# CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C.N.S.C.

Str. Stavropoleos nr. 6, Sector 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. 23 și ale art. 27 alin. (2) 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 National de Soluționare a Contestațiilor, Consiliul adoptă următoarea**

## DECIZIE
**Nr. .../C.../...**
**Data: ...**

Prin contestația nr. 1662/18.08.2017, transmisă inițial prin fax și, ulterior, în original, prin poșta rapidă, înregistrată la Consiliu sub nr. 34506/18.08.2017, respectiv sub nr. 34612/21.08.2017, SC ... SRL, cu sediul în municipiul ..., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., având CIF RO ..., reprezentată legal prin dl. ..., în calitate de Director General, a contestat documentația de atribuire elaborată în cadrul procedurii de atribuire, prin „licitație deschisă”, online, fără etapă finală de licitație electronică, a contractului de achiziție publică de lucrări având ca obiect „Proiectare și execuție lărgire la 4 benzi DN7 Bâldana - Titu km 30+950 - 52+350”, coduri CPV 45233120-6, 45221111-3 și 71322500-6 (Rev.2), inițiată de ...S.A., în calitate de autoritate contractantă, cu sediul în municipiul ... și a solicitat Consiliului următoarele:

- să constate că sunt neclare/nelegale prevederile din documentația de atribuire, cu privire la criteriile de atribuire, respectiv obținerea calificativului „bună”, conform reglementărilor CD 155/2001 pentru capacitatea portantă, starea de degradare, planeitatea și rugozitatea drumului la recepția finală a lucrării;
- să constate că sunt nelegale prevederile din „Cerințele Beneficiarului” cu privire la neasumarea, de către Beneficiar, a datelor din documentația tehnică puse la dispoziție de către Beneficiar;
- să constate că sunt nelegale/neclare prevederile de la art. 7.4.3 „Cerințele Beneficiarului”, întrucât nu se menționează îndreptățirea Antreprenorului de a solicita și prelungirea duratei contractului în caz de relocare a utilităților, solicitând completarea articolului, în sensul menționării dreptului Antreprenorului la prelungirea duratei contractului în cazul reglementat;

- să constate că sunt nelegale/neclare prevederile de la art. 7.6.8 din „Cerințele Beneficiarului”, teza a doua, care comportă interpretarea că Antreprenorul va suporta costurile lucrărilor de utilități generate de descoperirea unor echipamente de furnizare a utilităților necunoscute anterior;

- să constate că sunt nelegale prevederile de la art. 3.1.5 și 8.3.4. din „Cerințele Beneficiarului” care nu stabilesc cine va suporta costuri suplimentare rezultate din eventualele cerințe suplimentare solicitate de ASR, în plus față de costurile menționate în ofertă de către Antreprenor conform standardelor și normativelor în vigoare privind siguranța rutieră;

- să constate că sunt nelegale prevederile de la Cap. 12 din „Cerințele Beneficiarului”, care stabilesc că riscurile de întârziere pe care le implică descoperirea unor situri arheologice sunt imputate Antreprenorului, precum și riscurile de întârziere/costuri suplimentare rezultate de identificarea/delimitarea/evaluarea eronată a siturilor arheologice;

- să constate că sunt nelegale prevederile de la art. 13.3 din Acordul Contractual, care modifică art. 13.4 din condițiile speciale (ultimul paragraf);

- să constate că sunt nelegale prevederile din fișa de date a achiziției care stipulează două clauze „rezolutorii” de împlinirea cărora depinde semnarea contractului de către ofertantul declarat câștigător;

- să dispună măsuri de remediere, constând în obligarea autorității contractante la modificarea documentației de atribuire și a modelului de contract propus în documentația de atribuire; în măsura în care, la data soluționării contestației, nu se vor putea dispune măsuri de remediere pe motiv că ofertele ar fi deschise, contestatoarea solicită anularea procedurii de atribuire.

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

În ceea ce privește neclaritatea/nelegalitatea prevederilor din documentația de atribuire, cu privire la factorul de evaluare nr. 5, respectiv „Obținerea calificativului «bună» conform reglementărilor CD 155/2001 pentru capacitatea portantă, starea de degradare, planeitatea și rugozitatea drumului la recepția finală a lucrării”, contestatoarea SC ... SRL redă conținutul cerinței de la pct. IV.2.1) din fișa de date a achiziției și consideră că factorul de evaluare nu se aliniază prevederilor art. 187 alin. (4) din Legea nr. 98/2016, în sensul că nu prezintă relevanță în condițiile în care, pentru a obține acest calificativ (starea de degradare, planeitatea și rugozitatea drumului) după 5 ani sub trafic, trebuie refăcut stratul de uzură, ceea ce autoritatea contractantă solicită deja la un alt factor de evaluare, respectiv: 4. „Perioada de garanție a lucrărilor și schimbarea stratului de uzură”. În acest sens, contestatoarea face trimitere și la prevederile art. 32 alin. (8) din HG nr. 395/2016.

Totodată, contestatoarea susține că factorul de evaluare în discuție implică practic o declarație/un angajament cerut ofertanților, fapt pentru care se impune clarificarea consecințelor pe care le implică situația în care executantul nu obține calificativului „bună” la recepția finală. De asemenea, contestatoarea consideră că factorul de evaluare este nerelevant, nelegal și subiectiv și din considerente legate de:

- neconcordanța cu reglementările legale invocate, respectiv normativul CD 155/2001;
- atunci când este dificil de apreciat un raport optim între creșterea costului execuției pentru îmbunătățiri calitative și reducerea pe această cale a costului exploatării;
- punctajele alocate se acordă în baza unor angajamente care sunt în afara controlului autorității contractante, la momentul prezentării ofertei;
- evaluarea calității ofertei prin prisma unor materiale și/sau a soluțiilor alternative nu este obiectivă întrucât nu există o relație directă dintre acestea și rezultatul final, generând situații care îngreunează compararea ofertelor.

În ceea ce privește nelegalitatea mențiunilor din cerințele Beneficiarului cu privire la neasumarea de către Beneficiar a datelor din documentația tehnică puse la dispoziție de către Beneficiar, contestatoarea redă conținutul cerinței de la pct. 3.1.14.4 din „Cerințele Beneficiarului” și supune atenției faptul că la momentul întocmirii ofertelor ofertanții nu au la dispoziție decât informațiile puse la dispoziție de către autoritatea contractantă, astfel că se impune modificarea articolului, în sensul că răspunderea pentru documentele furnizate revine Beneficiarului.

Făcând trimitere la cerința de la pct. 3.3 din „Cerințele Beneficiarului”, contestatoarea consideră abuzivă solicitarea de asumare de către antreprenor a exactității documentelor puse la dispoziție de către Beneficiar și solicită adoptarea unor măsuri de remediere în sensul menționării că autoritatea contractantă este responsabilă de documentele puse la dispoziția Antreprenorului.

În continuare, contestatoarea face trimitere la pct. 7.2.1 din „Cerințele Beneficiarului” și consideră că se impune eliminarea acestui articol cu privire la asumarea de către Antreprenor a corectitudinii informațiilor furnizate de către Beneficiar cu privire la utilități.

De asemenea, contestatoarea amintește și de pct. 7.2.2 din „Cerințele Beneficiarului” și susține că deși procedura se află în faza de depunere a ofertelor, ofertanții nu au cum să identifice rețelele, să propună deținătorilor o soluție de mutare/protejare, să obțină un aviz de principiu al soluției, să cifreze soluția și apoi să o introducă în ofertă, iar ofertantul câștigător va efectua investigații după semnarea contractului.

Având în vedere cerința de la pct. 7.4.3 din „Cerințele Beneficiarului”, contestatoarea apreciază că se impune completarea articolului cu următoarea frază: „Timpul necesar obținerii terenurilor

suplimentare coridorului expropriat nu este imputabil Antreprenorului și se va adăuga la durata de execuție a contractului”.

În continuare, SC ... SRL aduce în discuție prevederile de la art. 7.6.8 din „Cerințele Beneficiarului” teza a doua și face precizarea că suportarea costurilor, de către Antreprenor, este abuzivă și reprezintă o îmbogățire fără justă cauză din partea Beneficiarului, în contextul în care de aceste lucrări nu beneficiază Antreprenorul, arătând că obligația esențială a Antreprenorului este de execuție a obiectului contractului în schimbul unui preț pe care Beneficiarul trebuie să-l suporte. În consecință, contestatoarea consideră că este necesară completarea articolului sub aspectul că: „lucrările propriu zise la Utilități, în situația reglementată la art. 7.6.8 din Cerințele Beneficiarului, vor fi suportate de către Beneficiar, cu excepția costurilor generate de obținerea acordurilor și estimărilor de cost necesare pentru lucrările de utilități, care vor fi suportate de către Antreprenor”.

În referire la prevederile de la art. 3.1.5 și 8.3.4. din „Cerințele Beneficiarului”, contestatoarea menționează că acestea nu precizează cine va suporta eventualele costuri suplimentare generate de cerințele ASR, care ar fi suplimentare față de cele rezultate conform standardelor și normativelor în vigoare. Astfel, apreciază că se impune completarea art. 8.3.4 cu următoarele prevederi: „în măsura în care cerințele ASR vor genera costuri suplimentare față de cele ofertate de către Antreprenor conform standardelor și normativelor în vigoare privind siguranța rutieră, aceste costuri suplimentare vor fi suportate de către Beneficiar”.

O altă critică a contestatoarei vizează prevederile de la cap. 12 din „Cerințele Beneficiarului” pe care le consideră excesive și disproporționate, în contextul în care executantul nu poate să anticipeze costurile suplimentare sau întârzierile pe care le-ar putea genera situațiile regăsite, acestea având caracter neprevăzut. În consecință, pentru restabilirea echilibrului contractual și pentru respectarea principiilor proporționalității și egalității de tratament, contestatoarea consideră că se impune reformularea clauzelor, în sensul că executantul are dreptul la prelungirea duratei contractului și la recuperarea eventualelor costuri suplimentare rezultate ca urmare a identificării unor situri arheologice.

Referitor la nelegalitatea prevederilor de la art. 13.3 din Acordul Contractual (ultimul paragraf), care modifică art. 13.4 din condițiile speciale, contestatoarea aduce la cunoștință că listele de cantități se întocmesc după pregătirea Proiectului Tehnic (după obținerea avizelor finale, autorizațiilor), iar la elaborarea listelor de cantități din proiectul tehnic pot exista cazuri de depășire a valorii introduse în ofertă pe categorii de lucrări, iar prin restricțiile impuse de art. 13.4, modificat prin acordul contractual, societatea sa s-ar afla în situația de a nu putea fi modificate costurile pe categorii de lucrări, sens în care ar putea fi necesară chiar organizarea unei noi proceduri. În acest context, contestatoarea apreciază că se impune modificarea paragrafului, după cum urmează: „La propunerea Antreprenorului, Graficul de plați se va

putea actualiza (după elaborarea Listelor de cantități, fără semnarea unui Act Adițional, cu condiția încadrării în valoarea de contract acceptată". Mai mult, se observă că listele de cantități din ofertă sunt estimative, fiind efectuate pe baza unui proiect orientativ, soluțiile tehnice prezentate în licitație reprezentând, în esență, baza pentru elaborarea proiectului tehnic.

Referitor la nelegalitatea prevederilor din fișa de date a achiziției care stipulează două clauze rezolutorii de împlinirea cărora depinde semnarea contractului de către ofertantul declarat câștigător, contestatoarea face trimitere la prevederile de la pct. IV.4.3) „Modul de prezentare a ofertei /.../", 10. „Semnarea contractului" și apreciază că autoritatea contractantă se prevalează de prevederile art. 212 lit. c) din Legea nr. 98/2016 în a-și justifica o eventuală nesemnare a contractului cu ofertantul declarat câștigător prin inserarea unor clauze rezolutorii care, din modul de formulare, reliefează încălcarea prevederilor legale care afectează procedura de atribuire și care creează incidența cazului de anulare de la art. 212 lit. c) din același act normativ.

SC ... SRL subliniază că aceeași situație se regăsește și în cazul condiționării semnării contractului de obținerea/ aprobarea finanțării și face trimitere la punctul de vedere al ANAP publicat în data de 07.05.2012.

Mai mult decât atât, contestatoarea consideră că sintagma „clauză rezolutorie" este una suspensivă pentru că, de îndeplinirea acesteia, depinde încheierea/atribuirea contractului, aceasta făcând să fie o condiție pur potestativă mixtă care o lipsește de efecte juridice în temeiul art. 1403 Cod Civil.

În final, contestatoarea solicită accesul la dosarul achiziției publice.

În dovedirea contestației sale, contestatoarea SC ... SRL a depus la dosarul cauzei, în copie, un set de înscrisuri.

În vederea soluționării contestației, Consiliul, prin adresa nr. 34681/2956 C5/31.08.2017, a solicitat contestatoarei, între altele, în temeiul art. 20 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, adresa nr. 1592/ 07.08.2017, reprezentând notificarea prealabilă a autorității contractante.

De asemenea, prin adresa nr. 34682/2956 C5/31.08.2017, Consiliul a solicitat autorității contractante între altele, înaintarea documentelor necesare, în conformitate cu dispozițiile art. 18 din Legea nr. 101/2016.

Contestatoarea SC ... SRL a răspuns la solicitarea Consiliului nr. 34681/2956 C5/31.08.2017, prin adresa nr. 1687/23.08.2017, înregistrată la Consiliu sub nr. 35300/23.08.2017, depunând documentele solicitate.

Prin adresa nr. 92/64087/24.08.2017, înregistrată la Consiliu sub nr. 35408/24.08.2017, autoritatea contractantă ...S.A. a comunicat dosarul achiziției publice necesar soluționării contestației, însă fără a forma vreun punct de vedere cu privire la aceasta.

Prin adresa nr. 35488/2956 C5/24.08.2017, Consiliul a invitat contestatoarea în vederea studierii dosarului achiziției publice, însă prin adresa nr. 1710/28.08.2017, înregistrată la Consiliu sub nr. 36026/ 28.08.2017, aceasta a comunicat faptul că renunță la acest capăt de cerere.

Autoritatea contractantă ...S.A. a comunicat, prin adresa nr. 92/66771/05.09.2017, înregistrată la Consiliu sub nr. 37411/ 06.09.2017, punctul de vedere cu privire la contestația formulată de SC ... SRL.

Autoritatea contractantă arată că autoarea contestației a formulat notificarea prealabilă nr. 1572/07.08.2017, prin care a invocat ca fiind nelegale anumite cerințe din documentația de atribuire.

În ceea ce privește prima critică adusă de contestatoare, referitoare la neclaritatea/nelegalitatea prevederilor din documentația de atribuire, cu privire la criterii de atribuire, respectiv Obținerea calificativului „bună" conform reglementărilor CD 155/2001 pentru capacitatea portantă, starea de degradare, planeitatea și rugozitatea drumului la recepția finală a lucrării, autoritatea contractantă face trimitere la prevederile art. 187 alin. (5) lit. a) din Legea nr. 98/2016 și precizează că acest criteriu introduce un element calitativ complementar și suplimentar față de obligațiile care urmează să fie incluse de ofertanți în propunerea tehnică la nivel de cerințe minimale de îndeplinit privind aspectele de calitate a lucrărilor executate, reprezentând astfel un avantaj pentru autoritatea contractantă.

Având în vedere că la momentul realizării recepției finale, nu se solicită în mod expres atingerea unor parametri de calitate efectivi sub raportul unor parametri minimali de atins la nivel de capacitate portantă, stare de degradare, planeitate și rugozitate, autoritatea contractantă susține că prin asumarea atingerii acestor parametri la sfârșitul perioadei de garanție a lucrărilor de către Antreprenor, exigențele calitative cresc semnificativ și oferă Beneficiarului garanția unor lucrări la nivelul sistemului rutier executate calitativ. Se menționează că la Recepția Finală, acești parametrii calitativi de atins, cu excepția stării de degradare, nu pot fi determinați/intuiți în situl vizual la nivelul membrilor comisiei care efectuează Recepția Finală, motiv pentru care este necesară determinarea acestora în situl cu mijloace de mare randament nedistructive ale Beneficiarului pe sectoare omogene de 100 m.

Astfel, autoritatea contractantă face precizarea că Antreprenorul va avea în vedere încă de la momentul întocmirii ofertei, precum și pe durata de proiectare și de execuție a lucrărilor, procurarea/realizarea/ utilizarea unor materiale/rețete calitativ superioare, utilizarea unor tehnologii de execuție superioare calitativ.

Autoritatea contractantă învederează că acest factor de evaluare este complementar celorlalți factori prin faptul că ofertanții trebuie să realizeze execuția la niște parametri tehnici superiori din punct de vedere calitativ, astfel încât la Recepția finală să nu mai existe intervenții și costuri suplimentare.

Drept urmare, cu privire la capătul de cerere al contestatoarei în legătură cu această critică, autoritatea contractantă susține că a prevăzut încă de la data publicării documentației de atribuire, faptul că „Ofertantul își asumă faptul că emiterea Certificatului de Recepție Finală este condiționată de obținerea calificativului «bună» pentru parametrii menționați mai sus și asumați de Ofertant”, astfel că în cazul în care Antreprenorul nu va obține calificativul «bună», Antreprenorul va avea obligația de a întreprinde toate demersurile/acțiunile/intervențiile asupra stării tehnice a drumului până la obținerea acestui calificativ.

Cu privire la neconcordanța cu reglementările legale invocate, respectiv Normativul CD 155/2011, autoritatea contractantă prezintă, sub formă tabelară, prevederile acestuia cu privire la parametrii solicitați prin factorul de evaluare.

De asemenea, se face trimitere și la prevederile art. 189 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 și se arată că solicitările aferente factorului de evaluare nr. 5 nu se suprapun cu cele ale factorului de evaluare nr. 4, astfel că în situația în care la recepția finală a lucrării, capacitatea portantă nu obține calificativul «bună», conform reglementarilor CD 155/2001, acest fapt nu se soluționează cu schimbarea stratului de uzură.

În legătură cu cea de-a doua critică a contestatoarei, în sensul că „Sunt nelegale prevederile din Cerințele Beneficiarului cu privire la neasumarea de către Beneficiar a datelor din documentația tehnică puse la dispoziție de către Beneficiar”, autoritatea contractantă redă cerința de la art. 3.3 din „Cerințele Beneficiarului” și face mențiunea că este îndreptățită să solicite ca informația geotehnică să fie asumată și confirmată de către Antreprenor, întrucât aceasta, împreună cu forajele/sondajele de confirmare efectuate după semnarea contractului, va sta la baza realizării Studiului Geotehnic, respectiv a Proiectului Tehnic de execuție. Drept urmare, Antreprenorul va prelua datele pe care le consideră a fi corecte/valabile din documentația tehnică pusă la dispoziție, va executa foraje/sondaje de confirmare, fundamentate ca număr și va include toate acestea în cadrul Studiului Geotehnic pe care și-l va asuma.

De asemenea, se mai face precizarea faptului că nu s-a impus, prin Cerințele Beneficiarului, ca execuția de foraje/sondaje confirmare să se facă în perioada de întocmire a ofertelor.

Având în vedere că SC ... SRL nu a contestat și art. 11 din Acordul Contractual care prevede ca în termen de 60 de zile de la data de începere a activității de proiectare va realiza studiul geotehnic, autoritatea contractantă consideră criticile neîntemeiate și nu consideră necesară modificarea prevederilor art. 3.1.14.4 din Cerințele Beneficiarului.

Totodată, autoritatea contractantă apreciază că este îndreptățită să solicite ca Antreprenorul să își asume responsabilitatea și răspunderea pentru respectarea tuturor cerințelor de proiectare impuse de Beneficiar, arătând că a solicitat ca Antreprenorul să confirme exactitatea datelor,

să le actualizeze și să le completeze, și nu doar să își asume exactitatea datelor puse la dispoziție de către Beneficiar, prin urmare nu se consideră necesară modificarea prevederilor art. 3.3.1 și art. 3.3.2 din Cerințele Beneficiarului.

În ceea ce privește prevederile art. 7.2.1 din Cerințele Beneficiarului, autoritatea contractantă face trimitere la art. 3.15, art. 3.6.6 și art. 3.7 din Cerințele Beneficiarului și menționează că prevederile art. 7.2.1. nu fac referire la identificarea tuturor utilităților în faza de depunere a ofertelor, aceasta fiind inclusă în cadrul Declarației de proiectare, Antreprenorul având obligația de a o finaliza în termen de 60 zile calendaristice de la data ordinului de începere. Drept urmare, eliminarea riscul invocat de către contestatoare cu privire la datele furnizate de către Beneficiar nu se justifică, în condițiile în care acesta are obligația de a utiliza în proiectul său și pentru executarea lucrărilor aferente utilităților, doar acele date pe care le consideră corecte.

Cu privire la mențiunile contestatoarei referitoare la prevederile art. 7.4.3. din Cerințele Beneficiarului, autoritatea contractantă invocă Ordinul nr. 600/2017 pentru modificarea anexei nr. 1 la Ordinul ministrului transporturilor și infrastructurii nr. 146/2011 privind aprobarea condițiilor contractuale speciale ale contractelor pentru echipamente și construcții, inclusiv proiectare, Sub-Clauza 8.4 și nu consideră necesară modificarea prevederilor art. 7.4.3.

Referitor la critica autoarei contestației cu privire la art. 7.6.8 din Cerințele Beneficiarului, autoritatea contractantă susține că aceste prevederi fac referire la responsabilitatea Antreprenorului ce intervine ulterior întocmirii de către acesta a Proiectului de relocare/protejare utilități. Astfel, în situația în care Antreprenorul descoperă, în limitele Șantierului, echipamente de furnizare a Utilităților necunoscute anterior, ca rezultat al sondajelor prevăzute în subcapitolele 7.2.1 și 7.2.2 în conformitate cu pct. 3.7 și Condițiile Contractului, cheltuielile aferente acestora vor fi suportate de către Antreprenor, întrucât la întocmirea Proiectului de relocare/protejare utilități Antreprenorul are obligația de a identifica toate rețelele de utilități necesar a fi protejate și/sau relocate de pe amplasamentul obiectivului, adică în limitele șantierului. Dacă Proiectul de relocare/protejare utilități este întocmit corespunzător și reflectă realitatea din teren, Antreprenorul nu intră sub incidența prevederilor art. 7.6.8. din Cerințele Beneficiarului, astfel că orice utilități nedescoperite în termen de 90 de zile calendaristice de la data ordinului de începere sunt imputabile Antreprenorului.

De asemenea, se face trimitere și la art. 1.3.1.3. din Cerințele Beneficiarului și la Sub-Clauza 4.10 din Ordinul nr. 600/2017.

Având în vedere criticile SC ... SRL referitoare la costurile suplimentare rezultate din eventualele cerințe suplimentare solicitate de ASR, autoritatea contractantă redă prevederile art. 8.1.4. și art. 8.2.1. din Cerințele Beneficiarului, precum și Sub-Clauza 4.12 din Ordinul nr. 600/2017 și arată că își menține prevederile art. 3.1.5. și art. 8.3.4. din Cerințele Beneficiarului.

În continuare, ...S.A. învederează că cerințele privind siturile arheologice și riscurile Antreprenorului sunt reglementate prin Ordinul nr. 600/2017, Sub-Clauza 4.24. și Sub-Clauza 4.10., astfel că Cerințele Beneficiarului nu pot fi considerate nelegale, ținând cont de faptul că acestea sunt corelate cu prevederile Ordinului nr. 600/2017, iar costurile suplimentare ce pot surveni urmarea celor descrise mai sus, sunt reglementate prin Cerințele Beneficiarului, la art. 12.1, art. 12.2.4 din Cerințele Beneficiarului.

În ceea ce privește aspectul privind „prelungirea duratei contractului și recuperarea eventualelor costuri suplimentare", autoritatea contractantă arată că acesta este reglementat prin Sub-Clauza 8.4. din Ordinul nr. 600/2017.

În referire la capătul de cerere al contestatoarei privind modificarea prevederilor art. 13.3 din Acordul Contractual (ultimul paragraf) care modifică art. 13.4 din Condițiile speciale, autoritatea contractantă face trimitere la Sub-Clauza 14.1. din Ordinul nr. 600/2017 și subliniază că prin art. 13.3 din Acordul Contractul, ce a amendat art. 13.4 din Condițiile speciale, a venit în completarea/explicitarea Sub-Clauzei 14.1. Prețul Contractului din Condițiile Speciale de Contract.

În ceea ce privește nelegalitatea invocată de contestatoare cu privire la cele două clauze rezolutorii din fișa de date a achiziției, autoritatea contractantă arată că atât la secțiunea III. 1.2), cât și în secțiunea VI.2) din fișa de date a achiziției a precizat că sursa de finanțare pentru acest contract va fi asigurată prin POIM 2014-2020, fiind deja inițiate demersurile pentru obținerea finanțării europene nerambursabile.

Autoritatea contractantă face precizarea că mențiunea „încheierea contractului de achiziție publică este condiționată de obținerea/ aprobarea finanțării lucrărilor din fonduri de la bugetul de stat și/sau fonduri europene nerambursabile, semnarea contractului fiind posibilă doar în situația în care se respectă dispozițiile referitoare la angajarea cheltuielilor din bugetele care intră sub incidența legislației privind finanțele publice. În cazul în care, indiferent de motive, obținerea/aprobarea finanțării /.../ nu se realizează, Autoritatea Contractantă va aplica prevederile art. 212 alin (1) lit. c) teza a II-a din Legea 98/2016 /.../", trebuie interpretată în strânsă corelare cu obligația de a verifica alocarea bugetară anterior semnării contractului, care se regăsește în fișa de date a achiziției, la secțiunea IV.4.3), pct. 10 „Semnarea contractului". Astfel, în situația în care la momentul semnării contractului nu vor exista prevederi bugetare, încheierea contractului va fi imposibilă și, pe cale de consecință, autoritatea contractantă poate face aplicarea prevederilor art. 212 alin (1) lit. c) teza a II-a din Legea nr. 98/2016, dar numai după efectuarea tuturor demersurilor pentru obținerea finanțării.

Autoritatea contractantă învederează că prin utilizarea acestei clauze rezolutorii, intenția sa este de a putea anula procedura de atribuire dacă nu sunt îndeplinite condițiile solicitate, și nu de a rezilia un

contract, dacă acesta ar fi semnat cu o clauză suspensivă privind sursa de finanțare.

În continuare, autoritatea contractantă susține că prin cea de-a doua condiție introdusă, respectiv „Autoritatea Contractantă nu va atribui contractul decât în situația în care Hotărârea de Guvern privind indicatorii tehnico-economici ai acestui obiectiv de investiție va fi actualizată. /.../”, se înțelege că va semna contractul cu ofertantul desemnat câștigător și nu va amâna încheierea acestuia, însă numai în cazul în care se poate respecta și condiția obligatorie referitoare la actualizarea indicatorilor tehnico-economici și aprobarea prin HG, astfel că va adopta următoarele măsuri de remediere, după cum urmează:

a) În secțiunea III.1.2) „Principalele modalități de finanțare și plată și/sau trimitere la dispozițiile relevante”, sintagma „clauza rezolutorie” a fost înlocuită cu sintagma „*condiția*”, textul secțiunii devenind „*POIM în cofinanțare cu Bugetul de Stat. A se vedea condiția din secțiunea IV. 4.3) Modul de prezentare a ofertelor, cap. 10. Semnarea contractului*”;

b) Textul din cadrul secțiunii IV.4.3) Modul de prezentare a ofertei, pct. 10 Semnarea contractului, paragraful „Procedura de atribuire este inițiată sub incidența următoarei clauze rezolutorii: CLAUZA REZOLUTORIE /.../” a fost modificat și are următorul conținut:

„*Finalizarea procedurii de atribuire prin încheierea contractului de achiziție publică este supusă următoarei condiții: încheierea contractului de achiziție publică este condiționată de obținerea/aprobarea finanțării lucrărilor din fonduri de la bugetul de stat și/sau fonduri europene nerambursabile, semnarea contractului fiind posibilă doar în situația în care se respectă dispozițiile referitoare la angajarea cheltuielilor din bugetele care intră sub incidența legislației privind finanțele publice. În cazul în care, indiferent de motive, obținerea/aprobarea finanțării lucrărilor din fonduri de la bugetul de stat și/sau fonduri europene nerambursabile nu se realizează, Autoritatea Contractantă va aplica prevederile art. 212 alin (1) lit. c) teza a II-a din Legea 98/2016, fiind imposibilă încheierea contractului de achiziție publică*”;

c) În secțiunea VI. 2) Contractul/Concursul se înscrie într-un Proiect/Program finanțat din fonduri comunitare/Program Operațional/ Program Național de Dezvoltare Rurală - Trimitere (trimiteri) la proiect(e) și/sau program(e), sintagma „clauza rezolutorie” a fost înlocuită cu sintagma „*condiția*”, textul secțiunii devenind „*POIM în cofinanțare cu bugetul de stat. A se vedea condiția din secțiunea IV.4.3) Modul de prezentare a ofertelor, cap. 10. Semnarea contractului*”;

d) În secțiunea VI.3) Alte informații, pct. 6 a fost modificat și are următorul conținut: „*Finalizarea procedurii de atribuire prin încheierea contractului de achiziție publică este supusă următoarei condiții: încheierea contractului de achiziție publică este condiționată de obținerea/aprobarea finanțării lucrărilor din fonduri de la bugetul de stat și/sau fonduri europene nerambursabile, semnarea contractului fiind posibilă doar în situația în care se respectă dispozițiile referitoare la angajarea cheltuielilor din bugetele care intră sub incidența legislației*

*privind finanțele publice. În cazul în care, indiferent de motive, obținerea/aprobarea finanțării lucrărilor din fonduri de la bugetul de stat și/sau fonduri europene nerambursabile nu se realizează. Autoritatea Contractantă va aplica prevederile art. 212 alin (1) lit. c) teza a II-a din Legea 98/2016, fiind imposibilă încheierea contractului de achiziție publică*".

Autoritatea contractantă reiterează că această condiție introdusă în documentația de atribuire se referă la o situație în care, din motive obiective și evidente, ar fi imposibilă semnarea contractului, nefiind respectate prevederile Legii nr. 500/2002 privind finanțele publice, arătând astfel că nu s-a precizat că nu se va semna contractul de achiziție publică dacă nu se semnează contractul de finanțare, ci dacă nu se poate obține/aproba finanțarea lucrărilor din mai multe surse de finanțare, respectiv fonduri de la bugetul de stat și/sau fonduri europene nerambursabile, cu alte cuvinte, în măsura în care nu este asigurată alocarea bugetară necesară încheierii oricărui contract.

Totodată, având în vedere că semnarea contractului nu este posibilă fără îndeplinirea condiției sus menționate pentru argumentele expuse anterior, autoritatea contractantă consideră solicitarea contestatoarei de a transforma condiția în clauza suspensivă, ca fiind neîntemeiată.

Față de cele mai sus precizate, autoritatea contractantă solicită respingerea contestației ca nefondată.

Prin adresa nr. 37552/2956 C5/06.09.2017, Consiliul a informat contestatoarea SC ... SRL faptul că poate transmite susțineri față de punctul de vedere referitor la contestație, respectiv față de măsurile de remediere adoptate de autoritatea contractantă, comunicate prin adresa nr. 92/66771/05.09.2017, înregistrată la Consiliu sub nr. 37411/06.09.2017.

Contestatoarea SC ... SRL a răspuns prin adresa nr. 1794/07.09.2017, înregistrată la Consiliu sub nr. 37766/07.09.2017.

În ceea ce privește neclaritatea/nelegalitatea prevederilor din documentația de atribuire, cu privire la criterii de atribuire, respectiv Obținerea calificativului „bună" conform reglementarilor CD 155/2001 pentru capacitatea portantă, starea de degradare, planeitatea și rugozitatea drumului la recepția finală a lucrării, contestatoarea consideră că autoritatea contractantă nu răspunde criticilor aduse de societatea sa, arătând că atât criteriile de atribuire cât și avantajele competitive este necesar să existe la momentul ofertării, și nu în viitor, când, dacă nu vor fi fost obținute în urma unei evaluări ce va avea loc abia după executarea contractului, dreptul ofertanților la egalitatea de șanse consacrat de legislație, nu va mai putea fi restabilit.

Prin urmare, nu simpla includere în documentația de atribuire a unui criteriu de departajare care să constituie un avantaj, ci faptul că, în cadrul acestei documentații și în ceea ce privește criteriul „bună", nu poate constitui un avantaj din motivele anterior expuse.

Referitor la nelegalitatea prevederilor din Cerințele Beneficiarului cu privire la neasumarea de către Beneficiar a datelor din documentația tehnică puse la dispoziție de către Beneficiar, contestatoarea amintește că a contestat faptul că, Beneficiarul furnizează niște date pentru care nu își asumă nicio răspundere juridică ci o mută în sarcina și patrimoniul Antreprenorului și pe baza cărora pretinde elaborarea unei Oferte anterior confirmării datelor pe care o pretinde Antreprenorului. Prin urmare, contestatoarea subliniază faptul că nu a contestat că s-a impus realizarea studiului geotehnic anterior Ofertei așa cum invocă Beneficiarul sau că se cere Antreprenorului să își asume acest studiu, ci că, în lipsa unei asumări a datelor relevante din partea acestuia, Oferta nu poate fi făcută „în orb", ci doar pe baza datelor certe și relevante furnizate de studiile geotehnice de confirmare a datelor comunicate de către Beneficiar. Doar că, nu există timp fizic pentru realizarea acestora anterior elaborării ofertei.

În ceea ce privește art. 7.2.1. din Cerințele Beneficiarului, contestatoarea își menține solicitarea ca acesta să fie înlăturat integral, întrucât, Beneficiarul, fără niciun temei juridic, transferă riscul juridic și răspunderea pentru propriile sale acte și fapte, la Antreprenor.

Cu privire la prevederile de la art. 7.4.3 Cerințele Beneficiarului întrucât, contestatoarea observă că autoritatea contractantă nu precizează în care dintre ipotezele cuprinse în art. 7.4.3. din Cerințele Beneficiarului s-ar încadra dreptul Antreprenorului la prelungirea duratei de execuție a lucrărilor cu durata necesară relocării utilităților.

Referitor la prevederile art. 7.6.8 din Cerințele Beneficiarului, teza a doua, contestatoarea constată că și în cazul acestui motiv autoritatea contractantă își menține conduita în sensul de a răspunde paralel cu ceea ce intrinsec se critică, ducând din nou răspunderea pentru propriile date în sarcina Ofertantului. Contestatoarea mai arată că societatea sa a criticat faptul că, la momentul Ofertării, ar trebui să își asume relocarea sau protejarea unor utilități pe care nu le cunoaște, relocarea utilităților neconstituind obiectul contractului în pofida a ceea ce încearcă autoritatea contractantă să acrediteze ca idee, ci acestea sunt accesorii la obiectul derivat al contractului. Mai mult, contestatoarea observă că nu se menționează nimic referitor la faptul că utilități și/sau echipamente aferente acestora ar putea apărea și ulterior realizării studiilor în sarcina Antreprenorului.

În ceea ce privește critica referitoare la nelegalitatea prevederilor de la art. 3.1.5 și 8.3.4. din Cerințele Beneficiarului, contestatoarea învederează că prin contestație sunt aduse în discuție două aspecte relevante:

- nu se pot cunoaște, la momentul ofertării, costurile pentru ASR ca să fie asumate la acest moment, nu la momentul la care se va cunoaște ASR;

- se vorbește despre costuri suplimentare solicitate de ASR, adică, cele ce pot apărea în mod suplimentar față de standardele și normativele în vigoare.

Cu privire la critica referitoare la nelegalitatea prevederilor de la Cap. 12 din Cerințele Beneficiarului care stabilesc că riscurile de întârziere și costurile suplimentare pe care le implică descoperirea unor situri arheologice sunt imputate Antreprenorului, precum și riscurile de întârziere/costuri suplimentare rezultate din identificarea/delimitarea/ evaluarea eronată a siturilor arheologice, contestatoarea consideră că referirea autorității contractante la Ordinul nr. 600/2017 nu are niciun temei, dat fiind că acest Ordin nu reglementează că Antreprenorul va suporta costurile de descoperire a siturilor arheologice, reglementarea actului normativ fiind doar pentru inspecția terenului care se face pe cheltuiala Antreprenorului, dar nu și costurile suplimentare pe care le implică descoperirea de situri arheologice.

Referitor la nelegalitatea prevederilor de la art. 13.3 din Acordul Contractual (ultimul paragraf), care modifică art. 13.4 din condițiile speciale, contestatoarea nu este de acord cu interpretarea dată de către autoritatea contractantă dispozițiilor Ordinului nr. 600/2017, apreciind astfel că dispozițiile art. 13.3 ultimul paragraf din Acordul contractual se impun a fi modificate în sensul: „La propunerea Antreprenorului, Graficul de plăți se va putea actualiza după elaborarea Listelor de cantități, fără semnarea unui Act Adițional, cu condiția încadrării în valoarea de contract acceptată”.

În ceea ce privește motivul privind nelegalitatea prevederilor din fișa de date a achiziției care stipulează două clauze rezolutorii de împlinirea cărora depinde semnarea contractului de către ofertantul declarat câștigător, contestatoarea constată că autoritatea contractantă a înțeles să opereze o modificare pur formală, fără nicio consecință juridică asupra fondului motivului, menținând condiționarea încheierii Contractului de obținerea finanțării, ceea ce, în opinia acesteia, este nelegal.

Față de cele de mai sus, contestatoarea solicită admiterea în tot a contestației sale și totodată, accesul la dosarul achiziției publice.

Prin adresa nr. 92/68343/07.09.2017, înregistrată la Consiliu sub nr. 37755/07.09.2017, autoritatea contractantă ...S.A. a comunicat măsurile de remediere adoptate, după cum urmează:

1. În secțiunea III.1.2) „Principalele modalități de finanțare și plată și/sau trimitere la dispozițiile relevante”, paragraful „POIM în cofinanțare cu Bugetul de Stat. A se vedea clauza rezolutorie 1 din secțiunea IV.4.3) Modul de prezentare a ofertelor, cap. 10. Semnarea contractului” va avea următorul conținut: *„POIM în cofinanțare cu Bugetul de Stat. A se vedea condiția 1 din secțiunea IV.4.3) Modul de prezentare a ofertelor, cap. 10. Semnarea contractului*”;

2. În secțiunea IV.4.3 Modul de prezentare a ofertei, cap. 10 Semnarea contractului, paragraful „Procedura de atribuire este inițiată sub incidența următoarelor clauze rezolutorii: Clauza rezolutorie 1 /.../, Clauza rezolutorie 2 /.../” se modifică și va avea următorul conținut: *„Procedura de atribuire este inițiată sub incidența următoarelor condiții:*

*Condiția 1: Încheierea contractului este condiționată de obținerea/aprobarea finanțării lucrărilor din fonduri de la bugetul de stat și/sau fonduri europene nerambursabile, semnarea contractului fiind posibilă doar în situația în care se respectă dispozițiile referitoare la angajarea cheltuielilor din bugetele care intră sub incidența legislației privind finanțele publice. În cazul în care, indiferent de motive, obținerea/aprobarea finanțării lucrărilor din fonduri de la bugetul de stat și/sau fonduri europene nerambursabile nu se realizează, autoritatea contractantă va aplica prevederile art. 212 alin. (1) lit. c) teza a II-a din Legea nr. 98/2016, fiind imposibilă încheierea contractului de achiziție publică.*

*Condiția 2: autoritatea contractantă nu va atribui contractul decât în situația în care Hotărârea de Guvern privind indicatorii tehnico-economici ai acestui obiectiv de investiție va fi actualizată. În lipsa actualizării indicatorilor tehnico-economici, aprobați prin Hotărâre de Guvern, autoritatea contractantă va aplica prevederile art. 212 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 98/2016*";

3. În secțiunea VI.2) Contractul/concursul se înscrie într-un proiect/program finanțat din fonduri comunitare/Program operațional/ program național de dezvoltare rurală, paragraful: „POIM și Bugetul de Stat. A se vedea clauza rezolutorie 1 din secțiunea IV.4.3) Modul de prezentare a ofertelor, cap. 10. Semnarea contractului" va avea următorul conținut: „*POIM și Bugetul de Stat. A se vedea condiția 1 din secțiunea IV.4.3) Modul de prezentare a ofertelor, cap. 10. Semnarea contractului*";

4. În secțiunea VI.3) Alte informații, paragraful „Procedura de atribuire este inițiată sub incidența următoarelor clauze rezolutorii: Clauza rezolutorie 1 /.../, Clauza rezolutorie 2 /.../" se modifică și va avea următorul conținut: „*Procedura de atribuire este inițiată sub incidența următoarelor condiții:*

*Condiția 1: Încheierea contractului este condiționată de obținerea/aprobarea finanțării lucrărilor din fonduri de la bugetul de stat și/sau fonduri europene nerambursabile, semnarea contractului fiind posibilă doar în situația în care se respectă dispozițiile referitoare la angajarea cheltuielilor din bugetele care intră sub incidența legislației privind finanțele publice. În cazul în care, indiferent de motive, obținerea/aprobarea finanțării lucrărilor din fonduri de la bugetul de stat și/sau fonduri europene nerambursabile nu se realizează, autoritatea contractantă va aplica prevederile art. 212 alin. (1) lit. c) teza a II-a din Legea nr. 98/2016, fiind imposibilă încheierea contractului de achiziție publică.*

*Condiția 2: autoritatea contractantă nu va atribui contractul decât în situația în care Hotărârea de Guvern privind indicatorii tehnico-economici ai acestui obiectiv de investiție va fi actualizată. În lipsa actualizării indicatorilor tehnico-economici, aprobați prin Hotărâre de Guvern, autoritatea contractantă va aplica prevederile art. 212 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 98/2016*".

Astfel, autoritatea contractantă a adus la cunoștință că a publicat un anunț tip erată, odată cu publicarea măsurilor de remediere și totodată, face precizarea că dintr-o eroare, în cadrul punctului său de vedere, măsurile de remediere menționate la pct. 8 au fost redactate incomplet.

Contestatoarea SC ... SRL, prin adresa nr. 1796/07.09.2017, înregistrată la Consiliu sub nr. 37812/08.09.2017, a comunicat faptul că renunță la studierea dosarului achiziției publice.

Din documentele depuse de părți și din susținerile acestora, Consiliul constată următoarele:

...SA, în calitate de autoritate contractantă, a inițiat procedura de atribuire „licitație deschisă” online, fără etapă finală de licitație electronică, a contractului de achiziție publică având ca obiect „Proiectare și execuție lărgire la 4 benzi DN7 Bâldana - Titu km 30+950 - 52+350”, coduri CPV 45233120-6, 45221111-3 și 71322500-6 (Rev.2), prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr. 177569/27.07.2017, stabilind „termenul limită pentru primirea ofertelor sau a cererilor de participare” la 18.09.2017 ora 16:00, criteriul de atribuire „cel mai bun raport calitate-preț” și o valoare estimată fără TVA de 210.627.629 RON.

Analizând cuprinsul contestației formulată de SC ... SRL, Consiliul reține că aceasta este îndreptată împotriva documentației de atribuire atașată anunțului de participare nr. 177569 și publicată în SEAP la data de 27.07.2017.

La data de 07.08.2017, în temeiul dispozițiilor art. 6 din Legea nr. 101/2016, SC ... SRL a transmis autorității contractante, notificarea prealabilă nr. 1592/07.08.2017

În cadrul termenului stipulat de art. 6 alin. (4) din Legea nr. 101/2016, autoritatea contractantă nu a răspuns acestei notificări prealabile.

La data de 18.08.2017, SC ... SRL a transmis Consiliului, prin fax, contestația nr. 1662/18.08.2017 care formează obiectul prezentei cauze solicitându-i acestuia „Să dispună măsuri de remediere constând în obligarea autorităţii contractante la modificarea documentaţiei de atribuire şi a modelului de contract propus în documentaţia de atribuire, conform criticilor supuse atenţiei (...). În măsura în care la data soluţionării prezentei contestaţii nu se vor putea dispune măsuri de remediere pe motiv că ofertele ar fi deschise, solicităm anularea procedurii de atribuire”.

Analizând cuprinsul contestației formulată de SC ... SRL, Consiliul reține că aceasta este îndreptată împotriva documentației de atribuire, autoarea contestației nesolicitând suspendarea procedurii de atribuire iar autoritatea contractantă neînțelegând să suspende din proprie inițiativă procedura de atribuire, astfel încât la data emiterii prezentei decizii procedura de atribuire este în desfășurare.

În continuare, Consiliul procedează la analiza punctuală a criticilor formulate de contestatoare.

Prima critică se referă la factorul de evaluare nr. 5, menționat de către autoritatea contractantă în cadrul Fișei de date a achiziției, la punctul IV.2.1.

Analizând prevederile documentației de atribuire, Consiliul constată că autoritatea contractantă a stabilit Criteriul de atribuire „cel mai bun raport calitate-preț" și a stabilit următorii factori de evaluare:

1. Prețul ofertei – pondere 60%, punctaj maxim 60;
2. Experiența deținută de managerul de proiect - pondere 8 %, punctaj maxim 8;
3. Experiența deținută de șeful echipei de proiectare - pondere 8 %, punctaj maxim 8;
4. Perioada de garanție a lucrărilor și schimbarea stratului de uzură - pondere 16 %, punctaj maxim 16;
5. **Obținerea calificativului „bună" conform reglementărilor CD 155/2001 pentru capacitatea portantă, starea de degradare, planeitatea și rugozitatea drumului la recepția finală a lucrării - pondere 8 %, punctaj maxim 8.**

Pentru factorul de evaluare nr. 5 criticat, autoritatea contractantă a menționat în Fișa de date a achiziției următoarea descriere:

*„Autoritatea contractantă acordă punctaj pentru ofertanții care vor obține, la momentul recepției finale a lucrării, pentru capacitatea portantă, starea de degradare, planeitatea și rugozitatea drumului a calificativului «bună» conform reglementărilor CD 155/ 2001.*

*Algoritm de calcul: Autoritatea contractantă acordă 8 puncte ofertanților care au ofertat în cadrul Propunerii Tehnice obținerea la momentul recepției finale a lucrării, pentru capacitatea portantă, starea de degradare, planeitatea și rugozitatea drumului, a calificativului «bună» conform reglementarilor CD 155/ 2001.*

*Determinarea capacității portante, a stării de degradare, planeității și a rugozității drumului se va realiza in situ cu mijloace de mare randament nedistructive ale Beneficiarului în prezența Antreprenorului pe sectoare omogene de 100 m.*

*Ofertanții vor prezenta în cadrul Propunerii Tehnice tipul materialelor avute în considerare precum și metodologia ce va fi utilizată la execuția lucrării în vederea atingerii calificativului «bună»*

*Notă: Ofertantul își asumă faptul că emiterea Certificatului de Recepție Finală este condiționată de obținerea calificativului «bună» pentru parametrii menționați mai sus și asumați de Ofertant".*

În cadrul Strategiei de Contractare nr. 12B/3643/12.07.2017, autoritatea contractantă a menționat următoarea justificare în alegerea factorului de evaluare nr. 5:

*„Acest criteriu introduce un element calitativ complementar și suplimentar față de obligaţiile care urmează să fie incluse de ofertanţi în Propunerea Tehnică la nivel de cerinţe minimale de îndeplinit privind aspectele de calitate a lucrărilor executate, reprezentând astfel un avantaj pentru Autoritatea Contractantă. Având în vedere că în prezent, la momentul realizării recepţiei finale, nu se solicită în mod expres*

*atingerea unor parametri de calitate efectivi sub raportul unor parametri minimali de atins la nivel de capacitate portantă, stare de degradare, planeitate și rugozitate, prin asumarea atingerii acestor parametri la sfârșitul perioadei de garanţie a lucrărilor de către Antreprenor, exigențele calitative cresc semnificativ și oferă Beneficiarului garanţia unor lucrări la nivelul sistemului rutier executate calitativ. Menţionăm că la Recepţia Finală aceşti parametri calitativi de atins, cu excepţia stării de degradare, nu pot fi determinați/intuiți in situ vizual la nivelul membrilor Comisiei care efectuează Recepţia Finală, motiv pentru care este necesară determinarea acestora in situ cu mijloace de mare randament nedistructive ale Beneficiarului (în prezenta Antreprenorului) pe sectoare omogene de 100 m.*

*Asumându-și această activitate, Antreprenorul va avea în vedere încă de la momentul întocmirii ofertei, precum și pe durata de proiectare și de execuţie a lucrărilor, procurarea/realizarea/utilizarea unor materiale/rețete calitativ superioare, utilizarea unor tehnologii de execuţie superioare calitativ. Astfel, se va asigura o comportare în timp a lucrărilor executate superioară calitativ, fiind diminuate lucrările de remediere, pe perioada de garanţie a lucrărilor (cea minimă obligatorie sau cea extinsă așa cum a fost asumată de ofertanţi). Acest factor de evaluare este complementar celorlalţi factori prin faptul că ofertanţii își asumă suplimentar ca la recepţia finală drumul să prezinte nişte parametri tehnici superiori din punct de vedere calitativ.* ***În caz contrar, în vederea obţinerii Certificatului de Recepţie Finală, Antreprenorul va avea obligaţia de a întreprinde toate demersurile/acţiunile/ intervenţiile asupra stării tehnice a drumului până la obţinerea calificativului asumat prin ofertă.***

*Drept urmare, punctajul oferit de Autoritatea Contractanta este proporțional cu importanța acestui factor.*

*Normativul CD 155/2001 conţine următoarele prevederi cu privire la parametrii solicitați prin factorul de evaluare:*

*(...)*

*Menţionăm ca prin acest factor de evaluare, autoritatea contractantă a urmărit să obțină la momentul recepţiei finale o calitate superioară a lucrărilor executate întrucât normativele în vigoare impun valori mai mici decât cele aferente calificativului «bună» pentru efectuarea recepţiei.*

*Spre exemplu CD 155/2001 recomandă ca valorile obținute la data recepţiei lucrărilor pentru RUGOZITATEA suprafeţei stratului de uzură să se încadreze în limite care, (...) ar conduce la obținerea calificativului MEDIOCRĂ. (...)*

*Autoritatea contractantă a impus ofertanţilor care ofertează obţinerea calificativului solicitat conform factorului de evaluare, să includă în Propunerea Tehnică tipul materialelor avute în considerare precum și metodologia ce va fi utilizată la execuţia lucrării în vederea atingerii acestui calificativ".*

Analizând atât mențiunile din cadrul Strategiei de contractare cât și susținerile autorității contractante din cadrul punctului de vedere,

Consiliul reține că Normativul CD 155/2001 prevede 4 calificative, respectiv „rea, mediocră, bună, foarte bună”, pentru următorii parametrii: capacitatea portantă, starea de degradare, planeitatea și rugozitatea drumului iar *„normativele în vigoare impun valori mai mici decât cele aferente calificativului «bună» pentru efectuarea recepției”*, autoritatea contractantă precizând că „urmărește să obțină la momentul elaborării ofertei o calitate superioară a lucrărilor executate”.

În vederea soluționării acestei critici, Consiliul constată incidența următoarelor texte legale:

**- Legea nr. 98/2016:**

• *„**Art. 187** - (1) Fără a aduce atingere dispoziţiilor legale sau administrative privind preţul anumitor produse ori remunerarea anumitor servicii, autoritatea contractantă atribuie contractul de achiziţie publică/acordul-cadru ofertantului care a depus oferta cea mai avantajoasă din punct de vedere economic.*

*(2) În sensul dispoziţiilor alin. (1), autoritatea contractantă stabileşte oferta cea mai avantajoasă din punct de vedere economic pe baza criteriului de atribuire şi a factorilor de evaluare prevăzuţi în documentele achiziţiei.*

*(3) Pentru determinarea ofertei celei mai avantajoase din punct de vedere economic în conformitate cu dispoziţiile alin. (2), autoritatea contractantă are dreptul de a aplica unul dintre următoarele criterii de atribuire:*

*a) preţul cel mai scăzut;*

*b) costul cel mai scăzut;*

***c) cel mai bun raport calitate-preţ;***

*d) cel mai bun raport calitate-cost.*

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

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

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

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

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

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

• *„**Art. 188** - (1) Factorii de evaluare prevăzuţi la art. 187 alin. (4) au legătură directă cu obiectul contractului de achiziţie publică/acordului-cadru atunci când se referă în orice mod la produsele, serviciile sau*

*lucrările care urmează a fi furnizate/prestate/executate în temeiul contractului de achiziţie publică/acordului-cadru şi în orice stadiu al ciclului lor de viaţă, chiar dacă aceşti factori nu fac parte din substanţa materială a produselor, serviciilor sau lucrărilor respective.*
*(2) În sensul dispoziţiilor alin. (1), autoritatea contractantă poate avea în vedere factori de evaluare în legătură cu:*
*a) procesul specific de producţie, furnizare sau comercializare a lucrărilor, produselor sau serviciilor;*
*b) un proces specific pentru un alt stadiu al ciclului de viaţă a lucrărilor, produselor sau serviciilor";*
*• „**Art. 189** - (1) Autoritatea contractantă nu are dreptul de a utiliza factori de evaluare care să conducă la o libertate de apreciere nelimitată.*
*(2) În sensul alin. (1), factorii de evaluare utilizaţi de autoritatea contractantă trebuie să asigure o concurenţă reală între operatorii economici şi să fie însoţiţi de prevederi care să permită verificarea efectivă a informaţiilor furnizate de către ofertanţi, în scopul aplicării factorilor de evaluare.*
*(3) Atunci când consideră necesar, autoritatea contractantă verifică exactitatea informaţiilor şi dovezilor furnizate de ofertanţi";*
**- HG nr. 395/2016:**
*• **„Art. 32** - (1) În cazul în care criteriul utilizat este criteriul «cel mai bun raport calitate-preţ» sau «cel mai bun raport calitate-cost», astfel cum este prevăzut la art. 187 alin. (3) lit. c) şi d) din Lege, stabilirea ofertei câştigătoare se realizează prin aplicarea unui sistem de factori de evaluare pentru care se stabilesc ponderi relative sau un algoritm specific de calcul. (2) Factorii de evaluare a ofertelor, precum şi algoritmul de punctare prevăzut la alin. (1) se precizează în mod clar şi detaliat în cadrul documentaţiei de atribuire şi vor reflecta metodologia de punctare a avantajelor care vor rezulta din propunerile tehnice şi financiare prezentate de ofertanţi.*
*(...)*
*(8) Atunci când stabileşte factorii de evaluare a ofertelor, autoritatea contractantă nu are dreptul de a utiliza factori care:*
*a) nu au o legătură directă cu natura şi obiectul contractului de achiziţie publică ce urmează să fie atribuit;*
*b) nu reflectă un avantaj pe care autoritatea contractantă îl poate obţine prin utilizarea factorului de evaluare respectiv.*
*(9) Ponderea stabilită pentru fiecare factor de evaluare nu trebuie să conducă la distorsionarea rezultatului aplicării procedurii pentru atribuirea contractului de achiziţie publică. Pentru fiecare factor de evaluare autoritatea contractantă are obligaţia de a stabili o pondere care să reflecte în mod corect:*
*a) importanţa caracteristicii tehnice/funcţionale considerate a reprezenta un avantaj calitativ, de mediu şi/sau social ce poate fi punctat; sau*
*b) cuantumul valoric al avantajelor de natură financiară pe care ofertanţii le pot oferi prin asumarea unor angajamente suplimentare în raport cu cerinţele minime prevăzute în caietul de sarcini sau documentul descriptiv".*

Având în vedere prevederile legale mai sus menționate rezultă că:
- stabilirea unui factor de evaluarea trebuie să reflecte avantajul pe care autoritatea contractantă îl obține prin utilizarea acestuia;

- autoritatea contractantă nu are dreptul de a utiliza factori de evaluare care să conducă la o libertate de apreciere nelimitată;
- factorii de evaluare trebuie să asigure o concurență reală;
- autoritatea contractantă trebuie să poată verifica exactitatea informaţiilor şi dovezilor furnizate de ofertanţi.

În speță, pentru obținerea punctajului aferent factorului de evaluare în discuție, ofertanții vor trebui să declare, că la momentul recepției finale (adică la finalul perioadei de garanție acordată) vor obține calificativul „bună” conform Normativului pentru determinarea stării tehnice a drumurilor moderne indicativ CD 155/2001, asumarea acestui calificativ conducând la obținerea punctajului aferent factorului de evaluare. Pe de altă parte, în cadrul propunerii tehnice ofertanții au obligația de a prezenta tipul materialelor avute în vedere precum și metodologia ce va fi utilizată la execuția lucrării în vederea atingerii calificativului „bună”.

Analizând descrierea factorului de evaluare în discuție, Consiliul constată că în cadrul acestuia autoritatea contractantă nu a menționat consecințele pe care le implică situația în care executantul nu obține calificativul „bună” la recepția finală, deși acestea sunt menționate în cadrul Strategiei de contractare și au fost evidențiate de către autoritatea contractantă în cadrul punctului de vedere, respectiv: *„În caz contrar, în vederea obţinerii Certificatului de Recepţie Finală, Antreprenorul va avea obligaţia de a întreprinde toate demersurile/acţiunile/intervenţiile asupra stării tehnice a drumului până la obţinerea calificativului asumat prin ofertă”.*

Însă, în vederea respectării principiilor stipulate de art. 2 alin. (2) lit. b) și d) din Legea nr. 98/2017, respectiv „tratamentul egal” și „transparența”, pentru ca toți operatorii economici interesați să aibă acces la aceleași nivel de informații, în speță, se impune ca autoritatea contractantă să completeze algoritmul de calcul aferent factorului 5 cu menționarea consecințelor pe care le implică situația în care executantul nu obține calificativul „bună” la recepția finală, astfel cum au fost acestea menționate în cadrul Strategiei de contractare, sub acest aspect critica autoarei contestației fiind întemeiată.

Astfel, Consiliul constată că solicitările aferente factorului de evaluare nr. 5 nu se suprapun cu cele aferente factorului de evaluare nr. 4 - *Perioada de garanție a lucrărilor și schimbarea stratului de uzură,* pentru care autoritatea contractantă a menționat următorul algoritm de calcul: *„Autoritatea contractantă acordă 16 puncte pentru ofertanții care vor oferta o perioadă de garanție a lucrărilor de 84 luni (față de perioada de garanție minim acceptată de 60 de luni) împreună cu schimbarea stratului de uzură în perioada suplimentar ofertată de garanție a lucrărilor. Schimbarea stratului de uzură va fi inițiată în termen de maxim 1 lună de la trecerea primelor 60 luni aferente perioadei de garanție a lucrărilor și va fi realizată integral într-un termen ce nu va depăși 6 luni.*

*Ofertanții vor prezenta în cadrul Propunerii Tehnice metodologia ce va fi utilizată pentru schimbarea stratului de uzură, precum și programul de execuție al acestei activități, astfel încât să fie respectate termenele impuse prin factorul de evaluare.*

*Nota 1: Nu se acordă punctaje intermediare.*

*Nota 2: Cele doua condiții (perioada de garanție de 84 luni și schimbarea stratului de uzura după trecerea primelor 60 luni aferente perioadei de garanție) sunt cumulative în vederea acordării punctajului".*

În consecință, Consiliul constată că în situația în care la recepția finală a lucrării nu se obține calificativului „bună" pentru următorii parametrii: capacitatea portantă, starea de degradare, planeitatea și rugozitatea drumului, ofertantul câștigător nu va trebui să schimbe stratul de uzură ci *„va avea obligaţia de a întreprinde toate demersurile/acţiunile/intervenţiile asupra stării tehnice a drumului până la obţinerea calificativului asumat prin ofertă".*

Având în vedere cele mai sus menționate, Consiliul constată că factorul de evaluare contestat prezintă relevanță deoarece pentru a se semna recepția finală (la expirarea perioadei de garanție) ofertanții care vor să obțină punctajul acordat acestui factor de evaluare trebuie să facă dovada că obțin calificativului „bună" conform reglementarilor CD 155/2001 pentru capacitatea portantă, starea de degradare, planeitatea și rugozitatea drumului, aceasta în condițiile în care, așa cum rezultă din susținerile autorității contractante, necombătute de contestatoare, normativul CD 155/2001 recomandă, de exp. ca valorile obținute pentru rugozitatea suprafeței stratului de uzură să se încadreze în limite care ar conduce la obținerea calificativului „mediocră".

Prin acest factor de evaluare, autoritatea contractantă urmărește să acorde punctaj suplimentar numai ofertanților care se vor angaja prin propunerea tehnică să obțină parametri superiori celor minimi obligatorii conform Normativului CD 155/2001. Acest factor de evaluare este similar, spre exemplu, unui factor de evaluare referitor la „perioada de garanție a lucrărilor" care, de asemenea, are un pronunțat caracter declarativ.

În aceste condiții, Consiliul apreciază că stabilirea factorului de evaluarea nr. 5 reflectă avantajul pe care autoritatea contractantă îl obține prin utilizarea acestuia, respectiv garanția faptului că aceasta va avea la recepția finală o lucrare care prezintă niște parametrii superiori din punct de vedere calitativ.

Ofertanții care declară că vor obține calificativul „bună" conform Normativului CD 155/2001 pentru capacitatea portantă, starea de degradare, planeitatea și rugozitatea drumului, la recepția finală a lucrării și care vor obține punctajul aferent acestui factor de evaluare știu, încă din faza de ofertare, că vor trebui să folosească materiale și tehnologii de execuție superioare pentru a asigura o comportare în timp bună a lucrărilor executate, astfel încât să nu fie nevoiți ca, pentru semnarea recepției finale, să facă diferite intervenţii asupra stării tehnice

a drumului până la obţinerea calificativului asumat prin ofertă și prin urmare să suporte costuri suplimentare.

Consiliul apreciază că utilizarea acestui factor de evaluare nu conduce la o libertate de apreciere nelimitată, punctajul fiind acordat în condițiile asumării acestui calificativ, coroborat cu prezentarea în cadrul Propunerii tehnice a tipului materialelor avute în considerare precum și a metodologiei ce va fi utilizată la execuția lucrării în vederea atingerii calificativului „bună”.

De asemenea, Consiliul apreciază că acest factor de evaluare va asigura o concurență reală, numai unii operatorii economici permițându-și să aplice pentru acest factor de evaluare cunoscând consecințele situației în care la recepția finală nu vor obține calificativul la care s-au angajat.

Autoritatea contractantă va putea să verifice exactitatea declarației ofertanților analizând propunerile tehnice ale acestora, neexistând motive pentru a se pune la îndoială competența și probitatea membrilor Comisiei de evaluare, care vor trebui să evalueze ofertele pe baza normelor tehnice aplicabile.

Având în vedere cele mai sus menționate și constatând că art. 187 alin. (5) lit. a) din Legea nr. 98/2016, prevede că factorii de evaluare pot viza, între altele „calitatea”, Consiliul apreciază că în speță nu se impune ca factorul de evaluare nr. 5 să fie eliminat, însă pentru argumentele exprimate în motivare, se impune ca autoritatea contractantă să completeze algoritmul de calcul aferent factorului 5 cu menționarea consecințelor pe care le implică situația în care executantul nu obține calificativul „bună” la recepția finală, astfel cum au fost acestea menționate în cadrul Strategiei de contractare.

În continuare, Consiliul procedează la analiza criticii formulată de contestatoare cu privire la punctul 4.1.14.4 din documentul intitulat „Cerințele beneficiarului”, care stipulează următoarele: *„În vederea întocmiri Studiului Geotehnic, Antreprenorul poate prelua toate datele pe care le consideră a fi corecte/valabile, din documentaţia tehnică pusă la dispoziţie. Datele puse la dispoziţie pot fi confirmate prin executare de foraje/sondaje de confirmare, fundamentate ca număr. Acestea vor fi incluse în cadrul studiului geotehnic iar în urma includerii informaţia geotehnică va fi asumată de către Antreprenor”,* autoarea contestației solicitând „modificarea articolului în sensul că răspunderea pentru documentele furnizate revine Beneficiarului”.

Contestatoarea arată că „la momentul întocmirii ofertelor ofertanţii nu au la dispoziţie decât informaţiile puse la dispoziţie de către autoritatea contractantă. Timpul fizic alocat întocmirii ofertelor nu este suficient pentru realizarea de foraje/sondaje «de confirmare» conform celor reglementate la articolul de mai sus, sens în care în virtutea principiului asumării răspunderii reglementat de art. 2 alin. (2) din Legea 98/2016 autoritatea contractantă trebuie să-și asume documentele puse la dispoziţia Antreprenorului”.

Consiliul va respinge ca nefondată, această critică deoarece așa cum rezultă din prevederile documentației de atribuire studiul geotehnic și prin urmare forajele/sondajele de confirmare nu se fac în perioada de întocmire a ofertelor cum eronat susține contestatoarea ci după semnarea contractului.

Conform art. 11 din Acordul Contractual care modifică și completează Sub-Clauza 8.6 [Ritmul execuţiei lucrărilor] din Condiţiile Speciale ale Contractului, antreprenorul are obligaţia de a întocmi studiul geotehnic: *„Punctul de referinţă nr. 1 va fi realizat în 60 de zile de la Data de începere a Activității de Proiectare şi presupune realizarea următorilor indicatori: (...) - studiile topo și hidro sunt finalizate;*
*- studiile geotehnice sunt finalizate iar cele pentru lucrările de arta sunt realizate într-un procent care să asigure dimensionarea conform eurocodurilor”.*

Astfel, Consiliul constată că articolul mai sus menționat nu a fost contestat de către ... SRL iar autoarea contestației cunoștea faptul că studiul geotehnic și prin urmare forajele/sondajele de confirmare nu se fac în perioada de întocmire a ofertelor ci după semnarea contractului.

Autoritatea Contractantă a pus la dispoziția ofertanților în cadrul vol.7 studiul geotehnic întocmit anterior (în anul 2008), ca document suport, acesta fiind menit sa ajute Antreprenorul însă decizia de a lua sau nu în considerare informațiile din acesta având la bază foraje/sondaje de confirmare aparține exclusiv ofertantului câștigător, acesta răspunzând în calitate de proiectant, prezentul contract de achiziție publică implicând atât proiectare cât și execuție.

Având în vedere cele mai sus menționate, Consiliul va respinge această critică.

În continuare, Consiliul procedează la analiza criticii contestatoarei cu privire la punctul 3.3 din documentul intitulat „Cerințele beneficiarului”, care stipulează următoarele:

*„3.3 Date*

*3.3.1 Antreprenorului îi vor fi furnizate spre ştiinţă și utilizare în cadrul Proiectului, date relevante referitoare la Şantier sub denumirea de Date din documentele contractuale. Aceste date includ, dar fără a se limita la acestea, datele referitoare la şantier la care se face referire în Sub-Clauza 4.10 [Informaţii despre şantier] din Condiţiile Contractului.*

*3.3.2 Antreprenorul va confirma exactitatea datelor, le va actualiza și completa şi îşi va asuma responsabilitatea şi răspunderea pentru respectarea tuturor Cerinţelor de proiectare impuse de Beneficiar care vor fi incluse în cadrul proiectului său sau folosite în execuţia lucrărilor.*

*Datele includ următoarele, dar fără a se limita la acestea:*

*a) Documentaţie tehnică;*
*b) Studii topografice;*
*c) Studiu geotehnic;*
*d) Acordul de mediu cu toate componentele sale;*
*e) Avizele și acordurile obținute”.*

Contestatoarea solicită adoptarea unor măsuri de remediere în sensul menţionării că autoritatea contractantă este responsabilă de documentele puse la dispoziţia Antreprenorului.

Contestatoarea susține că articolele de mai sus exonerează Beneficiarul de orice răspundere cu privire la documentele puse la dispoziţie de către acesta, fapt ce reprezintă o încălcare a principiului asumării răspunderii reglementat de art. 2 alin. 2 din Legea 98/2016.

Consiliul va respinge ca nefondată această critică a contestatoarei, motivat de faptul că „datele" (informațiile) încărcate în SEAP sub denumirea „Date. Part. 1 -14", au fost întocmite de către SEARCH CORPORATION în calitate de „proiectant" în anul 2008. Așa cum susține autoritatea contractantă în cadrul punctului de vedere aceste date nu sunt limitative, iar proiectantul trebuie să le confirme, să le actualizeze și să le completeze.

Prezentul contract de achiziție publică implicând atât proiectare cât și execuție este firesc ca operatorul economic desemnat câștigător să răspundă pentru respectarea tuturor Cerinţelor de proiectare impuse de Beneficiar care vor fi incluse în cadrul proiectului său sau folosite în execuţia lucrărilor.

Având în vedere cele mai sus menționate, Consiliul va respinge această critică.

În continuare, Consiliul procedează la analiza criticii contestatoarei cu privire la punctul 7.2.1 și 7.2.2 din documentul intitulat „Cerințele beneficiarului", care stipulează următoarele:

*„7.2 Date disponibile referitoare la utilităţi*

*7.2.1 Corectitudinea datelor furnizate de către Beneficiar reprezintă un risc pentru Antreprenor, acesta fiind responsabil pentru utilizarea acestor date în proiectul său şi pentru executarea Lucrărilor aferente utilităţilor".*

*7.2.2 Antreprenorul va efectua o inspecţie detaliată a şantierului pentru a identifica poziţia exactă a utilităţilor care vor fi afectate de Lucrări. Toate aceste Utilităţi vor fi incluse în schiţele de proiectare ce vor fi incluse în Documentele Antreprenorului, conform pct. 3.7 şi Condiţiilor Contractului".*

Contestatoarea arată că în virtutea principiului asumării răspunderii se impune eliminarea punctului 7.2.1 cu privire la asumarea de către Antreprenor a corectitudinii informațiilor furnizate de către Beneficiar cu privire la utilități.

De asemenea, în ceea ce privește punctul 7.2.2 din „Cerințele Beneficiarului", contestatoarea susține că deși procedura se află în faza de depunere a ofertelor, ofertanții nu au cum să identifice rețelele, să propună deținătorilor o soluție de mutare/protejare, să obțină un aviz de principiu al soluției, să cifreze soluția și apoi să o introducă în ofertă, iar ofertantul câștigător va efectua investigații după semnarea contractului, astfel încât nu are cum să estimeze o valoare pentru devierea/protejarea utilităților la momentul depunerii ofertei, altfel decât pe baza documentelor puse la dispoziție de către autoritatea contractantă.

Relevante în analiza acestei critici sunt subclauzele 4.10 și 5.1 din *Ordinul ministrului transporturilor nr. 600/2017 pentru modificarea anexei nr. 1 la Ordinul ministrului transporturilor și infrastructurii nr. 146/2011 privind aprobarea condiţiilor contractuale speciale ale contractelor pentru echipamente şi construcţii, inclusiv proiectare, şi ale contractelor pentru construcţii clădiri şi lucrări inginereşti proiectate de*

*către beneficiar ale Federaţiei Internaţionale a Inginerilor Consultanţi în Domeniul Construcţiilor (FIDIC), pentru obiective de investiţii din domeniul infrastructurii rutiere de transport de interes naţional, finanţate din fonduri publice,* care stipulează următoarele:

- subclauza 4.10 Informaţii despre Şantier:

*„Beneficiarul va pune la dispoziţia Antreprenorului, pentru informarea acestuia, înainte de Data de Bază, anumite date, referitoare la structura geologică şi condiţiile hidrologice de pe Şantier, inclusiv aspectele legate de mediu. De asemenea, Beneficiarul poate pune la dispoziţia Antreprenorului, oricare date care intră în posesia Beneficiarului ulterior Datei de Bază.* ***Antreprenorul va avea responsabilitatea interpretării şi verificării acestor date****.*

***Beneficiarul nu va avea nicio responsabilitate pentru acurateţea, suficienta sau completitudinea acestor date, cu excepţia celor menţionate în Sub-Clauza 5.1.[Obligaţiile Generale de Proiectare].***

*În măsura în care este posibil (ţinând cont de costuri şi timp), se va considera că Antreprenorul a obţinut toate informaţiile necesare* ***referitoare la riscuri, evenimente neprevăzute şi alte circumstanţe care pot influenţa sau afecta Oferta sau Lucrările****. În aceeaşi măsură, se va considera că* ***Antreprenorul a inspectat şi examinat Şantierul, împrejurimile acestuia, datele menţionate mai sus şi alte informaţii disponibile, şi că a fost satisfăcut, înainte de depunerea Ofertei,*** *de toate aspectele relevante, inclusiv următoarele (fără a se limita la acestea):*

*(a) forma şi natura Şantierului, inclusiv condiţiile subterane;*

*(b) condiţiile hidrologice şi climaterice;*

*(c) volumul şi natura activităţii şi Bunurilor necesare pentru execuţia şi terminarea Lucrărilor şi remedierea oricăror defecţiuni;*

*(d) legislaţia, procedurile şi codul muncii aferente Ţării; şi*

*(e) cerinţele Antreprenorului referitoare la căi de acces, cazare, facilităţi, personal, energie, transport, apă şi alte servicii";*

- subclauza 5.1 - Obligaţiile Generale de Proiectare:

*„Antreprenorul va fi obligat să fi examinat înainte de Data de bază, Cerinţele Beneficiarului (inclusiv standarde de proiectare și calculare, dacă este cazul). Antreprenorul va fi responsabil pentru proiectarea Lucrărilor și pentru acurateţea acelor Cerinţe ale Beneficiarului (inclusiv standarde de proiectare și calcul).*

***Beneficiarul nu va fi responsabil de orice eroare, inacurateţe sau omisiune de orice fel din Cerinţele Beneficiarului incluse iniţial în Contract și nu va fi obligat să fi demonstrat acurateţea sau completitudinea oricăror date sau informaţii, cu excepţia celor menţionate mai jos. Orice date sau informaţii primite de către Antreprenor de la Beneficiar sau altfel, nu vor degreva Antreprenorul de responsabilităţile sale in privinţa proiectării și execuţiei Lucrărilor****.*

*În orice caz, Antreprenorul va răspunde dacă va corecta următoarele fragmente din Cerinţele Beneficiarului și următoarele date și informaţii furnizate de (sau în numele Beneficiarului):*

*a) secţiuni, date si informaţii care sunt menţionate in Contract ca fiind de neschimbat sau in responsabilitatea Beneficiarului.*

*(b) definiţii despre scopul intenţionat al Lucrărilor sau oricărei parţi din Lucrări*

*(c) specificaţii pentru testarea și verificarea Lucrărilor Finalizate*

*Antreprenorul va acţiona ca Proiectant și va îndeplini obligaţiile în calitate de proiectant în conformitate cu prevederile Legii Româneşti.".*

De asemenea, relevante în analiza acestei critici mai sunt și punctele 3.15.1 și 3.15. din „Cerințele beneficiarului", în cuprinsul cărora autoritatea contractantă a menționat următoarele:

*„3.15.1 Antreprenorul trebuie să adopte rolul de «Proiectant», așa cum este el definit în legislația română în domeniul construcţii, Legea 10/1995 privind calitatea în construcţii (cu modificările şi completările ulterioare). Această responsabilitate se referă atât la proiectarea inclusă în Documentele Antreprenorului cât şi la Documentaţia tehnică elaborată de Beneficiar şi preluată ulterior de Antreprenor.*

*3.15.2 În calitate de «Proiectant», aşa cum este definit în legislaţia română în domeniul construcţiilor, Antreprenorul trebuie să se asigure că următoarele obligaţii sunt îndeplinite. Acestea includ, dar nu se limitează la:*

*i. proiectarea contractului, în conformitate cu legea română;*

*ii. asistenţă tehnică pe perioada de execuţie;*

*iii. participarea în calitate de proiectant, la inspecţiile de control al calităţii de pe Şantier, care se desfăşoară în conformitate cu programul de control al calităţii aprobat de către reprezentanţi ISC;*

*iv. stabilirea modului de tratare şi remediere a tuturor defectelor care apar la lucrări în timpul execuţiei şi pe perioada de garanţie, dacă un astfel de defect se datorează unei erori de proiectare şi monitorizarea implementării soluţiilor adoptate în acest sens, pe şantier;*

*v. implicare în elaborarea «Cărţii construcţiei», precum şi în preluarea procedurilor aşa cum este detaliat în capitolul 11 de mai jos.*

*vi. specialiştii verificatori de proiecte atestaţi răspund în mod solidar cu proiectantul în ceea ce priveşte asigurarea nivelului de calitate corespunzător cerinţelor proiectului.*

*vii. Antreprenorul va asigura coordonarea proiectării în calitate de Proiectant General pentru întocmirea proiectului relocare/protejare utilităţi şi tot ceea ce poate să apară ca necesar de proiectat în vederea realizării contractului de execuţie lucrări pentru finalizarea obiectivului".*

Analizând criticile contestatoarei, Consiliul constată că punctele 7.2.1 și 7.2.2 din cerințele beneficiarului sunt în spiritul subclauzelor 4.10 și 5.1 din *Ordinul ministrului transporturilor nr. 600/2017*, motiv pentru care Consiliul va respinge ca nefondate aceste critici, constatând că prin modul de întocmire a documentației operatorii economici interesați au luat la cunoștință de toate informațiile referitoare la riscuri, evenimente neprevăzute şi alte circumstanţe care pot influenţa sau afecta oferta, urmând a le cuantifica și a le lua în considerare la momentul stabilirii valorii propunerii financiare.

În continuare, Consiliul procedează la analiza criticii contestatoarei cu privire la punctul 7.4.3 din documentul intitulat „Cerințele beneficiarului”, care stipulează următoarele:

*„7.4.3 în cazul în care este necesară relocarea utilităţilor în afara şantierului, Antreprenorul va*

*- fi responsabil pentru toate operaţiunile de identificare a proprietarilor;*

*- fi responsabil cu obţinerea avizelor, autorizaţiilor pentru executarea acestor Lucrări;*

*- suporta toate costurile aferente cu excepţia achiziţiei terenului”.*

Autoarea contestației consideră că se impune completarea articolului cu următoarea frază: „Timpul necesar obţinerii terenurilor suplimentare coridorului expropiat nu este imputabil Antreprenorului şi se va adăuga la durata de execuţie a contractului” întrucât „relocarea utilităţilor presupune exproprieri suplimentare care durează foarte mult (chiar mai mult de un an de zile). În tot timpul până la expropierea terenurilor, utilităţile nu pot fi relocate şi nici nu se pot executa lucrările permanente blocate de reţea. În mod evident aceasta presupune o decalare în timp a lucrărilor din cauze neimputabile executantului, sens în care acesta este îndreptăţit la o prelungire corespunzătoare a duratei de execuţie a lucrărilor. Obţinerea terenurilor suplimentare implică acţiuni/proceduri asupra cărora Antreprenorul nu are controlul, în sensul că obţinerea exproprierilor suplimentare implică avize/autorizaţii/contracte etc. încheiate/emanate de la terţi, iar durata acestora nu poate fi asumată/anticipată de către Antreprenor”.

Consiliul va respinge această critică a contestatoarei întrucât aspectul reclamat de contestatoare privește o chestiune contractuală iar, în speță, contractul acoperă și situația reclamată de contestatoare.

Astfel în prezenta procedură de atribuire, „Contractul” este constituit din „Condiții generale”, „Condiții speciale” și „Acord Contractulal”, prin acest ultim document modificându-se/completându-se unele subclauze din Condițiile speciale ale contractului și, totodată, introducându-se articole noi.

Astfel, Consiliul constată că situația reclamată de contestatoare se încadrează în „Condițiile speciale” cuprinse în *Anexa Ordinului ministrului transporturilor nr. 600/2017 pentru modificarea anexei nr. 1 la Ordinul ministrului transporturilor și infrastructurii nr. 146/2011 privind aprobarea condiţiilor contractuale speciale ale contractelor pentru echipamente şi construcţii, inclusiv proiectare, şi ale contractelor pentru construcţii clădiri şi lucrări inginereşti proiectate de către beneficiar ale Federaţiei Internaţionale a Inginerilor Consultanţi în Domeniul Construcţiilor (FIDIC), pentru obiective de investiţii din domeniul infrastructurii rutiere de transport de interes naţional, finanţate din fonduri publice*, respectiv *în subclauza 8.4 - Prelungirea Duratei de Execuţie*, care prevede faptul că *„Antreprenorul va avea dreptul, cu condiţia respectării prevederilor Sub-Clauzei 20.1 [Revendicările Antreprenorului] la o prelungire a Duratei de Execuţie dacă și în măsura în care terminarea Lucrărilor potrivit prevederilor Sub-Clauzei 10.1 [Recepţia Lucrărilor şi a Sectoarelor de Lucrări], este sau va fi întârziată*

*de următoarele cauze: (...) f) o întârziere, impediment sau obstacol ca urmare a solicitărilor suplimentare ale proprietarilor reţelelor de utilităţi, a apariţiei unor situri arheologice suplimentare, a depăşirii culoarului/coridorului de expropriere, a solicitărilor suplimentare ale: autorităţilor de mediu, autorităţilor locale/centrale cerute prin diverse avize/acorduri/autorizaţii, acorduri internaţionale, convenţii, înţelegeri ale statului/autorităţilor cu alte state",* cum, de altfel, susține și autoritatea contractantă în cadrul punctului de vedere depus la dosarul cauzei.

În continuare, Consiliul procedează la analiza criticii contestatoarei cu privire la punctul 7.6.8 din documentul intitulat „Cerințele beneficiarului", care stipulează următoarele:

*„7.6.8 În cazul în care Antreprenorul descoperă, în limitele Şantierului, echipamente de furnizare a Utilităţilor necunoscute anterior ca rezultat al sondajelor prevăzute în subcapitolele 7.2.1 şi 7.2.2 în conformitate cu pct. 3.7 şi Condiţiile Contractului, acesta va informa imediat Reprezentantul Beneficiarului. Antreprenorul va contacta imediat proprietarul Utilităţii şi alte autorităţi responsabile. Antreprenorul se va ocupa de proiect, obţinerea acordurilor şi estimărilor de cost necesare pentru Lucrările de Utilităţi care vor fi efectuate fie de Antreprenor, sub supravegherea proprietarului Utilităţii, fie de către un subcontractor specializat autorizat de deţinătorul Utilităţii, în orice situaţie cheltuielile vor fi suportate de către Antreprenor".*

Contestatoarea consideră că este necesară completarea articolului astfel: „lucrările propriu zise la Utilităţi, în situaţia reglementată la art. 7.6.8 din Cerinţele Beneficiarului, vor fi suportate de către Beneficiar, cu excepţia costurilor generate de obţinerea acordurilor şi estimărilor de cost necesare pentru lucrările de utilităţi, care vor fi suportate de către Antreprenor".

În susținerea acestei critici, contestatoarea arată că *„Suportarea de către Antreprenor a costurilor pe care le implică situaţia reglementată de art. 7.6.8 este abuzivă şi reprezintă o îmbogăţire fără justă cauză din partea Beneficiarului, în contextul în care de aceste lucrări nu beneficiază Antreprenorul.*

*Obligaţia esenţială a Antreprenorului este de execuţie a obiectului contractului în schimbul unui preț pe care Beneficiarul trebuie să-l suporte. Mai mult, lucrările în discuţie nu pot fi nici imputabile Antreprenorului, acesta nu este responsabil de apariţia unor situaţii care nu au putut fi prevăzute în stadiul ofertei, astfel încât costurile implicate de lucrările la utilităţi să poată fi inserate de la început în oferta financiară",* contestatoarea invocând în acest sens şi principiul asumării răspunderii reglementat de art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

În analiza acestei critici, Consiliul reține ca fiind relevante prevederile art. 1.3.1.3 din Cerințele beneficiarului care stipulează că: *„Reabilitarea sectorului de drum afectează o serie de reţele (reţele de telecomunicaţii, reţele electrice 0,4 kV-20kV, reţele de înaltă tensiune, reţele de alimentare cu apă și canalizare, etc.), care trebuie protejate sau mutate (...)",* precum și art. 3.15.2, punctul vii) din Cerințele beneficiarului, conform cărora *„Antreprenorul va asigura coordonarea proiectării în calitate de Proiectant General pentru întocmirea proiectului*

*relocare/protejare utilităţi şi tot ceea ce poate să apară ca necesar de proiectat în vederea realizării contractului de execuţie lucrări pentru finalizarea obiectivului".*

De asemenea, Consiliul reține că în cadrul aceluiași document la punctele 3.6 și 3.7 autoritatea contractantă a menționat următoarele:

*„3.6 Declaraţia de proiectare*

*3.6.1 Înainte de demararea activităţii de elaborare a Proiectului pentru autorizarea executării lucrărilor de construire (PAC) și a Proiectului Tehnic de Execuţie, Antreprenorul trebuie să furnizeze intentia de proiectare, respectiv Declaraţia de Proiectare care conţine condiţiile minime privind capacitățile/ caracteristicile tehnice/exigențele calitative și cantitative stabilite în Documentaţia tehnică împreuna cu Cerinţele Beneficiarului. Totodată prin Declaraţia de proiectare se va stabili un set de criterii de proiectare, care trebuie să îndeplinească pe deplin Cerinţele Beneficiarului. Acestea vor fi stabilite împreună cu Reprezentantul Beneficiarului.*

*3.6.2 Declaraţia de proiectare va cuprinde documentaţia tehnică actualizată conform Cerinţelor Beneficiarului. În cadrul Declaraţiei de proiectare nu sunt admise alte modificări de soluţii decât cele solicitate prin Cerinţele Beneficiarului.*

*3.6.3 Declaraţia de proiectare trebuie să furnizeze și informaţii specifice propunerilor tehnice ale Antreprenorului şi va include trimiteri la Standardele în vigoare şi Cerinţele Beneficiarului care urmează să fie respectate.*

*3.6.4 Declaraţia de Proiectare în baza căreia se va realiza Proiectul Tehnic de Execuţie va fi în deplină conformitate cu Standardele Aplicabile.*

*(...)*

***3.6.6 Declaraţia de proiectare trebuie să includă, cel puţin:***

*a) prevederile de la capitolul 3.2, 3.6.1 și 3.6.2;*

*b) un program de proiectare propus pentru întocmirea Proiectului pentru autorizarea executării lucrărilor de construire (PAC), Proiectului tehnic de execuţie și a detaliilor de execuţie;*

*c) măsurătorile topo şi studiile geo şi hidro, după caz, în completare sau refăcute astfel încât să fie suficiente conform normativelor în vigoare pentru demararea procesului de proiectare;*

*d) metodele propuse de analiză;*

*e) software de proiectare şi elaborare propuse;*

*f) proceduri de verificare a proiectării;*

*g) propuneri referitoare la amenajarea peisagistică;*

*h) schiţa propunerilor de iluminare;*

*i) prevederi privind deschiderea podurilor;*

*j) secţiune transversală la nivelul podurilor/pasajelor;*

*k) dispoziţie generală Poduri;*

*l) soluții de fundare;*

*m) soluții privind semnalizarea rutieră şi marcajele rutiere;*

*n) tehnologia de realizare a lucrărilor;*

*o) proiectul de Caiete de Sarcini;*

***p) identificarea reţelelor de utilităţi afectate de Proiect și, după caz, identificarea utilităților suplimentare afectate (față de cele identificate) care necesită relocare/protejare mutare;***

***q) întocmirea programului de proiectare pentru mutarea/protejarea utilităţilor, inclusiv cele suplimentare după caz;***

*r) identificarea surselor de materiale;*

*s) orice alte aspecte relevante identificate de Antreprenor".*

În ceea ce privește Proiectul de relocare/protejare utilităţi, art. 3.7, stipulează un termen de 90 de zile calendaristice de la data ordinului de începere.

În acest context, Consiliul constată că punctul 7.6.8 din documentul intitulat „Cerințele beneficiarului", face referire la responsabilitatea Antreprenorului, ce intervine ulterior întocmirii de către acesta a Proiectului de relocare/protejare utilităţi.

Astfel, Consiliul apreciază ca fiind corectă afirmația autorității contractante referitoare la faptul că „în situatia în care Antreprenorul descoperă, în limitele Şantierului, echipamente de furnizare a Utilităţilor necunoscute anterior, ca rezultat al sondajelor prevăzute în subcapitolele 7.2.1 și 7.2.2 în conformitate cu pct. 3.7 și Condiţiile Contractului, cheltuielile aferente acestora vor fi suportate de către Antreprenor, întrucât la întocmirea Proiectului de relocare/protejare utilităţi Antreprenorul are obligaţia de a identifica toate reţelele de utilități necesar a fi protejate și/sau relocate, de pe amplasamentul obiectivului, adică în limitele şantierului. Dacă Proiectului de relocare/protejare utilităţi este întocmit corespunzător și reflectă realitatea din teren, Antreprenorul nu intra sub incidenţa prevederilor art. 7.6.8. din Cerinţele Beneficiarului, astfel că orice utilități nedescoperite în termen de 90 de zile calendaristice de la data ordinului de începere sunt imputabile Antreprenorului", motiv pentru care va respinge și această critică a contestatoarei.

În continuare, Consiliul procedează la analiza criticii contestatoarei cu privire la punctele 3.1.5 și 8.3.4 din documentul intitulat „Cerințele beneficiarului", care stipulează următoarele:

- „ 3.1.5 Antreprenorul se va asigura că toate cerinţele Auditului de Siguranţă Rutieră descris în capitolul 8 vor fi implementate pe toată perioada de derulare a contractului";
- „8.3.4 Antreprenorul va fi responsabil de implementarea măsurilor ce se impun în vederea asigurării condiţiilor impuse în Raportul de ASR efectuat în diverse etape ale proiectului, până la finalizarea perioadei de garanţie a lucrărilor".

Contestatoarea solicită completarea art. 8.3.4 cu următoarele prevederi: *„În măsura în care cerinţele ASR vor genera costuri suplimentare faţă de cele ofertate de către Antreprenor conform standardelor şi normativelor în vigoare privind siguranţa rutieră, aceste costuri suplimentare vor fi suportate de către Beneficiar".*

În susținerea acestei critici autoarea contestației arată că: *„Articolele de mai sus nu menţionează cine va suporta eventualele costuri suplimentare generate de cerinţele ASR, care ar fi suplimentare faţă de cele rezultate conform standardelor şi normativelor în vigoare.*

*Reaminitim că, ofertanţii vor include în ofertă o estimare a costurilor cu siguranţa rutieră, costurile estimate fiind cele rezultate din respectarea cerinţelor standardelor şi normativelor în vigoare. Este posibil ca ASR să aibă cerinţe suplimentare, care să genereze costuri*

*suplimentare ce nu pot fi anticipate de către Antreprenor la momentul întocmirii ofertei. În această situaţie eventualele costuri suplimentare generate de îndeplinirea cerinţelor ASR nu pot fi imputate executantului, întrucât nu puteau fi cunoscute la momentul ofertării".*

În cuprinsul contestației autoarea acesteia nu a făcut dovada că ASR ar putea avea cerințe care să genereze costuri suplimentare faţă de cele ofertate de către Antreprenor conform standardelor şi normativelor în vigoare privind siguranţa rutieră și nici nu a prezentat vreun exemplu în acest sens, pentru a fi necesară completarea solicitată de contestatoare. Estimarea acestor costuri de către ofertanți se va face în baza experienței acestora și în mod evident în raport de cerințele capitolului 8 din Cerințele beneficiarului și ale legislației incidente/standarde/normative în vigoare etc.

Legea nr. 265/2008 stabilește cadrul instituţional şi modul de gestionare a siguranţei circulaţiei pe reţeaua rutieră. Conform art. 3 lit. a) și b) din actul normativ anterior menționat „auditul de siguranţă rutieră" presupune „verificarea detaliată, tehnică şi sistematică, independentă, din punctul de vedere al siguranţei, a caracteristicilor de proiectare proprii unui proiect de infrastructură rutieră în toate etapele, de la planificare până la momentul imediat după darea în exploatare a drumului public, în trafic" iar „auditorul de siguranţă rutieră" este „persoana atestată conform prevederilor art. 6 şi 8 să efectueze evaluarea de impact asupra siguranţei rutiere şi auditul de siguranţă rutieră în condiţiile prevăzute de art. 5 alin. (1), precum şi inspecţia de siguranţă rutieră, în condiţiile prevăzute de art. 5 alin. (2)".

Constatând că autoarea contestației nu a făcut dovada existenței unor costuri suplimentare ce pot apărea „suplimentar față de standardele și normativele în vigoare", Consiliul va respinge, ca nedovedită, această critică.

În continuare, Consiliul procedează la analiza criticii contestatoarei cu privire la punctul 12.1 din documentul intitulat „Cerințele beneficiarului", care stipulează următoarele:

*„Riscuri*

*Antreprenorul va fi responsabil de gestionarea următoarelor riscuri identificate mai jos şi va lua măsuri concrete pentru evitarea acestora precum şi a consecinţelor rezultate:*

*(...)*

*- Risc de întârziere din cauza condiţiilor speciale formulate de către Ministerul Culturii sau serviciul public deconcentrat al acestuia, în cazul în care pe traseu se vor descoperi în cadrul investigaţiilor specifice de teren, situri arheologice cu o valoare deosebită pentru patrimoniul cultural naţional.*

*- Riscul identificării/delimitării/evaluării eronate a siturilor arheologice care poate conduce la întârzieri şi costuri suplimentare în realizarea proiectului de infrastructură. Riscul va fi asumat atât de către Antreprenor, cât şi de instituţia de profil muzeal, de cercetare sau de învăţământ superior care a fost stabilită ca executant al acestor servicii.*

*(...)".*

Contestatoarea critică faptul că cerinţele de mai sus sunt excesive şi disproporţionate, în contextul în care executantul nu poate să anticipeze costurile suplimentare sau întârzierile pe care le-ar putea genera situaţiile reglementate mai sus, acestea având caracter

neprevăzut. *„În plus, din analiza clauzei în discuţie rezultă clar că acestea vizează situaţii de prelungire a duratei de execuţie care ar putea surveni din cauze neimputabile executantului - descoperirea unor situri arheologice.*

*În virtutea răspunderii contractuale şi a principiului asumării răspunderii reglementat de art. 2 alin. (2) din Legea 98/2016, Antreprenorul este îndreptăţit şi la recuperarea eventualelor costuri suplimentare suferinţe pentru gestionarea situaţiilor reglementate, precum şi la prelungirea corespunzătoare a duratei contractului, sens în care considerăm că se impune eliminarea riscurilor supuse atenţiei.*

*Articolele în forma actuală încalcă principiile egalităţii de tratament, proporţionalităţii şi asumării răspunderii reglementate de către art. 2 alin. (2) din Legea 98/2016, precum şi echilibrul contractual, punând executantul în situaţia de a-şi asuma nişte costuri/întârzieri neimputabile, pe care nici măcar nu le poate aprecia la momentul semnării contractului.*

*Pentru restabilirea echilibrului contractual şi pentru respectarea principiilor proporţionalităţii şi egalităţii de tratament, considerăm că se impune reformularea clauzelor în sensul că executantul are dreptul la prelungirea duratei contractului şi la recuperarea eventualelor costuri suplimentare rezultate ca urmare a identificării unor situri arheologice".*

Consiliul va respinge această critică a contestatoarei constatând că autoarea contestației nu solicită eliminarea acestor riscuri iar aspectele solicitate de contestatoare se încadrează în „Condițiile speciale" cuprinse în *Anexa Ordinului ministrului transporturilor nr. 600/2017 pentru modificarea anexei nr. 1 la Ordinul ministrului transporturilor și infrastructurii nr. 146/2011 privind aprobarea condiţiilor contractuale speciale ale contractelor pentru echipamente şi construcţii, inclusiv proiectare, şi ale contractelor pentru construcţii clădiri şi lucrări inginereşti proiectate de către beneficiar ale Federaţiei Internaţionale a Inginerilor Consultanţi în Domeniul Construcţiilor (FIDIC), pentru obiective de investiţii din domeniul infrastructurii rutiere de transport de interes naţional, finanţate din fonduri publice*, respectiv *în subclauza 8.4 - Prelungirea Duratei de Execuţie*, care prevede faptul că *„Antreprenorul va avea dreptul, cu condiţia respectării prevederilor Sub-Clauzei 20.1 [Revendicările Antreprenorului]* ***la o prelungire a Duratei de Execuţie*** *dacă și în măsura în care terminarea Lucrărilor potrivit prevederilor Sub-Clauzei 10.1 [Recepţia Lucrărilor şi a Sectoarelor de Lucrări], este sau va fi întârziată de următoarele cauze: (...) f) o întârziere, impediment sau obstacol ca urmare a solicitărilor suplimentare ale proprietarilor reţelelor de utilităţi,* ***a apariţiei unor situri arheologice suplimentare****, a depăşirii culoarului/coridorului de expropriere, a solicitărilor suplimentare ale: autorităţilor de mediu, autorităţilor locale/centrale cerute prin diverse avize/acorduri/autorizaţii, acorduri internaţionale, convenţii, înţelegeri ale statului/autorităţilor cu alte state".*

De asemenea, Consiliul constată că în ceea ce privește costurile suplimentare ce pot surveni, Consiliul reține că acestea sunt reglementate de art. 12 și 12.2.4 din Cerințele beneficiarului, prevederi care nu au fost contestate de către contestatoare: *„Antreprenorul va respecta prevederile legislaţiei române în vigoare referitoare la cercetarea arheologică preventivă (cu etapele definite în OG 43/2000 republicată şi în Ordinul Ministrului Culturii nr. 2392/2004 şi prevederile*

*Ordinului Ministrului Culturii 2562/2010 privind aprobarea procedurii de acordare a autorizaţiilor pentru cercetarea arheologică) utilizând entităţi abilitate şi aprobate de Arheologul de Proiect desemnat de Beneficiar.*

*Antreprenorul va fi responsabil pentru gestionarea, facilitarea şi programarea investigaţiilor arheologice anterioare construcţiei, obţinând toate aprobările, avizele şi certificatele de descărcare de sarcină necesare. Responsabilităţile conducerii vor include măsuri de micşorare a oricăror întârzieri cauzate de siturile arheologice, dacă este cazul va reprograma lucrările astfel încât să evite întârzierile. Costurile de realizare a cercetării arheologice cât şi alte costuri, riscuri şi responsabilităţi aferente investigaţiilor şi obţinerii avizelor şi certificatelor de descărcare de sarcină arheologică* ***sunt incluse Graficul de plaţi****",* și *„Costurile de realizare a cercetării arheologice,* ***cât şi alte costuri, riscuri şi responsabilităţi aferente investigaţiilor şi aprobărilor, vor fi incluse în valoarea de contract*** *acceptată. Antreprenorul va efectua cercetarea arheologică conform avizului, prin instituţii organizatoare conform prevederilor Ordinului nr. 2562 din 4 octombrie 2010, privind aprobarea procedurii de acordare a autorizaţiilor pentru cercetarea arheologică, agreate de Ministerul Culturii, şi va obţine certificatele de descărcare de sarcină arheologică".*

În consecință, Consiliul constată că toate aceste costuri trebuie estimate și incluse în valoarea ofertei, ținând cont de faptul că în cadrul punctului 12 din Cerințele beneficiarului se regăsesc următoarele mențiuni:

*„În anumite zone ale traseului de proiect au fost semnalate situri arheologice şi monumente istorice.*

*Situri arheologice*

*Zona traversată de DN 7 se afla într-o regiune ce a cunoscut de-a lungul timpului vetre ale unor aşezări şi a unor căi de comunicaţie în zona Munteniei.*

*Situl arheologic de la Lunguleţu, comuna Lunguleţu - «În Poieniţa», la 2 km S de sat, la E de DC Lunguleţu - Poiana și la 0,2 km de satul Poieniţa - datează din epoca daco-romană;*

*Aşezare din sat Lunguleţu, comuna Lunguleţu «Vlăsceni», la 0,3 km SV capătul S al satului, pe partea stânga a pârâului Baiul spre sat;*

*Necropola tumulară din sat aparţinător Sălcuţa, oraş Titu «Avicola Titu», la 1,5 - 2 km de sat, în apropierea comunei Odobeşti - datează din epoca bronzului;*

*Monumente*

*Biserica «Sf. Arhangheli Mihail si Gavril», la Pantazi, din sat Lunguleţu, comuna Lunguleţu; Biserica «Adormirea Maicii Domnului», din sat Şerdanu, comuna Lunguleţu care datează din 1831;*

*Biserica din Lemn «Sf. Nicolae» - Cornetu, din sat Sălcuţa, oraş Titu care datează din secolul XVIII.*

*Conform chestionarelor completate de către autorităţile locale ale localităţilor traversate de sectorul DN 7 ce se va reabilita, nu au fost identificate monumente istorice sau situri arheologice care ar putea fi afectate pe sectorul DN 7 care se reabilitează*

*(...)*

*12.3 Descoperiri în timpul lucrărilor de construcţii*

*12.3.1 Antreprenorul trebuie să fie conştient de posibilitatea efectuării unor descoperiri arheologice în timpul decapării stratului de*

*pământ vegetal sau a altor materiale de pe Şantier. În cazul unor descoperiri arheologice, Antreprenorul va acţiona în conformitate cu Sub Clauza 4.24 [Vestigii] din Condiţiile Contractului şi prevederile legislaţiei româneşti în vigoare. Dacă se impun investigaţii suplimentare pe şantier, Reprezentantul Beneficiarului împreună cu Arheologul de Proiect al CNAIR S.A vor da instrucţiuni, iar Antreprenorul va face demersurile necesare pentru îndeplinirea obligaţiilor care îi revin conform legislaţiei de patrimoniu în vigoare. Antreprenorul va fi responsabil pentru organizarea şi acordarea de asistenţă specialiştilor".*

În continuare, Consiliul procedează la analiza criticii contestatoarei referitoare la art. 13.3 din Acordul Contractual (ultimul paragraf) care „modifică" art. 13.4 din condiții speciale potrivit căruia:

*„Sub-clauza 13.3 [Procedura de modificare] din Condițiile Speciale ale Contractului se completează astfel: (...) La propunerea Antreprenorului, Graficul de plăți se va putea actualiza după elaborarea Listelor de cantități, fără semnarea unui Act Aditional, cu condiția încadrării în valoarea de contract acceptată și în valoarea aferentă fiecărei categorii de lucrări în parte așa cum a fost aceasta definită în Graficul de plăți, respectiv: DRUM, INTERSECȚII CU DRUMURI CLASIFICATE, PARCARE DE SCURTĂ DURATĂ, SIGURANȚA CIRCULAȚIEI, SCURGEREA ȘI EVACUAREA APELOR, PODEȚE, DEZAFECTĂRI VARIANTE PROVIZORII, LUCRĂRI DE MEDIU, STRUCTURI, UTILITĂȚI, VARIANTE DE CIRCULAȚIE PROVIZORII".*

Contestatoarea solicită modificarea paragrafului în discuție după cum urmează: *„La propunerea Antreprenorului, Graficul de plăţi se va putea actualiza (după elaborarea Listelor de cantități, fără semnarea unui Act Adiţional, cu condiţia încadrării în valoarea de contract acceptată)".*

În susținerea criticii, contestatoarea precizează următoarele: *„Având în vedere că listele de cantităţi se întocmesc după pregătirea Proiectului Tehnic (după obţinerea avizelor finale, autorizaţiilor), iar la elaborarea listelor de cantităţi din proiectul tehnic pot exista cazuri de depăşire a valorii introduse în ofertă pe categorii de lucrări (de ex: costuri generate de noi cerinţe pentru lucrări de mediu, noi cerinţe pentru siguranţa circulaţiei etc.) prin restricţiile impuse de art. 13.4, modificat prin acordul contractual, am fi în situaţia de a nu putea fi modificate costurile pe categorii de lucrări, sens în care ar putea fi necesară chiar organizarea unei noi proceduri. (...)*

*Nu este justificată condiţia de a se respecta valoarea aferentă fiecărei categorii de lucrări în parte, atâta timp cât se respectă valoarea de contract acceptată. (...) listele de cantităţi din ofertă sunt estimative, fiind efectuate pe baza unui proiect orientativ, soluţiile tehnice prezentate în licitaţie reprezintă, în esenţă, baza pentru elaborarea proiectului tehnic.*

*Proiectul tehnic trebuie să respecte soluţiile din studiul de fezabilitate, iar listele de cantităţi întocmite după elaborarea proiectului tehnic reprezintă baza decontării lucrărilor după elaborarea proiectului. Astfel, încadrarea în valoarea aferentă categoriilor de lucrări din liste de cantităţi din ofertă nu este oportună pentru implementarea cu succes a proiectului tehnic elaborat ulterior de către Antreprenor. Aceasta cu atât mai mult cu cât, Antreprenorul îşi asumă responsabilitatea elaborării*

*proiectului tehnic şi este necesar să i se acorde libertate proiectantului să stabilească un P.T. în acord cu realitatea din teren".*

Analizând Fișa de date a achiziției, punctul IV.4.2) Modul de prezentare a propunerii financiare, Consiliul constată că în cadrul acesteia autoritatea contractantă a menționat următoarele:

*„(...) Documentele de fundamentare a valorii Propunerii Financiare care vor fi prezentate în cadrul ofertei sunt:*

*a) Formularul nr. 8 - Propunerea Financiară, în conformitate cu modelul prezentat în Sectiunea -Formulare a Documentației de Atribuire;*

*b) Anexa la ofertă (Anexa 1 la Formularul nr. 8) semnată și ștampilată de reprezentatul legal al Ofertantului unic. În cazul unei Asocieri, Anexa 1 va fi semnată în cadrul aceluiași exemplar de reprezentatul legal al fiecărui ofertant asociat (în conformitate cu modelul pus la dispoziție).*

*c) Graficul de plăți (Anexa 2 la Formularul nr. 8) cuprins în documentația de atribuire, completat conform instrucțiunilor.*

*d) Graficul de prețuri (Anexa 3 la Formularul nr. 8) cuprins în documentația de atribuire, completat conform instrucțiunilor.*

*e) Fluxul de numerar (Anexa 4 la Formularul nr. 8) Ofertanții vor prezenta Fluxul de numerar într-un program specializat, acesta fiind corelat cu Programul general de execuție din cadrul Propunerii Tehnice.*

*(...)".*

Analizând Graficul de plăți inclus în secțiunea Formulare (Anexa nr. 2 a Formularului 8), Consiliul reține că în cadrul acestuia sunt evidențiate 11 categorii de lucrări și anume: *„DRUM, INTERSECȚII CU DRUMURI CLASIFICATE, PARCARE DE SCURTĂ DURATĂ, SIGURANȚA CIRCULAȚIEI, SCURGEREA ȘI EVACUAREA APELOR, PODEȚE, DEZAFECTĂRI VARIANTE PROVIZORII, LUCRĂRI DE MEDIU, STRUCTURI, UTILITĂȚI, VARIANTE DE CIRCULAȚIE PROVIZORII".*

De asemenea, analizând subclauza 14.2 Prețul contractului, lit. c) din *Ordinul ministrului transporturilor nr. 600/2017 pentru modificarea anexei nr. 1 la Ordinul ministrului transporturilor și infrastructurii nr. 146/2011 privind aprobarea condiţiilor contractuale speciale ale contractelor pentru echipamente şi construcţii, inclusiv proiectare, şi ale contractelor pentru construcţii clădiri şi lucrări inginereşti proiectate de către beneficiar ale Federaţiei Internaţionale a Inginerilor Consultanţi în Domeniul Construcţiilor (FIDIC), pentru obiective de investiţii din domeniul infrastructurii rutiere de transport de interes naţional, finanţate din fonduri publice*, Consiliul reține că aceasta prevede următoarele:

*„ (c) Antreprenorul va transmite Inginerului, în termen de 14 zile de la data aprobării în Comitetul Tehnico-Economic de către Beneficiar a proiectului tehnic (elaborat în conformitate cu Cerinţele Beneficiarului), inclusiv listele de cantităţi pe categorii de Lucrări care vor conţine pentru fiecare articol menţionat preţul unitar. Valoarea însumată a articolelor (cantitate* preţ unitar) din listele de cantităţi pentru fiecare categorie de Lucrări trebuie să fie cel mult egală cu valoarea prevăzută în Graficul de Plăţi pentru acea categorie de Lucrări.* ***La propunerea Antreprenorului, Graficul de plăți se va putea actualiza şi după elaborarea Listelor de cantități, fără semnarea unui Act Aditional, cu conditia încadrării în Valoarea de Contract Acceptată şi în valoarea aferentă fiecărei categorii de lucrări în parte, așa cum a fost aceasta definită în Graficul de plăți****".*

Analizând articolul contestat de către ... SRL, respectiv art. 13.3 din Acordul Contractual (ultimul paragraf) care stipulează că: „*Sub-clauza 13.3 [Procedura de modificare] din Condițiile Speciale ale Contractului se completează astfel: (...)* ***La propunerea Antreprenorului, Graficul de plăți se va putea actualiza după elaborarea Listelor de cantități, fără semnarea unui Act Aditional, cu conditia încadrării în valoarea de contract acceptată și în valoarea aferentă fiecărei categorii de lucrări în parte așa cum a fost aceasta definită în Graficul de plăți****, respectiv: DRUM, INTERSECȚII CU DRUMURI CLASIFICATE, PARCARE DE SCURTĂ DURATĂ, SIGURANȚA CIRCULAȚIEI, SCURGEREA ȘI EVACUAREA APELOR, PODEȚE, DEZAFECTĂRI VARIANTE PROVIZORII, LUCRĂRI DE MEDIU, STRUCTURI, UTILITĂȚI, VARIANTE DE CIRCULAȚIE PROVIZORII”,* Consiliul constată că în cuprinsul acestuia autoritatea contractantă nu a făcut altceva decât să reproducă integral o parte din conținutul subclauzei 14.2 Prețul contractului, lit. c) din Ordinul ministrului transporturilor nr. 600/2017 (cea evidențiată mai sus prin bold), la care a adăugat explicitarea categoriilor de lucrări astfel cum rezultă acestea din Graficul de plăți inclus în secțiunea Formulare (Anexa nr. 2 a Formularului 8), motiv pentru care Consiliul constată că prevederea contestată de către ... SRL este conformă cu prevederile Ordinul ministrului transporturilor nr. 600/2017, motiv pentru care critica va fi respinsă ca nefondată.

În continuare, Consiliul procedează la analiza criticii contestatoarei referitoare la conținutul Fișei de date a achiziției, punctul IV.4.3.), subpunctul 10, care stipulează următoarele:

*„10. SEMNAREA CONTRACTULUI*

*Autoritatea Contractantă va informa operatorii economici cu privire la rezultatul aplicării procedurii de atribuire în conformitate cu prevederile legale în vigoare.*

*Indiferent de momentul inițierii procedurii de atribuire, autoritatea contractantă va verifica, înainte de încheierea contractului, respectarea dispozițiilor referitoare la angajarea cheltuielilor din bugetele care intră sub incidența legislației privind finanțele publice.*

*(...)*

*Procedura de atribuire este inițiată sub incidența următoarelor clauze rezolutorii:*

*CLAUZA REZOLUTORIE 1: Încheierea contractului de achiziție publică este condiționată de obținerea/ aprobarea finanțării lucrărilor din fonduri de la bugetul de stat și/sau fonduri europene nerambursabile, semnarea contractului fiind posibilă doar în situația în care se respectă dispozițiile referitoare la angajarea cheltuielilor din bugetele care intră sub incidența legislației privind finanțele publice. În cazul în care, indiferent de motive, obținerea/aprobarea finanțării lucrărilor din fonduri de la bugetul de stat și/ sau fonduri europene nerambursabile nu se realizează, Autoritatea Contractantă va aplica prevederile art. 212 alin. (1) lit. c) teza a II-a din Legea 98/2016, fiind imposibilă încheierea contractului de achiziție publică.*

*CLAUZA REZOLUTORIE 2: Autoritatea Contractantă nu va atribui contractul decât în situatia în care Hotărârea de Guvern privind indicatorii tehnico-economici ai acestui obiectiv de investiție va fi actualizată. În lipsa actualizării indicatorilor tehnico-economici, aprobați*

*prin Hotărâre de Guvern, Autoritatea Contractantă va aplica prevederile art. 212 alin (1) lit. c) din Legea 98/2016".*

În cadrul adresei nr. 68343/07.09.2017, înregistrată la CNSC sub nr. 37.755/07.09.2017, autoritatea contractantă menționează că va adopta următoarele măsuri de remediere cu privire la Fișa de date a achiziției:

**a)** În secţiunea III.1.2) Principalele modalități de finanţare și plată și/sau trimitere la dispoziţiile relevante, care prevede *„POIM în cofinanțare cu Bugetul de Stat. A se vedea clauza rezolutorie 1 din secțiunea IV.4.3) Modul de prezentare a ofertelor, cap. 10",* sintagma „clauza rezolutorie" a fost înlocuită cu sintagma „condiţia", textul secţiunii devenind *„POIM în cofinanțare cu Bugetul de Stat. A se vedea condiția 1 din secţiunea IV. 4.3) Modul de prezentare a ofertelor, cap. 10. Semnarea contractului".*

**b)** În secţiunea IV.4.3) Modul de prezentare a ofertei, pct. 10 Semnarea contractului, paragraful *„Procedura de atribuire este inițiată sub incidenţa următoarei clauze rezolutorii:*

*CLAUZA REZOLUTORIE 1: Încheierea contractului de achiziție publică este condiționată de obținerea/ aprobarea finanțării lucrărilor din fonduri de la bugetul de stat și/ sau fonduri europene nerambursabile, semnarea contractului fiind posibilă doar în situația în care se respectă dispozițiile referitoare la angajarea cheltuielilor din bugetele care intră sub incidența legislației privind finanțele publice. În cazul în care, indiferent de motive, obținerea/aprobarea finanțării lucrărilor din fonduri de la bugetul de stat și/ sau fonduri europene nerambursabile nu se realizează, Autoritatea Contractantă va aplica prevederile art. 212 alin. (1) lit. c) teza a II-a din Legea 98/2016, fiind imposibilă încheierea contractului de achiziție publică.*

*CLAUZA REZOLUTORIE 2: Autoritatea Contractantă nu va atribui contractul decât în situația în care Hotărârea de Guvern privind indicatorii tehnico-economici ai acestui obiectiv de investiție va fi actualizată. În lipsa actualizării indicatorilor tehnico-economici, aprobați prin Hotărâre de Guvern, Autoritatea Contractantă va aplica prevederile art. 212 alin (1) lit. c) din Legea 98/2016",* a fost modificat și are următorul conținut: *„Finalizarea procedurii de atribuire prin încheierea contractului de achiziție publică este supusă următoarei condiţii:*

*CONDIȚIA 1 Încheierea contractului de achiziţie publică este condiţionată de obţinerea/aprobarea finanțării lucrărilor din fonduri de la bugetul de stat și/sau fonduri europene nerambursabile, semnarea contractului fiind posibilă doar în situația în care se respectă dispoziţiile referitoare la angajarea cheltuielilor din bugetele care intră sub incidenţa legislaţiei privind finanţele publice. În cazul în care, indiferent de motive, obţinerea/aprobarea finanțării lucrărilor din fonduri de la bugetul de stat și/sau fonduri europene nerambursabile nu se realizează, Autoritatea Contractantă va aplica prevederile art. 212 alin (1) lit. c) teza a II-a din Legea 98/2016, fiind imposibilă încheierea contractului de achiziţie publică.*

*CONDIȚIA 2 Autoritatea Contractantă nu va atribui contractul decât în situația în care Hotărârea de Guvern privind indicatorii tehnico-economici ai acestui obiectiv de investiție va fi actualizată. În lipsa actualizării indicatorilor tehnico-economici, aprobați prin Hotărâre de*

*Guvern, Autoritatea Contractantă va aplica prevederile art. 212 alin (1) lit. c) din Legea 98/2016".*

**c)** În secţiunea VI. 2) Contractul/Concursul se înscrie într-un Proiect/Program finanțat din fonduri comunitare/Program Operaţional/ Program National de Dezvoltare Rurală - Trimitere (trimiteri) la proiect(e) și/sau program(e), care prevede: *„ (...) Trimitere (trimiteri) la proiect(e) și/sau program(e): POIM și Bugetul de Stat. A se vedea clauza rezolutorie 1 din secțiunea IV.4.3) Modul de prezentare a ofertelor, cap. 10. Semnarea contractului (...)",* sintagma „clauza rezolutorie" a fost înlocuită cu sintagma „condiţia", textul secţiunii devenind *„POIM în cofinanțare cu bugetul de stat. A se vedea condiţia 1 din secţiunea IV.4.3) Modul de prezentare a ofertelor, cap. 10. Semnarea contractului".*

**d)** În secţiunea VI.3) Alte informaţii, pct. 6, care prevede:

*„6. Procedura de atribuire este inițiată sub incidența următoarelor clauze rezolutorii:*

*CLAUZA REZOLUTORIE 1: Încheierea contractului este conditionată de obținerea/aprobarea finanțării lucrărilor din fonduri de la bugetul de stat și/ sau fonduri europene nerambursabile, semnarea contractului fiind posibilă doar în situația în care se respectă dispozițiile referitoare la angajarea cheltuielilor din bugetele care intră sub incidența legislației privind finanțele publice. În cazul în care, indiferent de motive, obtinerea/aprobarea finanțării lucrărilor din fonduri de la bugetul de stat și/ sau fonduri europene nerambursabile nu se realizează, AC va aplica prevederile art. 212 alin (1) lit. c) teza a II-a din Legea 98/2016, fiind imposibilă încheierea contractului de achiziție publică.*

*CLAUZA REZOLUTORIE 2: AC nu va atribui contractul decât în situația în care Hotărârea de Guvern privind indicatorii tehnico-economici ai acestui obiectiv de investiție va fi actualizată. În lipsa actualizării indicatorilor tehnico-economici, aprobați prin Hotărâre de Guvern, AC va aplica prevederile art. 212 alin (1) lit. c) din Legea 98/2016",* a fost modificat și are următorul conținut: *„Procedura de atribuire este inițiată sub incidența următoarelor condiții:*

*CONDIȚIA 1 Încheierea contractului de achiziţie publică este condiţionată de obţinerea/aprobarea finanțării lucrărilor din fonduri de la bugetul de stat și/sau fonduri europene nerambursabile, semnarea contractului fiind posibilă doar în situația în care se respectă dispoziţiile referitoare la angajarea cheltuielilor din bugetele care intră sub incidenţa legislaţiei privind finanţele publice. În cazul în care, indiferent de motive, obţinerea/aprobarea finanțării lucrărilor din fonduri de la bugetul de stat și/ sau fonduri europene nerambursabile nu se realizează, Autoritatea Contractantă va aplica prevederile art. 212 alin. (1) lit. c) teza a II-a din Legea 98/2016, fiind imposibilă încheierea contractului de achiziţie publică*

*Condiția 2: AC nu va atribui contractul decât în situația în care Hotărârea de Guvern privind indicatorii tehnico-economici ai acestui obiectiv de investiție va fi actualizată. În lipsa actualizării indicatorilor tehnico-economici, aprobați prin Hotărâre de Guvern, AC va aplica prevederile art. 212 alin (1) lit. c) din Legea 98/2016".*

Verificând informațiile publicate în SEAP, Consiliul constată că la data de 07.09.2017 ora 13:43 autoritatea contractantă a publicat în SEAP aceste măsuri de remediere, contestatoarea apreciind că măsurile

dispuse de autoritatea contractantă nu sunt de natură a înlătura criticile sale.

În susținerea criticii autoarea contestației susține că CNAIR încalcă prevederile legale prin scoaterea la licitaţie a proiectului fără ca indicatorii tehnico-economice să fie aprobaţi de Guvern. Or, obligaţia de a obţine aprobarea indicatorilor tehnico - economici revine Achizitorului conform legii finanţelor publice nr. 500/2002, aceeași fiind situația și în cazul condiţionării semnării contractului de obţinerea/aprobarea finanţării.

În acest sens, contestatoarea invocă un punct de vedere al ANRMAP/ANAP publicat în data de 07.05.2012 pe site-ul oficial al acestei instituţii și arată că prin cele două clauze rezolutorii autoritatea contractantă îşi invocă practic propria culpă în caz de nesemnare a contractului şi anularea procedurii, atâta timp cât obligaţia de a obţine finanţarea şi obligaţia de a obţine actualizarea indicatorilor tehnico economici sunt în sarcina achizitorului. Mai mult decât atât, contestatoarea arată că, în realitate, condițiile sunt suspensive deoarece de îndeplinirea acestora depinde încheierea/atribuirea Contractului. Un alt aspect subliniat de contestatoare constă în faptul că operatorii economici antamează cheltuieli importante pentru participarea la procedura de atribuire, iar anularea acesteia pentru motive imputabile în fapt autorităţii contractante este de natură a prejudicia operatorii economici.

Astfel, contestatoarea consideră că se impune eliminarea clauzelor rezolutorii „(suspensive în calificarea lor juridică pentru atribuirea/ încheierea contractului)” acestea fiind „nule sub incidenţa art 1403 Cod civil anulabile potrivit art. 1204 coroborat cu art. 1252 Cod Civil, a art. 1183 alin. (3) Cod Civil şi a art. 1188 alin. (1) şi abuzive în temeiul dispoziţiilor art. 2 alin. (2) din Legea 98/2016”.

În raport de critica analizată, Consiliul constată incidența în cauză a următoarelor texte legale:

- 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*”;

- art. 212 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 98/2016: *„Autoritatea contractantă are obligația de a anula procedura de atribuire a contractului de achiziție publică/acordului-cadru în următoarele cazuri: (...) c) dacă încălcări ale prevederilor legale afectează procedura de atribuire sau dacă este imposibilă încheierea contractului*”;

- art. 143 alin. (1) din normele metodologice aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 395/2016: *„Autoritatea contractantă are obligația de a încheia contractul de achiziție publică/acordul-cadru cu ofertantul a cărui ofertă a fost stabilită ca fiind câștigătoare*”;

- art. 145 din normele metodologice aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 395/2016: *„Autoritatea contractantă nu are dreptul de a amâna încheierea contractului cu scopul de a crea circumstanțe artificiale de anulare a procedurii*”;

- art. 146 din normele metodologice aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 395/2016: *„(1) În situația în care autoritatea contractantă anulează procedura de atribuire, în condițiile art. 212 sau*

*213 din Lege, aceasta are obligația de a comunica în scris tuturor participanților la procedura de atribuire, în cel mult 3 zile lucrătoare de la data anulării, motivul care a determinat decizia de anulare, precum și încetarea obligațiilor asumate de ofertanți prin depunerea ofertelor sau a solicitărilor de participare. (2) Autoritatea contractantă nu are dreptul să adopte nicio măsură cu scopul de a întârzia nejustificat procesul de evaluare a ofertelor, sau de a crea circumstanțe artificiale de anulare a procedurii de atribuire, o asemenea abordare fiind considerată o încălcare a principiului asumării răspunderii prevăzut la art. 2 alin. (2) din Lege*".

Față de cele de mai sus, se reține că, astfel cum a afirmat și autoritatea contractantă, condițiile impuse în fișa de date a achiziției, astfel cum au fost modificate prin măsurile de remediere dispuse de autoritatea contractantă, au la bază dispozițiile Legii privind finanțele publice care nu permite angajarea, ordonanțarea și plata unei cheltuieli dacă aceasta nu este aprobată potrivit legii și nu are prevederi bugetare.

Astfel, în situația în care, la momentul semnării contractului, nu vor exista prevederi bugetare, autoritatea contractantă va putea face aplicarea prevederilor art. 212 alin. (1) lit. c) teza a II-a din Legea nr. 98/2016, dacă în urma demersurilor efectuate nu va putea obține finanțarea contractului.

În punctul său de vedere, autoritatea contractantă a precizat că deja au fost inițiate demersurile pentru obținerea finanțării europene nerambursabile, cu susținerea Organismului Intermediar Transport și JASPERS, care a inclus acest proiect în Planul de Acțiune JASPERS 2017, acest proiect fiind unul prioritar.

Condițiile introduse de autoritatea contractantă informează operatorii economici asupra faptului că, pentru a se putea semna contractul, este necesară obținerea finanțării, în caz contrar, procedura urmând a fi anulată, informare care respectă prevederile legale citate anterior.

În sensul celor de mai sus este și Notificarea nr. 256/2016 emisă de către Agenția Națională pentru Achiziții Publice privind Fișa de date a achizitiei – versiunea decembrie 2016 (ulterioară Notificării invocată de contestatoare) în care au fost prevăzute următoarele: „*Atenție la inițierea unei proceduri de achiziție publică cu clauză suspensivă care prevede încheierea contractului numai în măsura în care fondurile necesare achiziției vor fi asigurate prin semnarea contractului de finanțare – această clauză nu trebuie să permită o aplicare care să confere autorității contractante o libertate nelimitată de decizie înainte de încheierea contractului (adică și în situațiile în care nu a fost întreprinsă nicio diligență, sau șansele sunt scăzute, pentru obținerea finanțării), având în vedere că art. 143 din HG nr. 395/2016 stabilește obligația AC de a încheia contractul cu ofertantul a cărui ofertă a fost stabilită ca fiind câștigătoare*".

Se observă că notificarea ANAP cuprinde o atenționare a autorităților contractante referitor la libertatea nelimitată pe care ar

putea să o aibă înainte de încheierea contractului, pentru situațiile în care nu a fost întreprinsă nicio diligență, sau șansele sunt scăzute, pentru obținerea finanțării.

Ori, în cazul analizat, autoritatea contractantă nu condiționează încheierea contractului de semnarea contractului de finanțare, ci de necesitatea respectării dispozițiilor referitoare la angajarea cheltuielilor din bugetele care intră sub incidența legislației privind finanțele publice. Mai mult, autoritatea contractantă a susținut că a întreprins demersuri pentru obținerea finanțării. De altfel, cum s-a arătat, fondurile sunt asigurate prin POIM în cofinanțare cu Bugetul de Stat.

Potrivit art. 1400 Cod civil, condiția este suspensivă atunci când de îndeplinirea sa depinde eficacitatea obligației, adică nașterea în mod valabil a obligației, condiția fiind rezolutorie atunci când îndeplinirea ei determină desființarea obligației (art. 1401 Cod civil). Solicitarea contestatoarei de eliminare a celor două condiții nu poate fi acceptată, autoritatea contractantă neputând să semneze un contract fără a avea fondurile necesare derulării lui.

Față de cele de mai sus, Consiliul constată a fi nefondate criticile contestatoarei referitor la condițiile din fișa de date a achiziției, astfel cum a fost modificată prin măsurile de remediere dispuse de autoritatea contractantă și publicate în SEAP la data de 07.09.2017 ora 13:43.

Pentru toate aceste considerente, în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite, în parte, contestația formulată de SC ... SRL, în contradictoriu cu autoritatea contractantă ...SA și va dispune remedierea documentației de atribuire prin completarea algoritmului de calcul aferent factorului 5 din cadrul criteriului de atribuire „cel mai bun raport calitate-preț” cu menționarea consecințelor pe care le implică situația în care executantul nu obține calificativul „bună” la recepția finală, astfel cum au fost acestea menționate în cadrul Strategiei de contractare.

Va obliga autoritatea contractantă ca, în termen de cel mult 15 zile de la data primirii prezentei decizii, să remedieze documentația de atribuire, conform celor mai sus menționate.

În temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge, ca nefondate, celelalte solicitări de modificare a documentației de atribuire formulate de SC ... SRL.

În condițiile în care în prezenta procedură de atribuire pot fi dispuse măsuri de remediere a documentației de atribuire fără afectarea principiilor aplicabile în materia achizițiilor publice („termenul limită pentru primirea ofertelor sau a cererilor de participare” fiind stabilit la data de 18.09.2017 ora 16:00), Consiliul va respinge, ca nefondată, cererea subsidiară a contestatoarei SC ... SRL privind anularea procedurii de atribuire.

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

Pentru aceste motive,

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

**CONSILIUL DECIDE:**

Admite, în parte, contestația formulată de SC ... SRL, în contradictoriu cu autoritatea contractantă ...SA și dispune remedierea documentației de atribuire prin completarea algoritmului de calcul aferent factorului 5 din cadrul criteriului de atribuire „cel mai bun raport calitate-preț” cu menționarea consecințelor pe care le implică situația în care executantul nu obține calificativul „bună” la recepția finală, astfel cum au fost acestea menționate în cadrul Strategiei de contractare.

Obligă autoritatea contractantă ca, în termen de cel mult 15 zile de la data primirii prezentei decizii, să remedieze documentația de atribuire, conform celor mai sus menționate.

Respinge, ca nefondate, celelalte solicitări de modificare a documentației de atribuire formulate de SC ... SRL.

Împotriva prezentei decizii se poate formula plângere, în termen de 10 zile de la comunicare.

**PREȘEDINTE COMPLET**
**...**

**MEMBRU COMPLET** **MEMBRU COMPLET**
**...** **...**

Redactat în 4 exemplare originale, conține 42 pagini