CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C.N.S.C.

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

În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) și ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr. ...
Data: ...

Prin contestația nr. ..., înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. ..., formulată de ..., cu sediul în ...., formulată împotriva documentației de atribuire elaborată de ... cu sediul în ...., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de licitație deschisă organizată în vederea încheierii unui contract de lucrări având ca obiect **"...»"**, s-au solicitat următoarele:

"- admiterea prezentei contestaţii;

- obligarea autorităţii contractante la:

1) modificarea acordului - contractual în sensul respectării formatului de acord - contractual stabilit prin dispoziţiile HG nr. 1 din 10 ianuarie 2018 pentru aprobarea condiţiilor generale și specifice pentru anumite categorii de contracte de achiziţie aferente obiectivelor de investiţii finanţate din fonduri - Anexa 2 - Condiţii generale și specifice și acordul contractual pentru contractele de proiectare și execuţie de lucrări, aşa cum acestea au fost publicate în Monitorul Oficial nr. 26 din 11.01.2018 - în special eliminarea din versiunea propusă de acord - contractual a art. 5.10. - Managementul riscurilor, având în vedere existenţa si conţinutul Clauzei 68. din Condiţiile aprobate prin HG nr. 1/2018;

2) obligarea autorităţii contractante, ulterior operării modificărilor, de a publica o erată, în conformitate cu dispoziţiile art. 55 alin. (1) din HG nr. 395/2016".

Prin contestația fără număr de înregistrare la emitent, din ..., înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. ..., înaintată de ..., cu sediul în ...., unde solicită comunicarea tuturor actelor de procedură, înmatriculată în Registrul Comerţului sub nr. ....., formulată împotriva documentației de atribuire elaborată de către aceeași

autoritate contractantă, în cadrul aceleiași proceduri de atribuire, s-au solicitat următoarele:

”2. Admiterea prezentei contestaţii, astfel cum a fost formulată;

3. Obligarea autorităţii contractante la adoptarea măsurilor de remediere, astfel cum acestea sunt detaliate în conţinutul prezentei contestaţii;

4. Obligarea autorităţii contractante de a prelungi perioada de elaborare şi de depunere a ofertelor cu 30 zile din momentul modificării cerinţelor din documentaţia de atribuire”.

În cadrul procedurii a fost solicitată de ... și *Suspendarea procedurii de atribuire,* soluționată de Consiliu prin Încheierea nr. .... prin care această cerere a fost respinsă.

Aplicând dispozițiile art. 17 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, pentru pronunțarea unei soluții unitare, Consiliul conexează cele două dosare.

CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR,
asupra cauzei de față, constată următoarele:

Consiliul a fost legal sesizat să soluționeze contestațiile de față, prin care ... și ... atacă conținutul documentației de atribuire elaborată de ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de licitație deschisă organizată în vederea încheierii unui contract de lucrări având ca obiect ”...»”.

Prin contestația nr. ..., înregistrată la Consiliu cu nr. ..., formulată de **...,** cu datele de identificare susmenționate, se critică conţinutul acordului - contractual publicat în SICAP, de către autoritatea contractantă, ca parte a documentaţiei de atribuire.

... arată că, potrivit mențiunilor din cadrul punctului II.1.4. al fișei de date a achiziției: *Descrierea succintă a contractului sau a achiziției/achizițiilor* - obiectul contractului îl reprezintă, *”...»”,* în conformitate cu prevederile condițiilor de contract - Anexa nr. 2 - aprobate prin HG nr. 1/10.01.2018 pentru aprobarea condiţiilor generale şi specifice pentru anumite categorii de contracte de achiziţie aferente obiectivelor de investiții finanțate din fonduri publice.

Prin urmare, contestatorul învederează că, condițiile contractuale avute în vedere spre aplicare de către autoritatea contractantă sunt cele stabilite prin HG nr. 1/2018 - respectiv prin Anexa 2 a acestui act normativ, ce stabilește Condiţiile generale şi specifice şi acordul contractual pentru contractele de proiectare şi execuţie de lucrări.

Conform dispoziţiilor art. 2 și art. 5 din HG nr. 1/2018, arată contestatorul, condiţiile contractuale și forma de acord - contractual au fost stabilite printr-un act normativ cu caracter imperativ, publicat în Monitorul Oficial şi nesusceptibile, cu excepţiile expres prevăzute, de nicio modificare. ”Alterarea” formei şi conţinutului acestora, în orice modalitate şi suplimentar excepţiilor prevăzute, este nelegală şi echivalează practic cu modificarea actului normativ care le-a instituit.

Potrivit precizărilor existente în cadrul secţiunii ”Condiţii specifice pentru contractul de proiectare şi execuţie pe lucrări” din Anexa 2 a HG nr. 1/2018, învederează autorul contestației, sunt evidențiate, în mod clar, care sunt clauzele din condiţiile generale ce pot fi clarificate, amendate sau în privinţa cărora se pot institui excepţii de aplicabilitate de la Condiţiile generale. La fel de clar se arată că prevederile clauzelor nemodificate de condiţiile speciale sunt valabile în forma dată de condiţiile generale. Din ultima menţiune, care este suficient de explicită, reiese că autorităţile contractante au dreptul de a elabora Condiţii Speciale numai cu privire la subclauzele și numai în legătură cu subiectele din tabel, orice altă Condiţie Specială fiind nulă.

Având în vedere cele de mai sus, contestatorul apreciază că autoritatea contractantă are obligaţia de a prelua atât textul condiţiilor generale, cât şi al acordului - contractual, stabilite printr-o hotărâre de Guvern publicată în Monitorul Oficial, iar unicele modificări pot viza exclusiv clauzele menţionate în tabelul respectiv.

De asemenea, susține că, în acest sens este și conținutul Notei de fundamentare la HG nr. 1/2018 pentru aprobarea condiţiilor generale şi specifice pentru anumite categorii de contracte de achiziţie aferente obiectivelor de investiţii finanţate din fonduri publice, disponibilă la adresa de internet http://gov.ro/ro/print?modul=subpagina&link=nota-de-fundamentare-hg-nr-1-10-01-2018.

Totodată, afirmă că, în tabelul circumscris Condiţiilor Specifice nu figurează şi Clauza 68. din Condiţiile Generale, care reglementează „Riscuri, alocarea riscurilor și despăgubiri".

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

Cu privirile la riscurile contractuale şi alocarea acestora, contestatorul subliniază că, niciunde în textul HG nr. 1/2018, ori al vreunui alt act normativ, nu s-a prevăzut dreptul autorităţii contractante de a interveni asupra formei condiţiilor generale ori a acordului - contactual decât în limitele şi cu privire la clauzele stabilite prin textul aceleiaşi hotărâri.

În acest context de reglementare, afirmă contestatorul, orice condiţie specială şi orice modificare care nu se referă la vreuna din cele 8 clauze prevăzute în tabel este nulă și nu va produce niciun efect - chiar dacă ea a fost disimulată în textul acordului - contractual, precum în situaţia de față. HG nr. 1/2018 instituie modelul - cadru de acord - contractual pentru contractele de achiziţie publică de proiectare şi execuţie lucrări şi nu prevede posibilitatea includerii în textul acordului a unor condiţii speciale care să completeze, să clarifice, să amendeze sau să instituie excepţii de aplicabilitate de la Condiţiile Generale de Contract - întrucât, în cadrul instituit de acest normativ, locul Condiţiilor speciale nu este în acordul - contractual. Inițiativa autorității contractante de

modificare a textului HG nr. 1/2018 depăşeşte orice limită permisă de acest act normativ şi este de natură să afecteze chiar documentaţia de atribuire, pentru că acordul - cadru este parte componentă a acesteia.

Ca temei de drept, au fost invocate prevederile menționate în contestație.

Ca mijloace de probă, s-au depus, în copie, înscrisuri.

Prin contestația fără număr de înregistrare la emitent, din ..., înregistrată la Consiliu sub nr. ..., înaintată de **...,** cu datele de identificare susmenționate, se critică documentația de atribuire elaborată de către aceeași autoritate contractantă, în cadrul aceleiași proceduri de atribuire.

În motivarea contestației, ... aduce critici cu privire la următoarele cerinţe/prevederi din cadrul documentației de atribuire: Studiu de fezabilitate incomplet; Acordul de mediu din anul 2004; Lipsa informaţiilor privind relocarea utilităţilor; Transferarea în sarcina ofertanţilor a tuturor riscurilor prin Acordul contractual şi aplicarea unor penalităţi contractuale disproporţionate, pentru întârzieri care nu sunt cauzate din culpa exclusivă a antreprenorului.

În acest sens, învederează că studiul de fezabilitate datează din anul 2004, iar în ultimii 15 ani, autoritatea nu a mai făcut niciun demers în sensul actualizării, refacerii acestuia astfel încât să se evite situaţiile neplăcute din trecut, care au condus şi încă mai conduc la întârzierea finalizării unor loturi de autostradă, cum ar fi: Lotul 2 din autostrada Lugoj – Deva; autostrada Piteşti – Sibiu; tronsonul Râşnov - Cristian (6,3km) din cadrul autostrăzii A3.

Referitor la Studiul de fezabilitate ce datează din anul 2004, contestatorul face următoarele precizări:

Având în vedere prevederile art. 154 din Legea nr. 98/2016, prin documentaţia de atribuire, autoritatea contractantă transferă ofertanţilor sarcini pe care aceasta avea obligaţia să le identifice şi să le prezinte în mod clar şi complet, ţinând cont şi de faptul că în decursul a celor 15 ani, realitatea din teren s-a modificat foarte mult (relocarea utilităţilor şi stabilirea traseului acestora, actualizarea acordului de mediu şi a studiului de fezabilitate etc.).

Mai mult decât atât, analizând Studiul de fezabilitate, susține contestatorul, a observat şi lipsa formală a unor documente menţionate în cuprinsul general şi al unor subcapitole din cadrul volumelor: volumul 2.1 Lucrări de drum-piese scrise - Subcapitolele de la 2.1.5-2.1.10; volumul 2.2 Lucrări de poduri-piese scrise - Subcapitolele de la 2.1.5-2.1.6; volumul 3 (Deviz General); volumul 5 planuri mari.pdf nu poate fi accesat; volumul 10 Mutări si protejări instalaţii-incomplet.

De asemenea, afirmă că:

- avizele de la deţinătorii de utilităţi sunt în mare parte de principiu şi datează tot din anul 2004;

- studiile de fezabilitate pentru relocarea utilităţilor (nu cuprind toate tipurile de utilităţi) şi sunt din anul 2004.

Având în vedere cele de mai sus, ... apreciază că ofertanţii sunt în imposibilitate, în aceasta fază (chiar şi în urma vizitei de amplasament), de a estima toate costurile şi impactul relocării utilităţilor.

Statutul pe care îl are ofertantul în aceasta fază, nu îi permite accesul la informaţii de la deţinătorii de utilităţi, obţinerea informaţiilor necesare fiind o obligaţie a autorității contractante, în speță, ...

Referitor la "Relocarea utilităţilor", contestatorul precizează că deși autoritatea contractantă consideră că a pus la dispoziţia ofertanţilor, în cadrul documentaţiei tehnice, *Soluţiile Tehnice de Relocare a Utilităţilor*, antreprenorul trebuie să viziteze amplasamentul şi să identifice toate utilităţile (a se vedea - Cerinţele Beneficiarului cap. 8.1.7 Utilităţi), în urma analizării documentaţiei cu privire la Relocarea utilităţilor (vol. 10 Mutări şi protejări utilităţi, vol.ll Documentaţie de avizare şi acorduri, volumul 10 Planuri mari etc.) a constatat că nu sunt anexate soluţii tehnice pentru relocarea utilităţilor, vizate sau însuşite de Deţinătorii de Utilităţi.

În acest sens, susține că se regăsesc câteva studii de fezabilitate precare şi acorduri de principiu ale unor deţinători de utilităţi, deţinători dintre care unii nu mai pot fi identificaţi după denumirea lor (Exemplu: "Distrigaz Nord").

Totodată, în cadrul planşelor (Volumul 2.3 planuri de situaţie), este descrisă sumar existenţa unor utilităţi şi eventual, dacă trebuie relocate/eliberat amplasamentul; în schimb, nu se specifică în cadrul documentaţiei de atribuire noua locaţie agreată de deţinătorul de utilităţi, statutul viitorului amplasament al utilităţii etc.

Potrivit prevederilor de la art. 5.10 din Acordul - Contractual, susține autorul contestației, transferul riscurilor către antreprenor este efectuat pe baza unor supoziţii ale autorităţii contractante cu privire la faptul că documentaţia pusă la dispoziţie este completă şi necesită eventual o revizuire cu implicaţii minore, în afara cadrului legal stipulat de HG nr. 1/2018.

Prin urmare, având în vedere că autoritatea contractantă transmite antreprenorului o serie de riscuri şi obligaţii care sub nicio formă nu pot fi cuantificate la acest moment, ... solicită Consiliului să dispună măsuri de remediere, constând în:

- completarea documentaţiei cu planşele lipsă și/sau care nu pot fi accesate prin SICAP;

- modificarea clauzei 5.10 - (1): „Preţul contractului include riscurile generale prezentate mai jos, iar Antreprenorul nu va avea nicio pretenţie de orice natură (materială, financiară, etc.) în cazul apariţiei acestora", astfel încât autoritatea contractantă să suporte aceste riscuri dacă sunt necesare exproprieri suplimentare pentru relocarea utilităţilor care nu sunt cuprinse în studiul de fezabilitate;

- includerea unei sume provizionate (S.P.) aferentă relocării de utilităţi în cadrul graficului de eşalonare de plăți.

Cu privire la Acordul de Mediu nr. ..., emis de către ..., ... susține că acesta a fost emis în baza vechii legislații (Legea nr. 137/1995), fiind necesară emiterea unui nou acord, conform cu dispoziţiile Ordonanţei de

Urgenţă a Guvernului nr. 195/2005 privind protecţia mediului, aprobată cu modificări şi completări prin Legea nr. 265/2006, cu modificările şi completările ulterioare.

Deși autoritatea contractantă susţine că, acordul de mediu emis în anul 2004 va suferi doar unele modificări, după caz, nu parcurgerea tuturor etapelor de obţinere, (a se vedea Acordul Contractual pagina 18/21 Capitolul 5.10, punctul 5), contestatorul evidențiază că, în documentaţia de atribuire pusă la dispoziţie, nu se regăseşte nicio poziţie oficială a emitentului Acordului de mediu, din care să rezulte faptul că este necesară doar o revizuire simplă, fără parcurgerea tuturor etapelor prevăzute de legislaţie, astfel cum susţine ...

Față de acest aspect, petentul subliniază că, prin Acordul Contractual, organizatoarea procedurii transferă în sarcina operatorului economic (antreprenor) toate riscurile aferente revizuirii Acordului de mediu şi/sau obţinerii unui nou acord de mediu, fără a oferi acestuia posibilitatea de a solicita prelungirea perioadei de execuţie şi costuri suplimentare, în cazul în care întârzierile se datorează autorităţilor sau unor factori care nu pot fi controlaţi, din cauze ce nu pot fi imputate antreprenorului.

Totodată, arată că, în cadrul punctelor de referinţă menţionate în Cerinţele Beneficiarului, nu există posibilitatea exonerării antreprenorului, în cazul în care anumite subpuncte nu sunt îndeplinite din cauza autorităţilor sau a unor terţi, asupra cărora antreprenorul nu are niciun fel de control.

De asemenea, menționează că, prin Acordul Contractual publicat în SICAP, se aduc modificări unui act normativ, respectiv HG nr. 1/2018 publicată în Monitorul Oficial, Partea I, nr. 26/11.01.2018, contrar prevederilor art. 61 din Legea nr. 24/2000 privind normele de tehnică legislativă. Acordul contractual are un conţinut cadru în cuprinsul HG nr. 1/2018, modificările care pot fi efectuate de către autorităţile contractante limitându-se la punctele/spaţiile necompletate din cuprinsul acordului cadru.

Prin Acordul Contractual, susține contestatorul, autoritatea contractantă nu poate aduce modificări clauzelor contractuale aprobate prin Hotărârea de Guvern. Revizuirea Acordului de mediu depinde şi de o serie de alţi factori: acurateţea informaţiilor puse la dispoziţie de către ...; situaţii neprevăzute; solicitări ale Agenţiei Naţionale de Protecţie a Mediului; perioadele minime de timp prevăzute de lege pentru dezbaterea publică.

În aceste condiţii, ... solicită Consiliului remedierea documentaţiei de atribuire, prin înlăturarea prevederilor contractuale nelegale şi care instituie obligaţii disproporţionate, nelegale, contradictorii, cu unele clare şi egale, care să asigure un echilibru între obligaţiile şi drepturile părţilor, care să permită tuturor ofertanţilor să înţeleagă cerinţele autorităţii contractante şi în baza cărora să poată depune o ofertă competitivă.

Totodată, solicită să se precizeze, în mod clar, faptul că autoritatea nu va aplica penalităţi operatorilor economici decât pentru neîndeplinirea acelor obligaţii care cad exclusiv în sarcina acestora. Cu alte cuvinte,

penalităţile de întârziere vor fi aplicate doar dacă întârzierea sau neîndeplinirea respectivei obligaţii, este cauzată din culpa exclusivă a antreprenorului.

Referitor la sumele provizionate (S.P.), contestatorul apreciază că este că este necesar ca autoritatea contractantă să cuprindă în Graficul de eşalonare a plăţilor la Categoria de lucrări „Varianta de Ocolire Mediaş", un subcapitol/subcategorie "Relocare utilităţi" ca sumă provizionată (S.P.), iar valoarea să fie indicată de aceasta, întrucât toţi ofertanţii trebuie să cunoască care sunt riscurile financiare pe care şi le asumă prin depunerea unei oferte.

De asemenea, pentru evitarea oricăror neînţelegeri şi aplicarea tratamentului egal, consideră că se impune a se prevedea clar, în cadrul documentaţiei de atribuire, care este procentul aferent Capitolului/ Categoriei Diverse şi Neprevăzute.

În concluzie, ... apreciază că, în virtutea respectării principiului transparentei şi al asigurării egalităţii de tratament a ofertanţilor, autoritatea contractantă are obligaţia de a furniza operatorilor economici toate informaţiile în mod complet, corect şi precis, pentru a le permite acestora prezentarea unor oferte conforme, astfel încât orice ofertant interesat şi care deţine capabilităţi reale de executare a contractului să aibă şanse egale de accede la adjudecarea acestuia.

Ca temei de drept, au fost invocate prevederile menționate în contestație.

Ca mijloace de probă, s-au depus, în copie, înscrisuri.

Prin punctul de vedere nr. ...., ... face un scurt istoric al procedurii arătând că procedura de atribuire în cauză a fost inițiată prin publicarea, în SICAP, în data de **....**, a anunțului de participare nr. ...., având atașată documentația de atribuire și documentația tehnică, aferentă acestui contract, data limită de depunere a ofertelor fiind .....

Referitor la contestația depusă de operatorul economic ..., autoritatea contractantă învederează că, potrivit actului nr. ... emite următorul punct de vedere:

"Contestatoarea evocă încă o dată lipsa unei documentații complete părând că nu a înțeles însăși obiectul procedurii de atribuire și anume ”...»”.

Referitor la pct. 1. din contestație vizând Studiul de fezabilitate *"incomplet", care datează din 2004*.

Autoritatea contractantă susține că autoarea contestației nu a ținut cont de prevederile HG nr. 1/2018 aplicabilă prezentei proceduri, respectiv volumul ”Condiții Generale de contract”, parte a documentației de atribuire, respectiv clauza 8 Furnizarea Documentelor Beneficiarului, pct. 8.1 Cerințele Beneficiarului sunt documentul elaborat de Beneficiar care prezintă cerințele esențiale aferente Lucrărilor. Cerințele Beneficiarului includ, fără a se limita la:

a) Tema de proiectare și caracteristicile imperative ale Lucrărilor, (...);
b) Studiul de fezabilitate (cu titlu informativ).

În acest sens, se menționează și prevederile art. 12 alin. (1) din HG nr. 907/2016, conform căruia*: Proiectul tehnic de execuţie constituie documentaţia prin care proiectantul dezvoltă, detaliază şi, după caz, optimizează, prin propuneri tehnice, scenariul/opţiunea aprobat(ă) în cadrul studiului de fezabilitate/documentaţiei de avizare a lucrărilor de intervenţii; componenta tehnologică a soluţiei tehnice poate fi definitivată ori adaptată tehnologiilor adecvate aplicabile pentru realizarea obiectivului de investiţii, la faza de proiectare - proiect tehnic de execuţie, în condiţiile respectării indicatorilor tehnico-economici aprobaţi şi a autorizaţiei de construire/desfiinţare.*

În ceea ce privește componentele lipsă ale documentației de atribuire autoritatea contractantă susține că va adopta măsuri de remediere după cum urmează:

La volumul 2.1 Lucrări de drum - piese scrise: se vor pune la dispoziție Subcapitolele 2.1.5 - 2.1.10;

La volumul 2.2 Lucrări de poduri - piese scrise: se vor pune la dispoziție Subcapitolele 2.1.5, 2.1.6;

La volumul 3 Deviz General: se va pune la dispoziție formatul Devizului General;

Volumul 5 Planuri mari.pdf - va fi reîncărcat făcând totodată mențiunea că întreaga documentație poate fi descărcată și de pe site-ul autorității contractante;

Volumul 10 Mutări și protejări instalații: se vor pune la dispoziție:

- Avizele obținute în cadrul Studiului de Fezabilitate, conform legislaţiei în vigoare la data întocmirii acestuia, sunt numai avize și acorduri de principiu - **nu se adoptă măsuri de remediere**;

- Studiile de fezabilitate pentru relocarea utilităților (nu cuprind toate tipurile de utilități) și sunt din anul 2004 - **nu se adoptă măsuri de remediere.**

Referitor la punctul iii) Lipsa informațiilor privind relocarea utilităților (Punctul 2.2 din contestație "Relocarea utilităților").

Autoritatea contractantă susține că, potrivit legislației în vigoare la data întocmirii Studiului de Fezabilitate au fost identificate lucrările necesare și a fost realizată evaluarea acestora (valoarea fiind introdusă în cadrul capitolului 1 din Devizul General), proiectele definitive pentru relocarea utilităților vor fi elaborate la faza de Proiect Tehnic.

Conform legislației în vigoare, pentru un obiectiv de investiții care are Hotărâre de Guvern pentru aprobarea indicatorilor tehnico-economici culoarul de expropriere este rezervat până la execuția lucrării, adică nu se permite realizarea de alte proiecte în acest culoar - **nu se adoptă măsuri de remediere.**

În acest sens, se vor avea în vedere prevederile următoarelor clauze din Condiţiile de Contract:

20.2 Se consideră că Antreprenorul, în măsura în care este posibil (ţinând cont de costuri şi timp), a inspectat şi examinat Şantierul şi împrejurimile sale, a analizat datele menţionate la subclauza 20.1 şi că s-a edificat, înainte de depunerea Ofertei, asupra tuturor aspectelor relevante, inclusiv natura solului şi subsolului, forma şi natura Şantierului,

întinderea şi natura Lucrărilor, Materialele necesare execuţiei Lucrărilor, căile de acces la Şantier şi în general a obţinut toate informaţiile cu privire la riscurile, inclusiv în legătură cu probabilitatea de apariţie a acestora, şi alte circumstanţe ce influenţează sau afectează Oferta.

21.1 Dacă, pe durata executării Contractului, Antreprenorul se confruntă cu condiţii fizice adverse, naturale sau artificiale, inclusiv muniţii neexplodate sau utilităţi subterane, precum şi alte obstacole fizice sau factori poluanţi, care, în mod rezonabil, nu ar fi putut fi prevăzute de un antreprenor diligent la data depunerii Ofertei, (...).

Referitor la punctul ii) Acordul de mediu din anul 2004:

- (Punctul 2.3 din contestație Referitor la Acordul de mediu din anul 2004):

Autoritatea contractantă susține că, Acordul de mediu este valabil pe toată perioada executării lucrărilor. Având în vedere lungimea proiectului, acesta nu intră sub incidența Anexei 1 a Directivei 52/2014/CE privind evaluarea impactului unor proiecte publice și private asupra mediului.

Autoritatea contractantă - **nu propune măsuri de remediere.**

- (Punctul 2.4 din contestație referitor la sumele provizionate:

În conformitate cu OUG nr. 83/2016 se pot include odată cu inițierea procedurilor de achiziție publică rezerve de implementare a proiectelor, "pentru categoriile de cheltuieli aferente obiectivelor de investiție în domeniul infrastructurii publice de transport finanțate din fonduri structurale". Menționăm că sursa de finanțare a obiectivului de investiție mai sus menționat o reprezintă Bugetul de Stat.

Autoritatea contractantă - **nu propune măsuri de remediere”.**

Referitor la modificarea clauzei 5.10 din Acordul contractual, ... precizează următoarele:

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

Din acest punct de vedere, consideră afirmația contestatorului referitoare la "transferarea în sarcina ofertanților a tuturor riscurilor prin acordul contractual", falsă, total neîntemeiată și tendențioasă.

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

Potrivit art. 4 și art. 9 alin. (3) lit. d) din HG nr. 395/2016, arată organizatoarea procedurii, documentația de atribuire trebuie să conțină, printre alte informații, "mecanismele de plată în cadrul contractului, alocarea riscurilor în cadrul acestuia, măsuri de gestionare a acestora,

stabilirea penalităților pentru neîndeplinirea sau îndeplinirea defectuoasă a obligațiilor contractuale", prevederile legale impunând introducerea în cadrul documentelor suport care însoțesc documentația de atribuire (respectiv strategia de contractare) a dispozițiilor referitoare la riscurile ce pot să apară în cadrul derulării contractului, însă nu stabilesc cu precizie în care secțiune a documentației de atribuire trebuie să se facă referire la aceste riscuri.

Autoritatea contractantă consideră că este corect ca aceste riscuri să fie preluate în Acordul Contractual și nu într-o altă secțiune a documentației de atribuire, pornind de la premiza că strategia de contractare, document în care legiuitorul reglementează explicit că trebuie să fie prevăzute aceste riscuri, este un document care stă la baza derulării contractului de achiziție publică. Prin urmare, singura secțiune a documentației de atribuire unde puteau fi introduse aceste riscuri era Acordul Contractual.

Faptul ca Hotărârea de Guvern nr. 1/2018 prin care au fost aprobate condiţiile generale şi specifice, împreună cu modelul-cadru de acord contractual, pentru contractele de achiziţie publică sau sectorială de lucrări care au ca obiect *exclusiv execuţia de lucrări* şi care sunt aferente obiectivelor de investiţii finanţate din fonduri publice, inclusiv fonduri nerambursabile şi/sau rambursabile, a căror valoare totală estimată, conform prevederilor legale, este egală sau mai mare decât pragul valoric prevăzut de art. 7 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 98/2016 privind achiziţiile publice, cu modificările şi completările ulterioare, nu prevede posibilitatea de modificare a Clauzei 68, din Condiţiile Generale de contract, este o deficiență gravă legislativă, în opinia autorității. Totodată, subliniază autoritatea contractantă, H.G. nr. 1/2018 nu este corelată cu legislația în materia achizițiilor publice, inclusiv și din acest punct de vedere, respectiv cel al introducerii în contract al riscurilor pe care doar autoritatea contractantă le poate identifica, riscuri care vor fi diferite de la un contract la altul și nicidecum nu pot fi standardizate de legiuitor, printr-o formulare unică, aplicabilă tuturor contractelor, precizând în același timp că, H.G. nr. 1/2018 este un act normativ care nu poartă și viza A.N.A.P.

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

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

Astfel, în temeiul prevederilor legale de mai sus, subliniază autoritatea, a detaliat/clarificat, în cuprinsul Acordului Contractual, riscurile care pot interveni în derularea contractului de lucrări.

Referitor la aplicarea unor penalități contractuale disproporționate, ... precizează că principala caracteristică a contractelor administrative (contractul de achiziție publică fiind asimilat, potrivit legii, actului administrativ) este tocmai inegalitatea de poziție în care se găsesc părțile contractante: administrația, în calitate de purtătoare a prerogativelor de putere publică și, în consecință superioară particularului, poate stabili unele clauze contractuale și impune sancțiuni. Acest aspect rezultă din faptul că aceste contracte încheiate de administrația publică au anumite caracteristici speciale impuse de interesul public care stă la fundamentul încheierii și executării acestora, fiind considerate contracte publice. Așadar, regimul juridic special căruia îi sunt supuse contractele administrative se caracterizează prin forme speciale necesare încheierii lor (spre exemplu existența unui caiet de sarcini), precum și prin principiile speciale cu privire la executarea acestor contracte (spre exemplu rezilierea, stabilirea anumitor sancțiuni etc). Totodată, în acest context, autoritatea contractantă amintește și faptul că, după cum se cunoaște, contractele administrative conțin clauze exorbitante care sunt clauze impuse de administrație în temeiul puterii publice, clauze ce pot fi total diferite de clauzele obișnuite într-un contract privat.

Prin inserarea unor astfel de prevederi în cadrul contractului de achiziție publică, autoritatea afirmă că nu a dorit nici într-un caz să fie abuzivă, ci doar să se asigure că operatorii economici înțeleg faptul că au obligația respectării clauzelor contractuale. Inserarea unor penalități în cadrul Subclauzei 50.3. din Acordul Contractual au rolul de a apăra autoritatea împotriva unei conduite necorespunzătoare a antreprenorului, în contextul în care acest proiect este de importanță publică. Aplicarea acestor sancțiuni se va realiza exclusiv în cazurile în care Antreprenorul nu își îndeplinește atribuțiile contractuale, această conduită conducând la prejudicierea interesului public, pe care autoritatea are obligația de a-l apăra.

Având în vedere cele de mai sus, autoritatea contractantă afirmă că păstrează nemodificate prevederile Subclauzei 50.3. din Acordul Contractual.

Referitor la contestația depusă de operatorul economic ..., ... reia cele precizate mai sus cu privire la clauza 5.10. din cadrul Acordului Contractual.

În concluzie, pentru motivele prezentate mai sus, organizatoarea procedurii solicită Consiliului, în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, respingerea contestațiilor formulate de ... și ... ca fiind nefondate și neîntemeiate, bazate pe argumente neîntemeiate și care contravin prevederilor legale referitoare la elaborarea documentațiilor de atribuire.

În drept, se invocă prevederile Legii nr. 98/2016 și cele ale Legii nr. 101/2016.

În probațiune, s-au depus, în copie, documente aflate la dosarul achiziției publice.

Prin adresa nr. ...., ... și-a completat contestația ca urmare a punctului de vedere al autorității contractante precizând că, în urma *constatării* faptului că absența unei prevederi în textul HG nr. 1/2018 care să ofere posibilitatea modificării Clauzei 68 din Condiţiile Generale de contract reprezintă o deficienţă legislativă gravă, ... trebuia să sesizeze Guvernul pentru remederea ei şi chiar să promoveze o acţiune întemeiată pe dispoziţiile Legii nr. 554/2004 a contenciosului administrativ.

În aceste condiţii, susține contestatorul, HG nr. 1/2018, în integralitatea sa, incluzând şi cele două Anexe, rămâne un act normativ valabil, imperativ, opozabil tuturor, care îşi menţine forţa juridică obligatorie şi pentru operatorii economici, însă în egală măsură şi pentru autorităţile contractante vizate de dispoziţiile sale.

De asemenea, învederează faptul că în tabelul circumscris Condiţiilor Specifice nu figurează şi Clauza 68 din Condiţiile Generale, care reglementează „Riscuri alocarea riscurilor şi despăgubiri".

Prin urmare, consideră că autoritatea contractantă nu avea dreptul de a introduce nicio completare, clarificare, amendare ori excepţie în privinţa respectivei clauze - astfel cum a procedat însă prin intermediul art. 5.10., plasat în textul Acordului - contractual, care, pe mai bine de 4 pagini, intervine asupra unei clauze din Condiţiile Generale în privinţa căreia nu este permisă nicio intervenţie. Niciunde în textul HG nr. 1/2018 ori al vreunui alt act normativ nu s-a prevăzut dreptul autorităţii contractante de a interveni asupra formei Condiţiilor generale ori a Acordului - contactual decât în limitele şi cu privire la clauzele stabilite prin textul aceleiaşi hotărâri.

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

Referirea la documentaţia de atribuire în citarea textului art. 9 alin. (3) lit. d) din H.G. nr. 395/2016 este evident eronată, afirmă autorul contestației, pentru că respectivul articol, inclus în Capitolul II. - „Planificarea şi pregătirea realizării achiziţiei publice" - Secţiunea 1 - „Etapele procesului de achiziţie publică", reglementează de fapt Strategia de contractare, definită de art. 9 alin. (2) ca fiind „un document al fiecărei proceduri de achiziţie publică cu o valoare estimată egală sau mai mare decât pragurile valorice stabilite la art. 7 alin. (5) din Lege, iniţiată de autoritatea contractantă".

Având în vedere cele de mai sus, ... apreciază că solicitarea sa de menţinere a formei de contract stabilite prin HG nr. 1/2018 nu poate fi, sub nicio formă, de natură să prejudicieze autoritatea contractantă şi nici nu a fost promovată în scopul de a produce întârzieri în semnarea contractului sau demararea lucrărilor.

Făcând aplicarea prevederilor art. 17 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, după conexarea celor două contestații, din analiza susținerilor părților și a documentelor existente la dosarul cauzei, Consiliul reține cele ce urmează:

..., în calitate de autoritate contractantă, a inițiat procedura de atribuire prin licitație deschisă, în vederea încheierii unui contract de lucrări având ca obiect "...»", prin publicarea, în SICAP, a anunțului de participare nr. ... și a documentației de atribuire aferente.

În cadrul prezentei proceduri, ... a formulat contestația nr. ..., înregistrată la CNSC cu nr. ... (constituind cauțiunea aferentă conform dispozițiilor art. 61^1 din Legea nr. 101/2016), solicitând Consiliului cele menționate în partea introductivă.

În cadrul aceleiași proceduri, ... a formulat contestația fără număr de înregistrare la emitent din ..., înregistrată la CNSC cu nr. ... (constituind cauțiunea aferentă conform dispozițiilor art. 61^1 din Legea nr. 101/2016), solicitând Consiliului cele menționate în partea introductivă.

În ceea ce privește contestația formulată de **...**, Consiliul reține că acest operator economic solicită, în fapt, *eliminarea din versiunea propusă de acord - contractual a art. 5.10. - Managementul riscurilor, având în vedere existenţa și conţinutul Clauzei 68. din Condiţiile aprobate prin HG nr. 1/2018,*

În acest sens, Consiliul reține că în cuprinsul Clauzei 68. *Riscuri, alocarea riscurilor şi despăgubiri*, din *Condiţiile generale pentru proiectare și execuție de lucrări*, respectiv, Anexa nr. 2 la HG nr. 1/2018, pentru aprobarea condițiilor generale și specifice pentru anumite categorii de contracte de achiziție aferente obiectivelor de investiții finanțate din fondurile publice, se specifică următoarele:

68.1. *Riscurile Beneficiarului*

Riscurile Beneficiarului sunt următoarele:

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

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

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

(d) *erori, deficienţe şi/sau caracter incomplet ale Cerinţelor Beneficiarului şi/sau ale Documentelor Beneficiarului;*

(e) *condiţii fizice naturale sau artificiale, inclusiv muniţii neexplodate sau utilităţi subterane, precum şi alte obstacole fizice sau factori poluanţi, care, în mod rezonabil, nu ar fi putut fi prevăzute de un antreprenor diligent la data depunerii Ofertei, care apar în decursul execuţiei Lucrărilor, cu excepţia condiţiilor meteorologice adverse excepţionale;*

(f) *descoperirea unor vestigii arheologice sau similar, care, în mod rezonabil, nu ar fi putut fi prevăzută de un antreprenor diligent la data depunerii Ofertei;*
(g) *întârzierea testării Materialelor, Echipamentelor sau Lucrărilor de către Beneficiar sau Supervizor pe perioada de execuţie a Lucrărilor şi/sau a Testelor la Terminarea Lucrărilor, precum şi a testelor care se efectuează în Perioada de Garanţie sau realizarea testelor cu nerespectarea altor clauze contractuale;*
(h) *suspendarea Lucrărilor de către Supervizor din motive care nu sunt imputabile Antreprenorului;*
(i) *folosirea unor părţi din Lucrări înainte de Recepţia la Terminarea Lucrărilor, altfel decât în modul prevăzut în Contract;*
(j) *eliminarea din obiectul Contractului a unor Lucrări sau părţi din Lucrări;*
(k) *modificarea Legii după Data de Referinţă;*
(l) *forţa majoră.*

68.2. *Consecinţele Riscurilor Beneficiarului*

Dacă Antreprenorul înregistrează întârzieri şi/sau se produc costuri suplimentare ca urmare a producerii unuia dintre Riscurile Beneficiarului şi cu excepţia cazului în care alte clauze ale Condiţiilor Contractuale prevăd altfel, Antreprenorul, cu condiţia respectării prevederilor subclauzei 69a [Revendicările Antreprenorului], va fi îndreptăţit la:
(a) *prelungirea Duratei de Execuţie pentru întârziere potrivit prevederilor clauzei 35 [Prelungirea Duratei de Execuţie], dacă terminarea Lucrărilor este sau va fi întârziată; şi*
(b) *plata Costurilor suplimentare, potrivit prevederilor clauzei 55 [Costuri suplimentare], la care se va adăuga un profit de 2% din aceste Costuri (sau cota de profit declarată explicit de către Antreprenor în Ofertă, dacă aceasta este mai mică de 2%) în cazurile expres menţionate în Condiţiile Contractuale.*

68.3. *Despăgubiri*

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

68.4. *Limitarea răspunderii*

Cu excepţia cazului în care este prevăzut altfel, în mod expres, în Condiţiile Contractuale, Beneficiarul nu va avea nicio răspundere faţă de Antreprenor pentru:
(a) *pierderea unui alt contract; sau*
(b) *orice pierdere financiară a Antreprenorului (alta decât Costuri suplimentare).*

68.5. *Riscurile Antreprenorului*

Cu excepţia Riscurilor Beneficiarului şi a altor situaţii prevăzute în mod expres în Condiţiile Contractuale care îndreptăţesc Antreprenorul la prelungirea Duratei de Execuţie, plata unor Costuri suplimentare sau alte

remedii şi despăgubiri, Antreprenorul nu va fi îndreptăţit la prelungirea Duratei de Execuţie, plata unor Costuri suplimentare sau alte remedii şi despăgubiri din alte motive, care constituie Riscurile Antreprenorului.

Prin semnarea Contractului, Antreprenorul declară în mod expres că încheie Contractul cu luarea în considerare a tuturor circumstanţelor relevante în legătură cu executarea Contractului şi că, cu excepţia Riscurilor Beneficiarului şi a altor situaţii prevăzute în mod expres în Condiţiile Contractuale care îndreptăţesc Antreprenorul la prelungirea Duratei de Execuţie, plata de către Beneficiar a unor Costuri suplimentare sau la alte remedii şi despăgubiri, Antreprenorul îşi asumă toate celelalte riscuri.

În același sens, sunt de reținut și prevederile clauzei 5.10. *Managementul riscurilor* incluse de autoritatea contractantă, în modelul de Acord contractual, pus la dispoziția operatorilor economici prin publicarea în SICAP, astfel:

(1) Prețul contractului include riscurile generale prezentate mai jos, iar Antreprenorul nu va avea nicio pretenție de orice natură (materială, financiară, etc.) în cazul apariției acestora:

1) Procesul de expropriere nu este integral finalizat.

Alocare: Beneficiar;

(...)

2) Mobilizarea prea îndelungată a personalului Antreprenorului

Alocare: Antreprenor

(...)

3) Întârzieri în asigurarea suficientă și la timp de către antreprenor a materialelor/echipamentelor/utilajelor/forței de muncă necesare.

Alocare: Antreprenor

(...)

4) Aprobarea cu întârziere a modificărilor de către Beneficiar, afectându-se astfel plata lucrărilor suplimentare, cash-flow-ul Antreprenorului și implicit împiedicându-se finalizarea la timp a lucrărilor respective de către Antreprenor.

Alocare: Beneficiar și Antreprenor

(...)

5) Un număr considerabil de revendicări ale Antreprenorului poate întârzia progresul lucrărilor.

Alocare: Beneficiar

(...)

6) Antreprenorul nu își îndeplinește obligațiile în conformitate cu prevederile contractuale ceea ce conduce la întârzieri sau rezilierea contractului.

Alocare: Antreprenor

(...)

7) Întârzieri în emiterea Autorizației de construire

Alocare: Beneficiar și Antreprenor

(...)

8) Condițiile climaterice sunt deosebit de dificile în timpul construcției, producând întârzieri.

Alocare: Beneficiar și Antreprenor

(...)

9) Beneficiarul întârzie plățile datorate Antreprenorului din motive care-i depîșesc responsabilitățile.

Alocare: Beneficiar

(...)

10) Descoperirea unui sit arheologic, poate conduce la restricționarea accesului pe șantier până la dispunerea și aplicarea de măsuri adecvate.

Alocare: Beneficiar

(...)

11) Apariția unor zone de teren aferente ariei de desfășurare a Proiectului neconforme ca structură și aspect cu investigațiile care au stat la baza dimensionării Proiectului.

Alocare: Beneficiar și Antreprenor

(..)

12) Existența în zona proiectului a unor muniții de război, materiale explozive, iradieri și contaminări cu agenți radioactivi.

Alocare: -

(...)

13) Între Proiectul Tehnic și situația reală din teren pot fi neconcordanțe, aspect care presupune achiziții suplimemtare de teren, proiectare suplimentară și implicit obținerea de avize și acorduri care pot emise cu întârziere.

Alocare: Beneficiar și Antreprenor

(...)

14) Dizolvarea asocierii

Alocare: Antreprenor

(...)

15) Întârzierea din cauza factorilor care nu pot fi controlați.

Alocare: -

(...).

Tot în cadrul Anexei nr. 2 la HG nr. 1/2018 sunt cuprinse și *CONDIŢII SPECIFICE PENTRU CONTRACTUL DE PROIECTARE ŞI EXECUŢIE DE LUCRĂRI,* în cuprinsul cărora se precizează:

Aceste Condiţii Specifice, denumite şi Condiţii Speciale, privind contractele de proiectare şi execuţie de lucrări, completează, clarifică, amendează sau instituie excepţii de aplicabilitate de la Condiţiile Generale de Contract. Prevederile clauzelor neschimbate de prezentele Condiţii Speciale sunt valabile în forma dată de Condiţiile Generale. În cazul unor neconcordanţe între Condiţiile Speciale şi Condiţiile Generale, primează prevederile Condiţiilor Speciale. Numerotarea clauzelor Condiţiilor Speciale nu este consecutivă, corespunde sau completează numerotarea clauzelor Condiţiilor Generale.

Beneficiarii sunt îndreptăţiţi să elaboreze Condiţii Speciale numai cu privire la subclauzele şi numai în legătură cu subiectele listate în tabelul de mai jos. Orice altă Condiţie Specială este nulă.

Or, având în vedere că printre clauzele și subclauzele cuprinse în tabelul aferent *Condițiilor specifice* pentru contractul de proiectare şi execuţie de lucrări, din cuprinsul Anexei nr. 2 la HG nr. 1/2018, ce pot *completa, clarifica, amenda sau institui excepţii de aplicabilitate*, nu se regăsesc și cele de la *68. Riscuri, alocarea riscurilor şi despăgubiri, din Condiţiile generale pentru proiectare și execuție de lucrări*, apare ca evidentă incidența prevederilor că: *Beneficiarii sunt îndreptăţiţi să elaboreze Condiţii Speciale numai cu privire la subclauzele şi numai în legătură cu subiectele listate în tabelul de mai jos. Orice altă Condiţie Specială este nulă*.

Astfel, Consiliul constată că susținerile contestatoarei vizând prevederile clauzei 5.10 *Managementul riscurilor*, din modelul de Acord contractual publicat în SICAP, sunt întemeiate, cererea contestatoarei ... de *eliminare din versiunea propusă de acord - contractual a art. 5.10. - Managementul riscurilor, având în vedere existenţa si conţinutul Clauzei 68. din Condiţiile aprobate prin HG nr. 1/2018,* urmând a fi admisă, iar autoritatea contractantă obligată să ia măsuri de remediere în acest sens.

În ceea ce privește contestația formulată de **...,** Consiliul reține că acest operator economic, solicită remedierea documentaţiei de atribuire, prin înlăturarea prevederilor contractuale considerate *nelegale şi care instituie obligaţii disproporţionate, nelegale, contradictorii*.

Cu titlu preliminar, este reținut faptul că, prin punctul său de vedere, autoritatea contractantă arată că va adopta măsuri de remediere după cum urmează:

„La volumul 2.1 Lucrări de drum - piese scrise: se vor pune la dispoziție Subcapitolele 2.1.5 - 2.1.10;

La volumul 2.2 Lucrări de poduri -piese scrise: se vor pune la dispoziție Subcapitolele 2.1.5, 2.1.6;

La volumul 3 Deviz General: se va pune la dispoziție formatul devizului General

Volumul 5 Planuri mari.pdf- va fi reîncărcat făcând totodată mențiunea ca întreaga documentație poate fi descurcate si de pe site-ul autorității contractante.

Volumul 10 Mutări si protejări instalații: se va pune la dispoziție".

Având în vedere că până la data emiterii prezentei decizii, autoritatea contractantă nu a implementat măsurile de remediere precizate mai sus, prin publicarea documentelor indicate în SICAP, criticile din cuprinsul contestației formulate de ... cu privire la aceste aspecte urmează a fi admise cu consecința obligării autorității contractante la publicarea acestor măsuri, în SICAP, asociat anunțului de participare aferent prezentei proceduri de achiziție publică.

Referitor la susținerile contestatoarei ... vizând Studiul de fezabilitate din 2004, Consiliul constată că sunt neîntemeiate.

Contestatoarea susține că *avizele de la deținătorii de utilități sunt în mare parte de principiu, și datează tot din anul 2004*, aspecte recunoscute de altfel, de autoritatea contractantă în punctul său de vedere. În acest sens, este de reținut că obiectul contractului ce urmează a fi atribuit în prezenta procedură este: *"...»",* ofertantul declarat

câștigător urmând să întocmească, conform *Cerințelor Beneficiarului*, parte a documentației de atribuire, publicată în SICAP, printre altele, și:

8.1.2.1.1. În termen de 60 de zile de la Data de începere (...) , Antreprenorul va notifica Supervizorul cu privire la orice eroare, greșeală sau altă neconcordanță identificată în cerințele Beneficiarului (..).

8.1.2.1.2. Antreprenorul va proiecta și va fi responsabil și răspunzător pentru proiectarea Lucrărilor Permanente în conformitate cu prevederile din Contract și legislația aplicabilă, cu respectarea Cerințelor Beneficiarului și a Ofertei tehnice.

(...)

8.1.2.1.22. Antreprenorul va obține și/sau va reactualiza în numele Beneficiarului toate avizele și acordurile solicitate prin Certificatul de urbanism emis pentru "autorizația de construire".

În sensul celor de mai sus, Consiliul constată că prin activitatea de proiectare ce face obiect al contractului ce urmează a fi atribuit, ofertantul declarat câștigător va avea și obligația de a *obține și/sau reactualiza în numele Beneficiarului toate avizele și acordurile solicitate prin Certificatul de urbanism emis pentru "autorizația de construire".*

Astfel, chiar și în condițiile în care documentația de atribuire conține *avize de la deținătorii de utilități (...) în mare parte de principiu, și datează tot din anul 2004*, așa cum susține contestatoarea, acestea pot fi obținute și/sau reactualizate, în numele Beneficiarului, de către "Antreprenor", autoritatea contractantă/Beneficiar în speță neavând această obligație, în faza de depunere a ofertelor.

Aceeași abordare există și în ceea ce privește susținerile contestatoarei privind *lipsa informaţiilor privind relocarea utilităţilor,* având în vedere că obiectul contractului ce urmează a fi atribuit este atât de proiectare, cât și de execuție lucrări. Or, în etapa de proiectare, așa cum s-a menționat anterior poate fi suplinită și lipsa informaţiilor privind relocarea utilităţilor, acesta putând în același timp *notifica Supervizorul cu privire la orice eroare, greșeală sau altă neconcordanță identificată în cerințele Beneficiarului* (...), așa cum este prevăzut în documentația de atribuire.

Referitor la susținerea contestatoarei ... privind Acordul de mediu nr. SB 12/06.05.2004 (și nu 2014 cum menționează contestatorul), Consiliul constată că este neîntemeiată.

În acest sens, este de reținut că, autoarea contestației susține că este necesară emiterea unui nou acord de mediu, motivat de faptul că în documentația de atribuire, nu se regăsește nicio poziție oficială a emitentului Acordului de mediu din care să rezulte faptul că este necesară doar o revizuire simplă, fără parcurgerea tuturor etapelor prevăzute de legislație. Or, această susținere este de fapt, legată de cea privind (...) *transferul în sarcina operatorului economic (Antreprenor) a tuturor riscurilor aferente revizuirii Acordului de mediu și/sau obținerii unui nou acord de mediu.*

De reținut este și faptul că în cadrul documentului intitulat *Cerințele beneficiarului,* la pct. 7. *Preambul,* se precizează că:

La nivelul Studiului de fezabilitate elaborat în anul 2004:

- (...);

- s-a obținut Acordul de mediu nr. SB 12/06.05.2004, valabil pe perioada executării lucrărilor, precizare care se regăsește, de altfel și în cuprinsul respectivului Acord de mediu. Or, în aceste condiții autoritatea contractantă, în calitate de Beneficiar, nu poate transfera în sarcina operatorului economic (Antreprenor) *riscurile aferente revizuirii Acordului de mediu și/sau obținerii unui nou acord de mediu,* acesta nefiind prevăzut explicit, în cuprinsul documentației de atribuire, însăși contestatorul neprecizând clauza pe care o contestă.

Referitor la susținerea contestatoarei, privind *aplicarea unor penalităţi contractuale disproporţionate, pentru întârzieri care nu sunt cauzate din culpa exclusivă a antreprenorului*, Consiliul constată că această susținere este neargumentată/neprobată, contestatoarea neprecizând care penalitate/penalități sunt în fapt, criticate, și care este solicitarea sa în acest sens.

Cererea acestei contestatoare, ca autoritatea contractantă să precizeze că *nu va aplica penalități operatorilor economici decât pentru neîndeplinirea acelor obligații care cad exclusiv în sarcina acestora*, a fost susținută de autoritatea contractantă, prin punctul său de vedere la contestațiile depuse, în care privitor la inserarea unor penalități la subclauza 50.3. din Acordul Contractual arată că: *Aplicarea acestor sancțiuni se va realiza exclusiv în cazurile în care Antreprenorul nu își îndeplinește atribuțiile contractuale, (...).* Această susținere a autorității contractante, urmând să se regăsească și în conținutul modificărilor ce se vor realiza cu privire la documentația de atribuire.

În ce privește cererea contestatoarei ... de *includere a unei sume provizionate (S.P.) aferentă relocării de utilităţi în cadrul graficului de eşalonare de plăți*, Consiliul reține că autoritatea contractantă a respins-o, motivat de faptul că sursa de finanțare a obiectivului de investiții o reprezintă Bugetul de stat, în timp ce includerea de rezerve de implementare a proiectelor este prevăzută în OUG nr. 83/2016 care se referă la obiectivele de investiții finanțate din fonduri structurale. În acest sens, Consiliul constată că în Anexa nr. 2 la HG nr. 1/2018 act normativ în baza căruia a fost inițiată prezenta procedură de achiziție, la clauza 49.3. *Sume provizionate*, se prevede:

Fiecare Sumă Provizionată va fi folosită, integral sau parţial, doar în conformitate cu instrucţiunile Supervizorului. Pentru fiecare Sumă Provizionată, Antreprenorul, cu respectarea procedurilor de achiziţii stabilite de către Beneficiar, va achiziţiona, în conformitate cu instrucţiunile Supervizorului şi cu destinaţia prevăzută a Sumei Provizionate, Echipamente, Materiale, Lucrări sau servicii, iar valoarea acestora va fi inclusă în Valoarea Contractului şi va consta în:

(a) *sumele reale plătite (sau care trebuie plătite) de către Antreprenor, şi*

(b) *o sumă pentru cheltuielile indirecte şi profit, calculată ca o valoare procentuală de 5% din aceste sume (sau altă valoare procentuală dacă este prevăzut astfel în Acordul Contractual).*

La solicitarea Supervizorului, Antreprenorul va furniza documente, facturi, bonuri şi chitanţe justificative.

Pentru evitarea oricărui dubiu, în măsura în care Sumele Provizionate sunt stabilite de către Beneficiar, responsabilitatea pentru suficienţa Sumelor Provizionate pentru destinaţia prevăzută este în responsabilitatea Beneficiarului.

Astfel, susținerea autorității contractante apare ca fiind eronată, cererea contestatoarei fiind întemeiată. În aceste condiții se impune ca autoritatea contractantă să precizeze limitele sumelor provizionate conform prevederilor clauzei 49.3 din Anexa nr. 2 la HG nr. 1/2018.

Referitor la susținerea contestatoarei ... privind necesitatea de a se prevedea, în cadrul documentaţiei de atribuire, care este procentul aferent Capitolului/Categoriei Diverse şi Neprevăzute, Consiliul constată că este întemeiată.

Astfel, este de reținut că singurul document în care se face referire la ”procentul aferent Capitolului/Categoriei Diverse şi Neprevăzute” este Devizul anexat Strategiei de contractare, în care se precizează că:

Valoarea estimată nu include Cheltuieli diverse și neprevăzute și nu sunt prevăzute Rezerve de implementare.

În Devizul General, cheltuielile diverse și neprevăzute sunt în cuantum de 4962467 lei, respectiv 5%.

Or, acest document nu a fost publicat în SICAP, pentru informarea operatorilor economici, astfel încât aceștia să ia în considerare la depunerea ofertelor și acest procent. În acest context, se impune ca autoritatea contractantă să precizeze în cadrul documentației de atribuire, care este procentul aferent Capitolului/Categoriei Diverse şi Neprevăzute.

Astfel, în raport cu criticile și apărările formulate, în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite, în tot, contestația formulată de ... și în parte, contestația ..., respectiv cererile constatate ca fiind întemeiate în cadrul motivării de mai sus.

În baza art. 26 alin. (2) şi (5) din lege, Consiliul va obliga autoritatea contractantă să remedieze documentația de atribuire, în termen de 25 zile de la data comunicării prezentei, prin publicarea acestor remedieri/completări în SICAP, cu luarea în considerare a aspectelor analizate, așa cum s-a menționat, anterior, în motivare.

De asemenea, va dispune stabilirea unui nou termen de depunere a ofertelor, cu asigurarea unei perioade rezonabile pentru elaborarea ofertelor şi transmiterea acestora.

În baza art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge cererea contestatoarei ..., privind, *Obligarea autorităţii contractante de a prelungi perioada de elaborare şi de depunere a ofertelor cu 30 zile din momentul modificării cerinţelor din documentaţia de atribuire,* ca nefondată, întrucât nu a fost motivată.

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

CONSILIUL DECIDE:

Admite, în tot, contestația formulată de ... și în parte, contestația ..., respectiv cererile constatate ca fiind întemeiate în cadrul motivării.

Obligă autoritatea contractantă să remedieze/completeze documentația de atribuire, în termen de 25 zile de la data comunicării prezentei, prin publicarea acestor remedieri/completări în SICAP, cu luarea în considerare a aspectelor analizate, așa cum s-a menționat, anterior, în motivare.

Dispune stabilirea unui nou termen de depunere a ofertelor, cu asigurarea unei perioade rezonabile pentru elaborarea ofertelor şi transmiterea acestora.

Respinge cererea contestatoarei ..., privind, *Obligarea autorităţii contractante de a prelungi perioada de elaborare şi de depunere a ofertelor cu 30 zile din momentul modificării cerinţelor din documentaţia de atribuire,* ca nefondată.

Prezenta decizie este obligatorie, în conformitate cu dispozițiile art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

Împotriva ei se poate formula plângere, în termen de 10 zile lucrătoare de la comunicare pentru părţile cauzei, respectiv de la data luării la cunoştinţă de către alte persoane vătămate, în temeiul art. 29 din Legea nr. 101/2016.