), fie de la data aprobării certificatului de plată aferent, de către Beneficiar (dacă factura a fost emisă anterior aprobării certificatului). Această prevedere constituie o derogare nepermisă de la dispozițiile Ordinului nr. 146/2011 şi, în plus, astfel cum vom arăta, instituie un mecanism de plată care încalcă Legea nr. 72/2013 privind măsurile pentru combaterea întârzierii în executarea obligațiilor de plată a unor sume de bani.

Art. 23 şi 24 modifică Sub-clauza 20.1 din Condițiile Speciale ale Contractului şi, sub aparența unei modificări, suprimă Sub-clauzele 20.2-20.8, eliminând, din mecanismul de soluționare a disputelor, Comisia de Adjudecare a Disputelor şi tribunalul arbitral, şi prevăzând competența exclusivă a instanțelor de contencios administrativ şi fiscal. Aceste prevederi sunt, astfel, nevalabile, pentru motivele deja amintite în cazul art. 8 din Acordul contractual .

Art. 28.2 din Acordul contractual cuprinde un caz de denunțare a contractului inexistent în condițiile contractuale aprobate prin HG nr. 1405/2010 sau prin Ordinul nr. 146/2011. Prin această prevedere, Beneficiarului i se conferă dreptul de a denunța unilateral contractul pentru simplul motiv că a fost sistată alocarea resurselor financiare. Potrivit art. 28.3 din Acordul contractual, în această ipoteză, de denunțare a contractului, Antreprenorul are dreptul numai la plata corespunzătoare a părții din contract deja îndeplinite până la data denunțării unilaterale, fără a putea solicita daune-interese. Or, condițiile contractuale, aprobate prin HG nr. 1405/2010 şi prin Ordinul nr. 146/2011, prevăd obligația beneficiarului de plată a prețului - în special în Clauza 14 - fără a permite exonerarea Beneficiarului de această obligație, sub motiv că se sistează alocarea resurselor financiare. Ca atare, Beneficiarul are obligația de a-şi asigura finanțarea, concluzie care, de altfel, rezultă şi din reglementările legale privind execuția bugetară (Legea nr. 500/2002 şi Normele metodologice aprobate prin Ordinul ministrului finanțelor publice nr. 1792/2002).

În Anexa la Ofertă (anexa nr. 1 la formularul nr. 7), prevederile în legătură cu Sub-clauzele 4.17, 4.23, 6.1, 11.1 cuprind penalități excesive: 1.500 de lei pentru fiecare zi de întârziere în mobilizarea utilajelor, începând cu a șasea zi de la data transmiterii Ordinului de mobilizare; 10.000 de lei pentru fiecare zi de întârziere în degajarea șantierului de obstacole inutile; 1.500 de lei pentru fiecare zi de întârziere în mobilizarea personalului, începând cu a șasea zi de la data transmiterii Ordinului de mobilizare; 40.000 de lei pentru fiecare persoană înlocuită din categoria personalului - cheie; 4.000 de lei pe zi pentru întârzierea în actualizarea programului de execuție; şi 100.000 de lei pe zi pentru întârzierea în remedierea defectelor. Prin cuantumul penalităților prevăzute, aceste clauze contravin art. 49 şi 50 din Legea

nr. 98/2016 privind achiziţiile publice, excluzând din procedură Antreprenori de mici dimensiuni. De asemenea, stipularea acestor penalități excesive ar fi ”nevalabilă” pentru obiect ilicit, în condițiile Codului civil.

Totodată, anexa la Ofertă (anexa nr. 1 la formularul nr. 7) prevede, în legătură cu Sub-clauza 14.6 [Emiterea Certificatelor de Plată Interimare], că valoarea minimă a Certificatului Interimar de Plată este de 25% din întreaga valoare acceptată a contractului. Această prevedere impune Antreprenorului să se autofinanțeze, pentru perioade lungi de timp, neputând solicita o plată decât atunci când suma la care este îndreptățit atinge pragul de 25% din prețul total. Consecința este excluderea din procedură a Antreprenorilor de mici dimensiuni, care depind, în mai mare măsură, de fluxul financiar asigurat prin plăți periodice, în baza certificatelor interimare de plată.

Și cerința nr. 2 din Fișa de Date a Achiziției (pagina 8) prevede că ”[ofertantul trebuie să demonstreze că are la dispoziție/are acces la următoarele utilaje, instalații şi echipamente tehnice pentru execuția lucrărilor: a) laborator autorizat de minim grad II conform Ordinului Ministerului Dezvoltării şi Turismului nr. 1497/2011". Această cerință presupune ca un Antreprenor, fie acesta şi străin şi de mici dimensiuni, să aibă acces la un laborator autorizat, în România, de către Institutul de Stat în Construcții, conform Ordinului nr. 1497/2011. Fiind discriminatorie, în privința acestor antreprenori, prevederea încalcă art. 49-50 din Legea nr. 98/2016.

Contestatoarea detaliază susținerile anterioare, motivând nevoia modificării/eliminării textelor criticate:

Referitor la Sub-clauza 8.1 din Condițiile Speciale, care prevede că „Inginerul va transmite Antreprenorului o înștiințare privind data de începere a lucrărilor cu cel puțin 42 de zile înainte de această dată şi Data de începere a Lucrărilor nu va depăși cu mai mult de 365 de zile data semnării Acordului Contractual", în opinia contestatoarei, prejudiciază posibilitatea de a oferta în mod competitiv cu privire la criteriul perioadei de execuție, fiind imposibil de determinat, cu precizie rezonabilă, ce perioadă totală de execuție va fi necesară, de vreme ce Data de începere poate interveni, conform Condițiilor Speciale, şi la 1 an de la semnarea Acordului Contractual.

Față de aceste prevederi ale documentației de atribuire, contestatoarea se consideră vătămată, întrucât se creează un dezechilibru pronunțat între drepturile Antreprenorului şi drepturile autorității contractante. Imposibilitatea de a recurge la procedurile specifice contractelor FIDIC, în ceea ce privește soluționarea disputelor, termenele nerezonabil de scurte pentru valorificarea judiciară a pretențiilor, faptul că emiterea procesului-verbal de recepție finală depinde de modul în care un alt antreprenor execută un alt contract, lipsa oricărui termen în care Beneficiarul trebuie să aprobe certificatele de plată - aprobare de care depinde plata efectivă către Antreprenor - posibilitatea autorității contractante de a denunța Contractul ca urmare a

sistării alocării de resurse financiare etc., pun Antreprenorul într-o situație net dezavantajoasă.

Prin urmare, în opinia contestatoarei, toate aceste prevederi diminuează atractivitatea contractului şi beneficiile pe care persoanele interesate, inclusiv ea, le-ar obține din participarea în procedură.

Privitor la condițiile financiare, consideră că sunt discriminatorii, şi operează în detrimentul antreprenorilor de mici dimensiuni. Astfel, sunt în această categorie: termenul incert pentru plata certificatelor de plată, riscul de suportare a pierderilor cauzate de denunțarea unilaterală de către Beneficiar, ca urmare a unei lipse de finanțare, a penalităților excesive şi a pragului de 25% din valoarea acceptată a contractului, prevăzută ca valoare minimă a certificatelor interimare de plată (art. 20.2 şi 28.2 din Acordul contractual, penalitățile prevăzute în Anexa la Ofertă în legătură cu subclauzele 4.17, 4.23, 6.1, 11.1, şi pragul prevăzut în Anexa la Ofertă în legătură cu clauza 14.6). Antreprenorii de mici dimensiuni depind, în mai mare măsură, de un flux normal al plăților şi nu pot suporta penalități excesive, astfel că sunt excluși *de facto* din procedură prin efectul clauzelor arătate.

Prin urmare, unele dintre prevederile vizate de contestație îi afectează disproporționat pe antreprenorii străini, cum este şi autoarea criticilor. Acest efect rezultă, de exemplu, prin stipularea competenței exclusive a instanței române de contencios administrativ, în locul procedurii standardizate FIDIC pentru soluționarea disputelor, procedură generalizată şi cunoscută antreprenorilor în plan internațional.

Totodată, același tip de discriminare rezultă din cerința nr. 2 din Fișa de Date a Achiziției, care impune accesul la un laborator autorizat, în România, de către Institutul de Stat în Construcții.

Concluzionând, contestatoarea având interes să pătrundă, în România, pe piața proiectelor mici şi medii de infrastructură rutieră – se consideră vătămată în interesul legitim de a participa, cu șanse rezonabile, în procedura de licitație, şi de a putea beneficia, în caz de atribuire a contractului, de clauze echilibrate economic şi conforme cu reglementările care guvernează Contractul preconizat (în special, Legea nr. 98/2016, HG nr. 1405/2010 şi Ordinul nr. 146/2011).

Revenind la art. 8 al acordului contractual, contestatoarea susține că acesta tinde să deroge, sub cel puțin trei aspecte, de la regulile aprobate prin HG nr. 1405/201 și prin Ordinul nr. 146/2011.

Este extrem de scurt termenul de 42 de zile de la transmiterea unei înștiințări de nemulțumire față de absența sau de conținutul unei soluții a Inginerului, în care Părțile pot sesiza forul competent pentru soluționarea disputei apărute (la rândul său, înștiințarea de nemulțumire trebuie transmisă în 30 de zile de la expirarea termenului de stabilire a soluției sau de la primirea soluției criticate). Or, HG nr. 1405/2010 şi Ordinul nr. 146/2011 nu prevăd, în legătură cu Sub-clauza 3.5, vreun asemenea termen de decădere. Dimpotrivă, din Sub-clauzele 20.1 şi următoarele, în formele aprobate prin aceste acte normative, rezultă că nu există un termen de decădere pentru inițierea procedurii contractuale de

soluționare a disputelor (prin Comisia de Adjudecare a Disputelor şi, apoi, prin arbitraj) ulterior unei soluții nemulțumitoare din partea Inginerului, ci Părțile trebuie să se supună, în această privință, cerințelor legale aplicabile, adică regimului general al prescripției extinctive.

Prin raportare la calea contenciosului administrativ, pe care o impune art. 8 din acordul contractual, contestatoarea concluzionează că este nevalabilă și încalcă regulile procedurii de contencios-administrativ prevăzute de Legea nr. 554/2004.

De asemenea, art. 8 încalcă și dispozițiile legale imperative privind dreptul investitorilor/al părților contractelor de achiziții publice de a recurge la arbitraj.

Art. 16 al aceluiași acord contractual, în opinia contestatoarei, încalcă Ordinul nr. 146/2011 și HG nr. 1405/2010, schimbând radical mecanismul sub-clauzei 11.9, întrucât se prevede, în plus față de condițiile impuse, şi o cerință complet independentă de Antreprenor şi de lucrarea care îi este încredințată: ”[emiterea Procesului Verbal de Recepție Finală este condiționată de emiterea Procesului Verbal de Recepție Finală a lucrărilor ce fac obiectul contractului nr. 92/79372/20.11.2013 „Construcția variantei de ocolire Târgu Jiu". Textul din art. 16 pare să conțină şi o eroare materială, în sensul că ar trebui să se refere la Certificatul de Recepție Finală, iar nu la procesul-verbal emis în procedura administrativă de recepție, însă, întrucât cel din urmă este, la rândul său, o condiție pentru emiterea Certificatului de Recepție Finală, concluzia nevalabilității art. 16 din Acordul contractual se menține, indiferent dacă este înțeles ca referind-u-se la Certificatul de Recepție Finală sau la procesul-verbal de recepție finală, emis în procedura administrativă, conform HG nr. 273/1994.

Prin documentația de atribuire, autoritatea contractantă nu poate deroga de la condițiile contractuale impuse, cu caracter obligatoriu, de HG nr. 1405/2010 şi de Ordinul nr. 146/2011, întrucât schimbă radical mecanismul recepției finale prevăzut de aceste două acte normative, făcând ca această recepție să depindă de conduita unui alt antreprenor, cu privire la un alt contract de achiziții publice, art. 16 din Acordul contractual încalcă HG nr. 1405/2010 şi Ordinul nr. 146/2011 şi este, prin urmare, nevalabil.

Și art. 20.2 din acordul contractual, în opinia contestatoarei este nevalabil, întrucât prin mecanismul instituit pentru plata Certificatelor Interimare de Plată către Antreprenor, încalcă condițiile contractuale impuse prin ordinul nr. 1406/2011, Legea nr. 72/2013 și Legea nr. 98/2016.

În ceea ce privește art. 23 și 24 din acordul contractual criticat, în opinia contestatoarei derogă în mod nepermis de la acest mecanism firesc, specific contractelor FIDIC, şi prevede decăderea automată a Antreprenorului din drepturile sale şi în cazul în care acesta nu reușește să transmită revendicarea detaliată în termenul de 42 de zile.

Totodată, art. 24 din Acordul FIDIC, nevalabilitatea este manifestă şi decurge din înlocuirea subclauzelor 20.2 - 20.8, astfel cum acestea rezultă din HG nr. 1405/2010 şi din Ordinul nr, 146/2011, cu o

prevedere unică, prin care toate litigiile sunt date în competența instanței de contencios administrativ.

În consecință, art. 24 este nevalabil pentru motivele deja analizate în legătură cu art. 8 (care modifică Sub-clauza 3.5): încalcă prevederile obligatorii ale HG nr. 1405/2010 şi încalcă, de asemenea, drepturile şi garanțiile acordate antreprenorilor/investitorilor prin art. 57 din Legea nr. 101/2016 şi prin art. 4 alin. (2) lit. g) din OUG nr. 92/1997.

În ceea ce privește prevederea de la art. 28.2 a acordului contractual prin care beneficiarului i se conferă dreptul de a denunța unilateral contractul ca urmare a sistării alocării de resurse financiare, este nevalabilă în opinia contestatoarei, întrucât ca şi în cazul celorlalte prevederi din documentația de atribuire, vizate de prezenta contestație, art. 28.2 din Acordul contractual derogă de la regulile obligatorii aprobate prin HG nr. 1405/2010 şi prin Ordinul nr. 146/2011, care nu prevăd vreun drept de denunțare pentru pretinsa lipsă a finanțării. Dimpotrivă, de vreme ce condițiile contractuale FIDIC fac referire, în special în Clauza 14, doar la obligația Beneficiarului de a plăti prețul Contractului, fără să prevadă vreo exonerare sub motiv că este oprită alocarea de resurse financiare, este implicită o obligație de rezultat a Beneficiarului de a-şi asigura resursele financiare necesare pentru realizarea proiectului în legătură cu care se încheie Contractul.

De asemenea, această prevedere încalcă reglementări financiar-fiscale cu caracter obligatoriu, pentru că premisa acestui caz de denunțare este aceea a încheierii Contractului şi a angajării cheltuielilor corespunzătoare peste limita unor credite de angajament aprobate, prevăzute de art. 4 din Legea nr. 500/2002 privind finanțele publice.

Contestatoarea mai supune atenției că penalitățile stabilite în anexa la ofertă, excesive în opinia sa și de natură să descurajeze, în mod disproporționat, antreprenorii de mici dimensiuni, ale căror resurse financiare nu permit expunerea la riscul plății unor penalități atât de ridicate, aplicabile chiar pentru neexecutări neînsemnate (de exemplu, Antreprenorul ar datora 100.000 de lei pentru o singură zi de întârziere în remedierea defectelor lucrării). Efectul acestor penalități este de a descuraja şi de a înlătura, din procedura de achiziții publice, antreprenorii de mici dimensiuni. Or, acest efect implică o discriminare bazată pe capacitatea financiară a antreprenorilor, penalitățile fiind, astfel, contrare principiului nediscriminării, prevăzut în art. 2 şi art. 49 -50 din Legea nr. 98/2016.

Referitor la emiterea certificatelor interimare de plată de 25% din valoarea acceptată a contractului, contestatoarea susține că acest prag valoric ridicat nu are vreo justificare obiectivă și, având în vedere efectul similar celui produs de termenele incerte de plată a facturilor, constituie o discriminare contrară art. 2 și art. 49 - 50 din Legea nr. 98/2016.

În ceea ce privește cerința nr. 2 din fișa de date a achiziției de demonstrare de către ofertant că are la dispoziție/are acces la un laborator autorizat de minim grad II conform Ordinului Ministerului Dezvoltării și Turismului nr. 1497/201 și sub-clauza 8.1 din *Condiții*

*Speciale*, unde se prevede că data începerii lucrărilor, ”nu v-a depăși cu mai mult de 365 de zile data semnării acordului-cadru”, contestatoarea susține că această prevedere este profund prejudiciabilă pentru antreprenorii interesați de depunerea unei oferte. Prin urmare, ea nu ar putea oferta în mod realist, o perioadă mai mică de 9 luni, întrucât orice perioadă mai scurtă ar presupune un risc prea ridicat de nefinalizare a lucrărilor în termen și de expunere la penalități, suferind un impact mare ca urmare a expunerii la plata de penalități.

În finalul cererii, contestatoarea solicită și suspendarea procedurii până la soluționarea cauzei pe fond.

În drept, se invocă Legea nr. 98/2016, Legea nr. 101/2016, Legea nr. 554/2004, Legea nr. 72/2013, OUG nr. 92/1997, HG nr. 1205/2010 și Ordinul 146/2011.

..... SA a comunicat Consiliului, prin adresa sa nr. 92/69177 din 12.09....., copii ale documentelor din dosarul achiziției, menționând că va comunica și un punct de vedere asupra contestației.

De asemenea, prin adresa nr. 92/69302 din aceeași dată, autoritatea contractantă a transmis un punct de vedere față de solicitarea de suspendare a procedurii, în cuprinsul căreia a amintit și că ar fi luat măsuri de remediere a actelor atacate.

Prin adresa FN (fără număr de înregistrare la emitent), înregistrată la CNSC sub nr. 38408/13.09....., contestatoarea a trimis Precizări la contestație, prin care aduce la cunoștință că, la data de 30.08....., au fost publicate măsuri de remediere, de către autoritatea contractantă, fără a i se comunica un răspuns la notificarea prealabilă, în sensul manifestării intenției de adoptare a măsurilor de remediere.

Cu privire la acestea, contestatoarea precizează că s-au adus modificări asupra art. 8 din acordul contractual, referitor la sub-clauza 3.5 [Stabilirea modului de soluționare], asupra art. 23 din acordul contractual la sub-clauza 20.1 [Revendicările Antreprenorului] din condițiile contractuale. În esență, în forma modificată, sub-clauza 20.1 reia mecanismul sub-clauzei 3.5 în ceea ce privește modul de soluționare, de către inginer, a revendicărilor părților, precum și modalitatea de contestare a acestor determinări, alternativ, prin cererea adresată instanței de contencios-administrativ sau prin arbitraj.

De asemenea, a fost modificat art. 28 din acordul contractual și mai multe modificări asupra anexei la ofertă, respectiv:

- Perioada de execuție, anterior de 6 luni, este prevăzută ca fiind între minim 6 luni şi maxim 9 luni (Sub-clauza 1.1.3.3.);

- Penalitatea pentru înlocuirea personalului-cheie (Sub-clauza 6.1) a fost diminuată de ia 40.000 de lei la 15.000 de lei pentru fiecare persoană înlocuită;

- Penalitățile pentru remedierea cu întârziere a defectelor (Sub-clauza 11.1) au fost reduse de la 100.000 de lei la 10.000 de lei pentru fiecare zi de întârziere;

- Valoarea minimă a Certificatului Interimar de Plată (Sub-clauza 14.6) a fost diminuată de la 25% din Valoarea de Contract Acceptată la 15% din această valoare.

Prin urmare, având în vedere măsurile de remediere adoptate, contestatoarea precizează că nu își mai menține cererile constând în diminuarea penalităților prevăzute în anexa la ofertă, în legătură cu sub-clauzele 6.1 și 11.1 și diminuarea valorii minime a Certificatelor Interimare de Plată, prevăzută, în anexa la ofertă, în legătură cu sub-clauza 14.6.

În ceea ce privește art. 8 din Acordul contractual (referitor la Sub-clauza 3.5, contestatoarea susține că, deși nu se mai prevede termenul de decădere – foarte scurt, de 42 de zile – pentru formularea acțiunii ulterioare unei determinări a Inginerului (sau lipsei acesteia) şi nici competența exclusivă a instanțelor de contencios administrativ, este suprimat, în continuare, rolul Comisiei de Adjudecare a Disputelor. În sistemul condițiilor contractuale FIDIC, aceasta este o entitate imparțială învestită cu soluționarea disputelor părților în cadrul unei proceduri prearbitrale, rol pe care Inginerul nu îl poate îndeplini în mod efectiv de vreme ce, potrivit Clauzei 3 din condițiile contractuale, acesta acționează, în realitate, ca un împuternicit al Beneficiarului.

Referitor la art. 23 din acordul contractual, care modifică Sub-clauza 20.1, în opinia contestatoarei, în forma modificată, se prevede, în continuare, sancțiunea decăderii Antreprenorului din dreptul de a valorifica o pretenție, dacă nu transmite revendicarea sa detaliată în termen de 42 de zile de la data la care a cunoscut sau trebuia să cunoască împrejurările care au generat pretențiile. Pentru motivele deja arătate în secțiunea III.D din contestație, aceasta este o restrângere nerezonabilă a drepturilor Antreprenorului, stipulată cu încălcarea HG nr. 1405/2010 şi a Ordinului nr. 146/2011.

Totodată, modificările aduse Sub-clauzelor 20.2-20.8 – alternativa, încalcă regimul clauzei compromisorii, în opinia contestatoarei, (caracterul exclusiv al competenței tribunalului arbitral, conform art. 553 C. proc. civ.). Prin urmare, prevederile rămân contrare HG nr. 1405/2010 şi Ordinului nr. 146/2011, care prevăd doar competența tribunalului arbitral, precum şi contrare garanțiilor prevăzute de art. 57 din Legea nr. 101/2016 şi de art. 4 alin. (2) lit. g) din OUG nr. 92/1997, deoarece, chiar presupunând că stipulația introdusă în Sub-clauzele 20.2-20.8 (ca şi în Sub-clauzele 3.5 şi 20.1), ar fi o clauză compromisorie eficace, dreptul Antreprenorului de a obține soluționarea litigiului prin arbitraj ar fi iluzoriu, cât timp autoritatea contractantă ar putea, prin simpla introducere a unei cereri, să fixeze ea însăși competența instanței de drept comun, cu privire la respectivul litigiu.

Contestatoarea mai supune atenției și faptul că în art. 28 din Acordul contractual, s-a prevăzut că denunțarea unilaterală - inclusiv în cazul sistării alocării de resurse financiare - este posibilă doar dacă nu există culpă din partea Beneficiarului, nu înlătură nevalabilitatea acestei clauze. Prin urmare, denunțarea unilaterală, într-o asemenea ipoteză,

încalcă regimul de drept financiar aplicabil cheltuielilor publice efectuate de către autoritatea contractantă și nu este prevăzută nicăieri în HG nr. 1405/2010 ori în Ordinul nr. 146/2011. Pe de altă parte, obligația autorității contractante de a plăti prețul contractului este o obligație monetară, având ca obiect bunuri de gen, astfel că existența şi executarea sa nu sunt afectate de cazul fortuit sau de forța majoră, conform art. 1634 alin. (6) Cod civil (răspunderea este independentă de culpă).

În ceea ce privește toate celelalte prevederi din documentația de atribuire, criticate, contestatoarea precizează că își menține argumentele și solicitările din contestație.

La solicitarea Consiliului transmisă autorității contractante cu adresa nr. 40898/..... ...../29.09....., de a i se comunica ”dovada recepționării de către contestatoare a punctului de vedere nr. 64825 din 30.08.....”, aceasta a răspuns cu adresa nr. 75080/29.09....., înregistrată la CNSC sub nr. 40946/29.09....., la care atașează și ”confirmarea de transmitere cu succes, prin fax, a celor 29 de pagini reprezentând:

- Punctul de vedere emis de autoritatea contractantă - 5 pagini
- Măsurile de remediere adoptate – 1 pagină
- Acordul contractual revizuit – 19 pagini
- Anexa la Ofertă revizuită – 4 pagini”.

Analizând susținerile părților și documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul reține următoarele:

Pentru încheierea unui contract de achiziție publică având ca obiect „.....”, ..... SA, în calitate de autoritate contractantă, a inițiat procedura, licitație deschisă, prin publicarea, în SEAP, a anunțului de participare nr. ....., publicat în SEAP la ....., precum și a documentației de atribuie aferente.

Nemulțumită de unele prevederi ale documentației de atribuire, SC ..... a înaintat contestația de față, solicitând eliminarea unor clauze contractuale, modificarea altora, precum și eliminarea unei cerințe (nr. 2) din fișa de date a achiziției, dar și suspendarea procedurii.

Față de solicitarea contestatoarei de suspendare a procedurii de atribuire până la soluționarea cauzei pe fond, Consiliul s-a pronunțat prin Încheierea nr. 479/...../..... din 12.09....., în sensul admiterii ei.

Până la momentul prezentei, Consiliul nu a primit un punct de vedere al autorității contractante, asupra criticilor pe fond, motiv pentru care a făcut aplicarea prevederilor art. 18 alin. (3) din Legea nr. 101/2016.

Cu toate acestea, la solicitarea Consiliului, autoritatea contractantă a transmis, la 29.09....., prin corespondența înregistrată la CNSC sub nr. 40946/29.09....., copii ale măsurilor de remediere ce ar fi fost comunicate contestatoarei, a unui punct de vedere, precum și a acordului contractual atacat și a anexei la ofertă (revizuite).

Consiliul reține că, în speță, părțile sunt în dispută cu privire la ”o serie de prevederi care încalcă reglementările legale aplicabile - în special Legile nr. 98/2016 și 101/2016, HG nr. 1405/2010 și Ordinul nr. 146/2011” (cum susține contestatoarea), adică, asupra unora dintre clauzele contractuale care sunt atașate documentației de atribuire.

De asemenea, Consiliul are în vedere că, în concordanță cu prevederile art. 3 alin. (1) lit. z) din Legea nr. 98/2016, documentaţia de atribuire este ”documentul achiziţiei care cuprinde cerinţele, criteriile, regulile şi alte informaţii necesare pentru a asigura operatorilor economici o informare completă, corectă şi explicită cu privire la cerinţe sau elemente ale achiziţiei, obiectul contractului şi modul de desfăşurare a procedurii de atribuire, inclusiv specificaţiile tehnice ori documentul descriptiv, condiţiile contractuale propuse, formatele de prezentare a documentelor de către candidaţi/ofertanţi, informaţiile privind obligaţiile generale aplicabile”, iar în concordanță cu prevederile art. 154 din lege, ”Autoritatea contractantă are obligaţia de a elabora documentaţia de atribuire care conţine toate informaţiile necesare pentru a asigura operatorilor economici o informare completă, corectă şi precisă cu privire la cerinţele achiziţiei, obiectul contractului şi modul de desfăşurare a procedurii de atribuire”.

Preliminar, Consiliul reține că autoritatea contractantă a înțeles să utilizeze, ca parte a documentației de atribuire, condiții contractuale ce se regăsesc în Anexa 2 a HG nr. 1405/2010 privind aprobarea utilizării unor condiţii contractuale ale Federaţiei Internaţionale a Inginerilor Consultanţi în Domeniul Construcţiilor (FIDIC) pentru obiective de investiţii din domeniul infrastructurii de transport de interes naţional, finanţate din fonduri publice.

De asemenea, Consiliul reține că împotriva unora dintre aceste clauze (art. 8, art. 16, art. 20.2, art. 23-24 și art. 28 din Acordul Contractual; clauzele privitoare la penalități; subclauzele 8.1 din Condițiile Speciale de Contract; Anexa 1 a Formularului 7, coroborată cu subclauza contractuale 14.6), dar și împotriva cerinței din fișa de date a achiziției privind nevoia ca antreprenorul să aibă la dispoziție un laborator autorizat de grad II (minim), SC ..... a formulat o notificare prealabilă contestației, prin care a solicitat măsuri de remediere.

Consiliul mai reține că, ulterior notificării, autoarea acesteia a înaintat contestație, deși autoritatea contractantă a adus unele modificări cerințelor atacate, dar fără ca aceasta din urmă să dea eficiență deplină regulii de comunicare a măsurilor, prevăzute la alin. (6) al art. 6 din Legea nr. 101/2016, în sensul că nu a înștiințat operatorul economic interesat: ”În cazul procedurilor care se publică în SEAP, măsurile adoptate potrivit alin. (5), înainte de data-limită de depunere a solicitărilor de participare sau, după caz, a ofertelor, se comunică, în termen de o zi lucrătoare de la adoptare, atât persoanei care a notificat autoritatea contractantă, cât şi celorlalţi operatori economici implicaţi în procedura de atribuire prin publicarea în SEAP”.

Totodată, Consiliul constată că autoritatea contractantă a publicat în SEAP, la data de 30.08....., unele măsuri de remediere, precum și Acordul contractual revizuit, dar și Anexa la Ofertă revizuită, demers față de care contestatoarea SC ..... face precizări (adresa nr. 3840/13.09.....) că nu mai susține solicitările din contestație privind:

- *Diminuarea penalităților prevăzute, în Anexa la Ofertă, în legătură cu Sub-clauzele 6.1 și 11.1;*
- *Diminuarea valorii minime a Certificatelor Interimare de Plată, prevăzută, în Anexa la Ofertă, în legătură cu Sub-clauza 14.6.*

În același timp, contestatoarea precizează că își menține celelalte critici, motiv pentru care Consiliul va face analiza lor.

Văzând criticile contestatoarei legate de prevederile art. 8 din *Acordul contractual* [referitor la sub-clauza 3.5 *Stabilirea modului de soluționare*], respectiv aparenta *suprimare a rolului Comisiei de adjudecare a Disputelor*, concomitent cu învestirea Inginerului cu atribuțiile acestei comisii, Consiliul constată netemeinicia lor.

Pe de o parte, Consiliul constată că autoarea criticilor a luat la cunoștință de măsurile de remediere adoptate de autoritatea contractantă, în legătură cu termenele de soluționare a disputelor și cu dreptul alternativ, de învestire a instanței sau a Curții de Arbitraj, acceptând-o pe prima dintre ele.

Or, prin precizările la contestație, autoarea acesteia susține, în tot, criticile inițiale privind înlăturarea Comisiei de Adjudecare a Disputelor (CAD), iar în parte, criticile privind implicarea, în continuare, a Inginerului, existența unor termene de decădere din dreptul de a formula unele revendicări, aspecte care ar reprezenta o îngrădire a drepturilor sale.

Contrar susținerilor amintite, în sinteză, Consiliul constată că, din interpretarea subclauzelor *20.6. Arbitrajul* și următoarele, din cuprinsul HG nr. 1405/2011, invocată chiar de contestatoare, învestirea Curții de Arbitraj nu este condiționată de existența unei decizii a Comisiei de Adjudecare a Disputelor, și nici de parcurgerea obligatorie a unei etape prealabile în fața acestei comisii. De altfel, în subclauzele amintite se face referire chiar la posibila inexistență a CAD.

În același timp, Consiliul constată că autoritatea contractantă, odată cu implicarea Inginerului în soluționarea divergențelor (ca si CAD, acesta poate fi martor în fața Curții de Arbitraj), a precizat termene de implicare a lui egale cu termenele aferente activității CAD, precizate în HG nr. 1405/2011, ceea ce relevă că întinderea lor nu ar putea să vatăme un drept aferent al contestatoarei.

Cât privește modul alternativ de învestire cu soluționarea unei dispute, din subclauza 3.5 Stabilirea modului de soluționare, din modelul de Acord contractual, Consiliul reține că autoritatea contractantă a precizat, printre altele: *(...) Partea nemulțumită se va adresa instanței judecătorești de contencios administrativ și fiscal română sau Curții de Arbitraj Comercial Internațional, în conformitate cu OUG nr. 92/1997 cu*

*modificările și completările ulterioare*. Or, potrivit art. 11 din OUG nr. 92/1997 *privind stimularea investițiilor directe*:

*Litigiile dintre investitorii străini şi statul român cu privire la drepturile şi obligațiile rezultând din prevederile cap. II şi III, precum şi ale cap. V vor fi soluționate, la alegerea investitorului, potrivit procedurii instituite prin:*

*a) Legea contenciosului administrativ nr. 29/1990 şi Legea nr. 105/1992 cu privire la reglementarea raporturilor de drept internațional privat;*

*b) Convenția pentru reglementarea diferendelor relative la investiții între state şi persoane ale altor state, încheiată la Washington la 18 martie 1965 şi ratificată de România prin Decretul Consiliului de Stat nr. 62/1975, (...), atunci când investitorul străin este cetățean al unui stat-parte la convenție şi diferendul este rezolvat prin conciliere şi/sau arbitraj. În astfel de situații, o societate română în care investitorii străini dețin - potrivit legii române - o poziție de control, aceasta va fi considerată, conform art. 25 alin. (2) lit. b) din convenție, ca având naționalitatea investitorilor străini [...].*

De asemenea, Consiliul are în vedere și prevederile art. 57 din Legea nr. 101/2016, conform cărora: *Părţile pot conveni ca litigiile în legătură cu interpretarea, încheierea, executarea, modificarea şi încetarea contractelor să fie soluţionate prin arbitraj*.

Mai mult, Consiliul constată că autoarea criticilor opune prevederilor acestor legi dispozițiile HG nr. 1405/2011 și ale Ordinului nr. 146/2011, acte normative cu putere juridică inferioară.

În aceste condiții, autoritatea contractantă a respectat prevederile legale în vigoare, așa cum au fost mai sus menționate, Consiliul constatând că nu există un drept exclusiv de învestire, în soluționarea disputelor, doar a tribunalului arbitral, art. 553 din Codul de procedură Civilă (*Încheierea convenției arbitrale exclude, pentru litigiul care face obiectul ei, competența instanțelor judecătorești*) stabilind contrariul susținerilor contestatoarei.

Prin urmare, Consiliul va respinge, ca nefondat, în temeiul amintitului art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, capătul de cerere privind eliminarea art. 8 din Acordul contractual.

În mod implicit, pentru același raționament juridic, Consiliul va respinge și capătul de cerere prind eliminarea art. 23 și 24 din Acordul contractual, ca nefondat.

Cu privire la susținerile contestatoarei în legătură cu pretinsa nevoie de eliminare a art. 16 din Acordul contractual, prin care ar fi modificată incorect Sub-clauza 11.9 (Procesul verbal de recepție finală) din Condițiile Speciale ale contractului, Consiliul constată temeinicia lor.

Consiliul reține faptul că amintitul art. 16, prin care ar fi modificată Sub-clauza 11.9 (Procesul-verbal de recepție finală), din Clauzele Speciale, a devenit art. 15 din Acordul contractual, revizuit prin măsurile de remediere ale autorității contractante, publicate în SEAP la data de 30.08.....

Astfel, este de reținut că, potrivit textului aferent din Acordul contractual, parte a documentației de atribuire, autoritatea contractantă, în calitate de Beneficiar, a prevăzut că: ”Emiterea Procesului verbal de Recepție Finală este condiționată de emiterea Procesului verbal de recepție finală a lucrărilor ce fac obiectul contractului nr. 92/79372/20.11.2013 Construcția variantei de ocolire Târgu-Jiu”.

Or, condiționarea semnării procesului-verbal al recepției finale a lucrărilor executate în cadrul contractului de lucrări ce urmează a fi atribuit prin prezenta procedură, de finalizarea conformă a unui alt contract de lucrări, derulat cu un alt antreprenor, al cărui obiect este diferit, apare contrară regulilor din domeniu. Chiar dacă obiectul celor două contracte se referă la lucrări de construcții conexe, în sensul obținerii unei variante de ocolire a orașului Târgu Jiu, cu interdependență în rezultatul lor (consolidare a terenului de fundare și construcție a variantei de ocolire, bazată și pe această consolidare), execuția acestora va fi asigurată de Antreprenori diferiți, iar perioadele de execuție sunt diferite în timp. Astfel, urmărirea rezultatului lor nu este total interdependentă.

Consiliul are în vedere și că Regulamentul de recepție a lucrărilor de construcții, aprobat prin HG nr. 273/1994, precizează că recepția finală se organizează după expirarea perioadei de garanție (art. 24), urmând a fi finalizată, exclusiv, în raport cu constatările comisiei de recepție, consemnate în procesul-verbal care se pune la dispoziția executantului (inclusiv, după remedierea oricăror defecte/vicii ale construcției), după însușirea de către proprietar (art. 31-32):

*Art. 24. - Recepţia finală este organizată de proprietar, acesta stabilind data de începere a recepţiei finale, în maximum 10 zile de la expirarea perioadei de garanţie. Perioada de garanţie este cea prevăzută de lege sau cea ofertată de către executant în cadrul procedurii de achiziţie a execuţiei lucrărilor şi menţionată în contractul de execuţie/lucrări, care nu poate fi mai mică decât cea prevăzută de lege.*

*Art. 31. - Data finalizării recepţiei finale este data semnării de către proprietar a procesului-verbal de recepţie finală.*

*Art. 32. - Procesul-verbal de recepţie finală se comunică de către proprietar, respectiv asociaţia de proprietari legal constituită, în termen de 5 zile de la data finalizării recepţiei:*

*a) autorităţii administraţiei publice competente, emitente a autorizaţiei de construire/desfiinţare;*

*b) executantului;*

*c) Inspectoratului de Stat în Construcţii - I.S.C.*

În acest context, Consiliul constată că se impune eliminarea condiționării emiterii Procesului verbal de Recepție Finală pentru lucrările ce fac obiectul prezentului contract, în discuție, de emiterea Procesului verbal de recepție finală a lucrărilor ce fac obiectul contractului nr. 92/79372/20.11.2013 Construcția variantei de ocolire Târgu-Jiu.

Prin urmare, Consiliul va admite capătul de cerere privind eliminarea art. 15 (fost 16) din Acordul Contractual, în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, urmând ca

autoritatea contractantă să aducă la cunoștința viitorilor executanți modificarea în cauză, în maxim 11 zile.

În referire la pretinsa instituire a unui mecanism de plată contrar dispozițiilor Legii r. 72/2013 și Ordinului nr. 146/2011, prin condiționarea plății în maxim 60 de zile după aprobarea certificatului de plată aferent facturii, Consiliul constată că, în fapt, autoritatea contractantă a adus modificări prevederilor art. 20.2 din Acordul Contractual (prin măsurile de remediere), dar a menținut termenul de plată 60 de zile, de la data aprobării Certificatului de plată (art. 20 a devenit art. 19).

Or, prin prevederile art. 19.1, autoritatea contractantă precizează că subclauzele aferente din Condițiile Speciale de Contract (inclusiv 14.7), referitoare la plăți, emiterea certificatelor de plată și rambursare, se aplică sub rezerva respectării Legii nr. 72/2013.

De asemenea, la art. 19.2 se precizează (motivează) nevoia utilizării unui termen de plată de maxim 60 de zile prin complexitatea contractului și volumul mare de documente.

Consiliul constată că, pe de o parte, referirea autorității contractante la prevalența prevederilor Legii nr. 72/2013 nu reprezintă o clauză care să aibă un conținut precis, corect și complet, așa cum impun prevederile art. 154 din Legea nr. 98/2016.

Pe de altă parte, Legea nr. 72/2013 impune autorităților contractante (prin art. 6) un termen de plată de maxim 30 zile de la primirii facturii, iar un termen contractual mai mare este permis doar în cazuri excepționale, obiectiv justificate (conform art. 7).

În situația dată, cu atât mai mult cu cât este necesară obținerea aprobării certificatului de plată, ocazie cu care se face verificarea documentelor aferente plății, nu există o motivare rezonabilă a prelungirii acestui termen de plată la 60 de zile, după aprobarea certificatului. Lucrările în cauză nu au un caracter de complexitate tehnică care ar necesita o verificare a documentelor justificative într-o perioadă atât de lungă, iar regulile FIDIC stabilesc reguli de decontare adecvate tipului de contract ales de autoritatea contractantă. Pentru aceste motive, Consiliul consideră că sunt întemeiate criticile contestatoarei.

În același timp, pentru a exista concordanță între clauzele Acordului Contractual și cele ale Condițiilor Speciale, Consiliul va admite modificarea art. 19 Plățile (fost 20), în partea ce privește termenul de plată de 60 de zile, respingând cererea de eliminare în tot a art. 20.2 (actual 19.2).

Astfel că, în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite în parte capătul de cerere aferent și va obliga autoritatea contractantă la modificarea art. 19.2 (implicit, a art. 19.1) privitor la termenul maxim de plată, în sensul corelării acestuia cu dispozițiile legale aplicabile, sus amintite. Măsura de modificare a clauzelor va fi asigurată de autoritatea contractantă în maxim 11 zile de la primirea deciziei.

În temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (6), din legea amintită, Consiliul va respinge cererea de anulare în tot a articolului 19.2 (fost 20.2) din Acordul Contractual.

Privind pretinsul drept de denunțare unilaterală, din partea beneficiarului, în cazul sistării alocării de resurse financiare, ce nu ar fi prevăzut în HG nr. 1405/2010, ori în Ordinul nr. 146/2011, cu referire la clauza 14 din condițiile contractuale FIDIC, ce ar fi afectată de art. 28.2 din Acordul Contractual, Consiliul constată netemeinicia susținerilor.

Consiliul reține că, în fapt, forma inițială a art. 28.2 din Acordul Contractual a fost modificată, prin remedierile dispuse de autoritatea contractantă și luate la cunoștință de contestatoare.

Conform noului format, denunțarea contractului pentru lipsa fondurilor reprezintă o clauză cu caracter obiectiv, întrucât conținutul său trebuie înțeles în contextul în care lipsa alocărilor bugetare nu reprezintă un rezultat al conduitei beneficiarului. Astfel, pentru a opera această exonerare de răspundere, sistarea alocării resurselor trebuie să nu-i fie imputabilă.

În același timp, Consiliul reține că există clauze (în Condițiile Speciale ale Contractului) care asigură drepturi similare denunțării amintite, pentru ambele părți, contrar susținerilor contestatoarei, care pretinde că în cazul derulării unui contract FIDIC nu ar exista o astfel de posibilitate (vezi clauza 15.2 și clauza 16.2).

De altfel, sistarea alocării în cauză trebuie să fie definitivă, nefiind susceptibilă de confuzie cu situația întârzierii sau amânării la plată, ce ar putea conduce, spre pildă, doar la suspendarea executării lucrărilor, conform clauzei nr. 16.1 din aceleași Condiții Speciale ale Contractului.

Astfel, Consiliul consideră că autoritatea contractantă a dat eficiență practică interdicției din art. 14 alin. (3) din Legea nr. 500/2002: „Nici o cheltuială din fonduri publice nu poate fi angajată, ordonanțată și plătită dacă nu este aprobată potrivit legii și nu are prevederi bugetare”, care nu poate aduce o vătămare, de plano, autoarei contestației.

Prin urmare, Consiliul va respinge, ca nefondat, capătul de cerere privind eliminarea articolului 28.2, în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016.

În privința pretinsului nivel excesiv al penalităților, aferente Sub-clauzelor 4.17, 4.23, Consiliul constată că autoarea criticilor (menținute prin *Precizările* la contestație) nu indică un nivel acceptabil al acestora, pentru a putea fi analizată oportunitatea reducerii cerute.

În același timp, Consiliul constată că pretinsele *penalități excesive,* cuprinse în Anexa la Ofertă (anexa nr. 1 la formularul nr. 7), în legătură cu Sub-clauzele 4.17, 4.23, priveau următoarele situații: 1.500 de lei pentru fiecare zi de întârziere în mobilizarea utilajelor, începând cu a șasea zi de la data transmiterii Ordinului de mobilizare; 10.000 de lei pentru fiecare zi de întârziere în degajarea șantierului de obstacole inutile.

Or, văzând conținutul documentului Anexa la Ofertă (anexa nr. 1 la formularul nr. 7), retransmis după măsurile de remediere adoptate de autoritatea contractantă, penalitățile de întârziere aferente Sub-clauzei 4.23, respectiv: *10.000 de lei pentru fiecare zi de întârziere în degajarea șantierului de obstacole inutile,* nu mai există. Astfel, Consiliul constată că, la acest moment, solicitarea modificării lor a rămas fără obiect.

În același timp, întârzierea în mobilizarea utilajelor, despre care antreprenorul a pretins că le deține (prin ofertă), după termenul maxim de mobilizare indicat în contract (6 zile), reprezintă un motiv întemeiat pentru ca Beneficiarul să ia măsuri de constrângere care să asigure un comportament corect al Antreprenorului.

Prin urmare, Consiliul consideră că penalitatea stabilită nu reprezintă o clauză abuzivă, în contextul contractual analizat, iar nivelul său nu apare ca fiind excesiv.

Astfel, Consiliul va respinge capătul de cerere privind modificarea prevederilor Anexei la Ofertă, în privința penalităților, ca nefondat.

Referitor la susținerile contestatoarei vizând aparenta nelegalitate a *cerinței 2* de la pct*. III.2.3.a) Capacitatea tehnică și/sau profesională* din fișa de date a achiziției, respectiv, *Ofertantul trebuie să demonstreze că are la dispoziție/are acces la următoarele utilaje, instalații și echipamente tehnice pentru execuția lucrărilor: a) Laborator autorizat de minim grad II conform Ordinului Ministerului Dezvoltării și Turismului nr. 1497/ 2011,* Consiliul constată netemeinicia lor*.*

Astfel, Consiliul reține că, potrivit respectivei fișe de date a achiziției, autoritatea contractantă a precizat care este *Modalitatea de îndeplinire* a cerinței:

*Cerința 2 - partea I*

*În vederea îndeplinirii cerinței, Ofertantul/Ofertantul asociat/ Terțul susținător va completa DUAE - Partea IV "Criteriile de selecție" - Secțiunea C "Capacitatea tehnica si profesionala". Ofertantul clasat pe primul loc după aplicarea criteriului de atribuire va prezenta, anterior atribuirii contractului, la solicitarea Autoritatii Contractante, certificate/ documente care atesta indeplinirea cerintei, si anume: documente care sa ateste ca are la dispozitie/are acces la utilajele, instalatiile si echipamentele tehnice pentru executarea contractului, tipul echipamentului/utilajului, producatorul si modelul echipamentului/ utilajului, seria si numarul echipamentului/utilajului. Aceste documente vor fi prezentate si de catre ofertantul asociat, in situatia in care resursele acestuia au fost luate in considerare pentru indeplinirea cerintei.*

*Nota 1: Accesul la utilajele, instalatiile si echipamentele tehnice indicate in cerinta se poate face printr-unul sau mai multe dintre metodele urmatoare: detinerea in dotarea proprie, inchiriere, comodat, leasing, contract de prestari servicii, etc.*

*Nota 2: Dacă un grup de operatori economici depune o ofertă comună, cerința se demonstrează prin luarea in considerare a resurselor tuturor membrilor grupului. (...)*

*Nota 3: În vederea îndeplinirii cerinței, Ofertantul poate beneficia de susținerea unui/unor terț/terți. (...)*

*Cerința 2 - partea II*

*Nota 5: În cazul în care beneficiază de susținere din partea unui terț, ofertantul va prezenta: (...). c) documente care să ateste că are la dispoziție/are acces la utilajele, instalațiile si echipamentele tehnice pentru executarea contractului, (...)*

*Nota 6: Utilajele, instalațiile si echipamentele tehnice vor fi la dispoziția Ofertantului pentru executarea activităților specifice din cadrul contractului.*

Din informațiile mai sus reținute, Consiliul constată, preliminar, că cerința privind dovedirea deținerii, sub orice formă, a unui *Laborator autorizat de minim grad II conform Ordinului Ministerului Dezvoltării și Turismului nr. 1497/2011,* trebuie îndeplinită de ofertantul desemnat câștigător, indiferent de forma de prezentare a ofertei (individual, sau într-un grup: asociere sau având susținerea unui terț).

Totodată, Consiliul are în vedere că autoarea criticilor pretinde că cerința în cauză ar fi discriminatorie pentru ofertanți de mici dimensiuni sau care nu sunt rezidenți în România.

Or, deși contestatoarea nu pune în discuție utilitatea cerinței, ci doar pretinsa discriminare a unui tip de ofertanți din care ar face parte, Consiliul are în vedere că, indiferent de modul de organizare a acestora, conform prevederilor Legii nr. 10/1995 privind calitatea în construcții, executanții lucrărilor au obligații de asigurare a unui nivel corespunzător de calitate a acestora (art. 14 alin. 2), dar și obligația de a gestiona probele de utilizare a unor produse agrementate/conforme sau impuse prin proiect (art. 23 lit. f: *utilizarea în execuţia lucrărilor numai a produselor şi a procedeelor prevăzute în proiect, certificate sau pentru care există agremente tehnice, care conduc la realizarea cerinţelor fundamentale, precum şi gestionarea probelor-martor;*).

Or, prin evocatul Ordin nr. 1497/2011 al MDT, nu se impune ca laboratorul să aparțină unui operator economic care are ca obiect de activitate construcțiile civile.

În aceste condiții, nefiind necesar ca executantul să dețină propriul laborator, însă fără a fi negată utilitatea intervenției în derularea lucrărilor, Consiliul constată că cerința criticată, impusă de autoritatea contractantă, respectă prevederile legale aplicabile în materia achizițiilor publice, capătul de cerere aferent criticilor amintite urmând a fi respins, ca nefondat, în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016.

Cu privire la pretinsul caracter discriminator al termenului maxim (365 zile de la semnarea contractului) în care s-ar putea emite ordinul de începere a lucrărilor, Consiliul constată că subclauza 8.1 din Clauzele

Speciale ale Contractului reproduce textul din Ordinul nr. 146/2011 privind aprobarea condiţiilor contractuale speciale ale contractelor.

În consecință, orice reducere a acestui termen ar putea fi considerată a afectare a drepturilor oricărui alt participant la procedura de atribuire, care ar opune chiar textul actului normativ, unui astfel de demers al autorității contractante.

În același timp, invocarea de către contestatoare a posibilității de intervenire a timpului nefavorabil care ar afecta termenul de execuție, scurt, pe care l-ar propune, reprezintă un pretext nefondat. În concordanță cu prevederile subclauzei 4.25 Jurnalul de Şantier, din aceleași Condiții Speciale ale Contractului, pauzele de muncă determinate de condițiile meteorologice nefavorabile sunt acceptate drept incidente care pot afecta, în mod neimputabil, termenul de execuție.

În acest context, Consiliul va respinge capătul de cerere privind modificarea subclauzei 8.1 din Condițiile Speciale, ca nefondat.

Având în vedere aspectele mai sus analizate, în temeiul dispoziţiilor art. 26 alin. (2) şi (5) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite contestația formulată de SC ....., în partea privind eliminarea prevederilor art. 15 (fost art. 16) din Acordul contractual - Contractul de execuție lucrări – ....., dar și în privința modificării art. 19 Plățile (fost 20.2), în ce privește termenul de plată de 60 de zile. În același timp, Consiliul dispune eliminarea prevederilor art. 15 din Acordul contractual, dar și modificarea termenului de plată, în acord cu dispozițiile legale aplicabile, în termen de 11 zile de la primirea deciziei, măsuri ce vor fi publicate în SEAP.

De asemenea, în baza art. 26 alin. (6) din lege, Consiliul va respinge, celelalte cereri de modificare a documentației de atribuire, ca nefondate.

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

**CONSILIUL DECIDE:**

Admite, în parte, contestația SC ....., în contradictoriu cu ..... SA, împotriva documențației de atribuire din procedura inițiată cu anunț de participare nr. ....., publicat în SEAP la ....., respectiv, cererea de eliminare a prevederilor art. 15 din Acordul contractual privitor la procesul-verbal de recepție finală, și obligă autoritatea contractantă la această eliminare, dar și la modificarea art. 19.2 (implicit, a art. 19.1) privitor la termenul maxim de plată, în sensul corelării acestuia cu dispozițiile legale aplicabile, sus amintite.

Obligă autoritatea contractantă ca, în termen de 11 zile de la primirea deciziei, cu respectarea dispozițiilor legale și a celor evocate în motivare, să remedieze documentația de atribuire, în sensul precizat în motivare și să publice în SEAP a această măsură de remediere.

Respinge, ca nefondate, celelalte cereri de modificare a documentației de atribuire, menționate în contestație și în *Precizări*.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părţi, dar împotriva ei se poate formula plângere, în termen de 10 zile de la comunicare, în temeiul art. 29 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

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

**...** **..** **...**

Redactată în 4 exemplare originale, conţine 20 pagini.