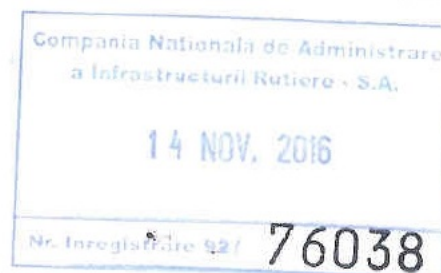


1330



CATRE: Consiliul National de Solutionare a Contestatiilor
Str. Stavropoleos nr. 6, sector 3, Bucuresti
Cod postal 030084
Fax: 021.310.4642/021.890.0745
E-mail: office@cnsr.ro

SPRE STIINTA: Compania Nationala de Administrare a Infrastructurii Rutiere
Bdul Dinicu Golescu 38, sector 1, Bucuresti
Cod postal 010873
Tel: 021 264.3200 Fax: 021 312.0984
E-mail: office@andnet.ro

1

Subscrisa, _____, cu sediul in _____, prin _____, cu sediul in _____, cod unic de inregistrare _____, atribut fiscal RO, inregistrata la Registrul Comertului sub nr. _____, reprezentata legal prin _____, si reprezentata conventional de _____, cu sediul in _____, str. _____, unde

va solicitam sa dispuneti comunicarea tuturor actelor de procedura potrivit dispozitiilor art. 158 Cod procedura civila,

in contradictoriu cu autoritatea contractanta **Compania Nationala de Administrare a Infrastructurii Rutiere S.A.** („CNAIR” sau „Autoritatea contractanta”), cu sediul in Bucuresti, bd. Dinicu Golescu nr. 38, sector 1, cod postal 010873, tel: 021 264.3200, fax: 021 312.0984, înregistrata la Registrul Comertului sub nr. J40/552/15.01.2004, CUI 16054368, atribut fiscal RO, cont bancar nr. RO67 RNCB 0082 0080 9408 0001 deschis la Banca Comerciala Romana - Sucursala Unirii, reprezentata legal prin dl. Catalin Homor – Director General,

in temeiul art. 8 alin. 1 din Legea nr. 101 din 19 mai 2016 privind remediile si caile de atac in materie de atribuire a contractelor de achizitie publica, a contractelor sectoriale si a contractelor de concesiune de lucrari si concesiune de servicii, precum si pentru organizarea si functionarea Consiliului National de Solutionare a Contestatiilor (denumita in cele ce urmeaza „Legea 101/2016”),

formulam, in termen legal, prezenta

CONTESTATIE

impotriva raspunsului la notificarea prealabila de remediere formulata de subscrisa in cadrul procedurii de atribuire a contractului de achizitie publica de lucrari avand ca obiect „Realizarea Autostrazii Brasov- Targu Mures- Cluj- Oradea, Lotul 1: Targu Mures-Ungheni si Drum de legatura- relcitare” (“Procedura de atribuire”), raspuns comunicat de Autoritatea contractanta sub nr. 70646/04.11.2016¹,

¹ Anexa 1 la prezenta contestatie.

solicitandu-va ca, prin Decizia ce o veti pronunta, sa dispuneti:

1. Admiterea prezentei contestatii, astfel cum a fost formulata; si
2. Anularea in parte a Adresei CNAIR nr. 70646/04.11.2016 si obligarea Autoritatii contractante la adoptarea masurilor de remediere a documentatiei de atribuire, astfel cum au fost acestea solicitate prin notificarea prealabila a subscrisei (pct. 1-8 si 10-14) si cum vor fi reiterate in continutul prezentei contestatii,

Solicitandu-va totodata, in acord cu prevederile art. 22 din Legea 101/2016, suspendarea Procedurii de atribuire pana la solutionarea fondului cauzei,

pentru urmatoarele

MOTIVE:

I. In fapt, la data de 19 octombrie 2016 a fost publicat în SEAP anunțul de participare nr. 170795/21.10.2016 (denumit in cele ce urmeaza „Anuntul de participare”)², prin care CNAIR a anuntat organizarea procedurii de atribuire a Contractului de lucrari pentru executia proiectului *“Realizarea Autostrazii Brasov- Targu Mures- Cluj- Oradea, Lotul 1: Targu Mures- Ungheni si Drum de legatura- relicitare.”*

La data de 31 octombrie 2016, subscrisea a formulat notificare de remediere a documentatiei de atribuire³ in concordanta cu art. 6 din Legea 101/2016, solicitand Autoritatii contractante, in sinteza, urmatoarele:

1. Respectarea prevederilor legale in ceea ce priveste documentatia de atribuire pentru anuntul nr. 170795/21.10.2016, respectiv punerea documentatiei de atribuire in acord cu prevederile Ordinului Presedintelui ANRMAP nr. 138/2012⁴ prin care se aproba modelele de documentatii standardizate aferente procedurilor de atribuire a contractelor de achizitie de lucrari publice pentru proiectele de investitii din domeniul de transport rutier care utilizeaza conditiile contractuale ale Federatiei Internationale a Inginerilor Consultanti in Domeniul Constructiilor (FIDIC) Cartea Rosie si Cartea Galbena, finantate din fonduri publice, prevazute in anexele 1-4, publicate in M.Of. nr. 324/14.05.2012, art. 2 si art. 4;
2. Respectarea prevederilor legale in ceea ce priveste Acordul Contractual, respectiv punerea continutului acestuia in acord cu prevederile Ordinului Ministrului Transporturilor nr. 146/2011⁵ publicat in M.Of. nr. 188 bis/2011 privind aprobarea conditiilor contractuale speciale ale contractelor pentru echipamente si constructii, inclusiv proiectare, si ale contractelor pentru constructii cladiri si lucrari ingineresti proiectate de catre beneficiar ale Federatiei Internationale a Inginerilor Consultanti in Domeniul Constructiilor (FIDIC), pentru obiective de investitii din domeniul infrastructurii rutiere de transport de interes national, finantate din fonduri publice;
3. Eliminarea clauzelor Acordului Contractual care modifica in mod esential conditiile speciale prevazute in Ordinul nr. 146/2011 si totodata pericliteaza echilibrul contractului FIDIC;
4. Eliminarea sub-clauzei 15.4 din Acordul Contractual care este de natura a perturba echilibrul contractual;

² Anexa 2 la prezenta contestatie.

³ Anexa 3 la prezenta contestatie.

⁴ Anexa 4 la prezenta contestatie.

⁵ Anexa 5 la prezenta contestatie.

5. Eliminarea Articolului II.1.1 din Specificatiile Tehnice – Articole Generale intitulat „*Posesia si folosirea Santierului*”, in sensul eliminarii sintagmei „*Antreprenorul nu va reclama/ contesta punerea in posesie a santierului pe o parte/parti de santier [...]*” ca vadit restrictiv, intrucat documentatia de atribuire nu precizeaza termenul pentru punerea in posesie a terenului, iar Antreprenorul este pus in imposibilitatea de a ofera un pret corect si/sau de a formula revendicari;
6. Eliminarea Articolului II.1.7C, in sensul eliminarii cerintei privind suportarea de catre Antreprenor a tuturor obligatiilor, inclusiv cele financiare, legate de relocarea utilitatilor neprevazute in documentatia initiala, dar care sunt identificate pe parcursul lucrarilor, intrucat o asemenea clauza incalca flagrant prevederile art. 3 (1) lit. (z) din Legea nr. 98/2016 privind achizitiile publice („Legea 98/2016”);
7. Modificarea art. 15.3 din Acordul Contractual care prevede ca si baza de calcul a penalitatilor generate de culpa Beneficiarului suma neplatita din Contract, spre deosebire de penalitatile datorate de Antreprenor din culpa sa ce sunt raportate la intreaga valoare a contractului;
8. Eliminarea completarii textului sub-clauzei 4.17 din Conditiiile Speciale ale Contractului intitulata „*Utilajele Antreprenorului*”, respectiv eliminarea cerintei platii unei penalitati de catre Antreprenor in ipoteza in care nu respecta termenul de 5 zile pentru mobilizarea utilajelor, calculat de la data transmiterii Ordinului de catre Inginer, intrucat o asemenea cerinta vine in contradictie cu art 8.7 din Conditiiile Generale ce prevad in mod limitativ cele doua categorii de daune platibile de catre Antreprenor;
9. Corelarea art. 12 si 13 din Acordul Contractual in ceea ce priveste valoarea penalitatilor;
10. Luarea masurilor ce se impun privind neconcordanza dintre tipul contractului specificat in Fisa de Date [*Capitolul II.1.2) Tipul Contractului: Executare*] cu cerinta prevazuta in Listele de cantitati si Specificatiile Tehnice Articole Generale ca Antreprenorul sa elaboreze documente de proiectare si sa coteze in Lista A art. GI 11 o suma forfetara care sa acopere costul proiectarii;
11. Eliminarea cerintei referitoare la „*Asistenta proiectantului pe santier*” ca obligatie a Antreprenorului;
12. Eliminarea cerintei referitoare la cotearea in Listele de cantitati a articolelor GI.08 – intretinere drum in sezonul de vara si respectiv GI.09 – intretinere drum in sezonul de iarna;
13. Prezentarea explicita a modului in care Autoritatea contractanta solicita a se acorda garantia lucrarilor;
14. Modificarea criteriului de evaluare referitor la *Perioada de garantie a dispozitivelor de acoperire a rosturilor de dilatatie*, in sensul de a pune acest criteriu in concordanta cu Conditiiile Generale si Speciale.

La data de 4 noiembrie 2016, prin raspunsul inregistrat sub nr. 70646, Autoritatea contractanta a precizat ca nu va adopta masuri de remediere pentru solicitarile de la punctele 1-8 si 10-14 ante-mentionate, motiv pentru care subscrisa intelege sa formuleze prezentul demers.

Ca o ultima observatie in ceea ce priveste situatia de fapt dedusa judecatii, cu referire la continutul Documentatiei de atribuire a carei remediere am solicitat-o, in sensul punerii acesteia in acord cu prevederile Ordinului nr. 146/2011, remarcam ca in respectiva Documentatie de atribuire se regasesc **doua** Acorduri Contractuale avand continut diferit, fara a exista o mentiune privind prevalenta unui dintre ele.

Primul dintre acestea, al carui continut este conform cu Ordinul nr. 146 /2011, se regaseste la sfarsitul fisierului Conditii Speciale Contract – Anexa 2⁶. Cel de-al doilea se regaseste in fisierul «Acord Contractual»⁷ pus la dispozitie prin Documentatia de atribuire, prevederile acestuia fiind contrare Ordinului nr. 146/2011.

In egala masura, va solicitam sa observati faptul ca in cadrul Documentatiei de atribuire exista doua Formulare Anexa la Oferta, de asemenea cu continut diferit. Primul document se regaseste la sfarsitul fisierului Conditii Speciale Contract – Anexa 2⁸ si respecta prevederile Ordinului nr. 146/2011, iar cel de-al doilea se regaseste in fisierul «Formulare»⁹ pus la dispozitie prin Documentatia de atribuire si nu respecta acest act normativ.

Apreciem ca o eroare materiala majora a Autoritatii contractante inserarea in documentatia de atribuire a doua Acorduri Contractuale si doua Anexe la Oferta cu continut distinct, o asemenea eroare afectand grav atat procesul de ofertare, cat si rezultatul Procedurii de atribuire. In aceste circumstante, in mod evident, criticile formulate de subscrisa cu privire la Documentatia de atribuire se raporteaza la documentele – Acord Contractual si Anexa la Oferta – al caror continut este contrar prevederilor Ordinului nr. 146/2011.

Este indiscutabil ca, fata de prevederile art. 3 alin. (1) lit. (z) din Legea 98/2016 ce definesc documentatia de atribuire ca fiind «documentul achizitiei care cuprinde cerintele, criteriile, regulile si alte informatii necesare pentru a asigura operatorilor economici o informare completa, corecta si explicita cu privire la cerinte sau elemente ale achizitiei, obiectul contractului si modul de desfasurare a procedurii de atribuire, inclusiv specificatiile tehnice ori documentul descriptiv, conditiile contractuale propuse, formatele de prezentare a documentelor de catre candidati/ofertanti, informatiile privind obligatiile generale aplicabile» [s.n.], se impune, ca unica masura de remediere adecvata, eliminarea in intregime a respectivelor documente neconforme din Documentatia de atribuire.

II. Cu aceste precizari prealabile, vom demonstra in cele ce urmeaza ca refuzul explicit al Autoritatii contractante de a adopta masurile de remediere solicitate prin notificarea prealabila a subscrisei (pct. 1-8 si 10-14) este netemeinic si nelegal, vatamand in mod grav interesele legitime ale subscrisei si, dealtfel, ale tuturor participantilor la procedura de atribuire.

1. In ceea ce priveste solicitarea mentionata la pct. 1 din Notificarea prealabila a subscrisei – punerea documentatiei de atribuire in acord cu prevederile Ordinului Presedintelui ANRMAP nr. 138/2012

Am invederat in Notificarea prealabila ca documentatia de atribuire aferenta anuntului nr. 170795/21.10.2016 nu respecta prevederile Ordinului Presedintelui ANRMAP nr. 138/2012 prin care se aproba modelele de documentatii standardizate aferente procedurilor de atribuire a contractelor de achizitie de lucrari publice pentru proiectele de investitii din domeniul de transport rutier care utilizeaza conditiile contractuale ale Federatiei Internationale a Inginerilor Consultanti in Domeniul Constructiilor (FIDIC) Cartea Rosie si Cartea Galbena, finantate din fonduri publice, prevazute in anexele 1-4, publicate in M.Of. 324/14.05.2012 (art. 2 si art. 4).

Potrivit art. 2 din ordinul in discutie,

⁶ Anexa 6 la prezenta contestatie.

⁷ Anexa 7 la prezenta contestatie.

⁸ Anexa 8 la prezenta contestatie.

⁹ Anexa 9 la prezenta contestatie.

„Beneficiarii Programului Operational Sectorial Transport au obligatia utilizarii documentatiei mentionate [...] incepand cu data intrarii in vigoare a prezentului Ordin.”

Totodata, potrivit art. 4

„Conditiiile generale de contract sunt cele aprobate prin HG nr. 1405/2010 privind aprobarea utilizarii unor conditii contractuale ale Federatiei Internationale a Inginerilor Consultanti in Domeniul Constructiilor (FIDIC) pentru obiective de investitii din domeniul infrastructurii de transport de interes national finantati din fonduri publice. Conditiiile speciale de contract si acordul contractual sunt cele aprobate prin Ordinul ministrului transporturilor si infrastructurii nr. 146/2011 privind aprobarea conditiilor contractuale speciale ale contractelor pentru echipamente si constructii, inclusiv proiectare, si ale contractelor pentru constructii cladiri si lucrari ingineresti proiectate de catre beneficiar ale Federatiei Internationale a Inginerilor Consultanti in Domeniul Constructiilor (FIDIC), pentru obiective de investitii din domeniul infrastructurii rutiere de transport de interes national, finantate din fonduri publice, cu modificarile si completarile ulterioare.”

Va solicitam sa constatati faptul ca Ordinul nr. 138/2012 nu a fost abrogat (nici direct si nici implicit) prin, sau ca efect al abrogarii OUG nr. 34/2006, astfel cum invoca CNAIR in raspunsul la Notificarea prealabila. Aceasta pentru ca norma de abrogare continuta in art. 238 din Legea 98/2016 prevede ca „se abroga orice dispozitie contrara”, insa, Ordinul nr. 138/2002 are caracter de lege speciala fata de legea generala a achizitiilor publice, ca atare prevederile sale nu pot fi calificate drept contrare.

Atat sub imperiul vechii legi (OUG nr. 34/2006), cat si in actuala reglementare, aceste dispozitii se aplica cu prioritate in virtutea principiului *specialia generalibus derogant*.

De altfel, este lesne de observat faptul ca insasi Autoritatea contractanta recunoaste (prin explicatiile date la punctul 2 din raspunsul la notificarea de remediere) ca are obligatia respectarii prevederilor Ordinului nr. 146/2011, deci implicit si pe cele ale Ordinului nr. 138/2012.

Pentru aceste considerente, apreciem ca se impune obligarea Autoritatii contractante la punerea documentatiei de atribuire in acord cu prevederile Ordinului Presedintelui ANRMAR nr. 138/2012, in sensul folosirii documentelor standardizate aprobate prin acest act normativ, cu respectarea intocmai a continutului acestora.

2. Referitor la solicitarea de remediere avand ca obiect respectarea prevederilor legale in ceea ce priveste Acordul Contractual, prin raportare la prevederile Ordinului MT nr. 146/2011

Pentru acelasi rationament expus *supra* va solicitam sa inlaturati sustinerile CNAIR potrivit carora «Legea nr. 98/2016 are caracter de act normativ primar, iar Ordinul nr. 146/2011 are caracter de act normativ tertiar, impunandu-se „armonizarea” celor doua acte normative». Prin aceasta asertiune, Autoritatea contractanta incearca sa justifice derogarea de la prevederile legii speciale prin raportare la legea generala, ceea ce contravine principiului de drept consacrat in adagiul “*specialia generalibus derogant*”.

Va rugam sa observati ca raportul intre cele doua acte normative – Ordinul nr. 146/2011 si Legea nr. 98/2016 – este de la special la general, Ordinul nr. 146/2011 avand valenta de lege

speciala ce se aplica obiectivelor de investiții din domeniul infrastructurii rutiere de transport de interes național, finanțate din fonduri publice.

În sensul celor arătate, Legea nr. 24/2000 privind normele de tehnică legislativă prevede la art. 15 ca, cităm:

“Caracterul special al unei reglementări se determină în funcție de obiectul acesteia, circumstanțiat la anumite categorii de situații, și de specificul soluțiilor legislative pe care le instituie.

Reglementarea este derogatorie dacă soluțiile legislative referitoare la o situație anume determinată cuprind norme diferite în raport cu reglementarea-cadru în materie, aceasta din urmă pastrându-și caracterul sau general obligatoriu pentru toate celelalte cazuri.” [s.n.]

Per a contrario, în situațiile reglementate cu caracter special de Ordinul nr. 146/2011, legea generală a achizițiilor publice nu are aplicabilitate.

Nu este deci posibilă includerea în documentația de atribuire a unor cerințe/documente contractuale care să deroge de la prevederile Ordinului nr. 146/2011, luând în considerare că aceste condiții de contract sunt aprobate prin act normativ (a cărui aplicabilitate este recunoscută de altfel de autoritatea contractantă), iar acest act normativ nu a fost amendat/modificat.

Pentru aceste motive, apreciem că se impune obligarea Autorității contractante la adoptarea de măsuri de remediere, respectiv la respectarea modelului de Acord Contractual așa cum este specificat în cadrul Ordinului MT nr. 146/2011.

3. Referitor la solicitările de remediere privind eliminarea clauzelor contractuale ce perturbă echilibrul contractului (pct. 3 și 4 din Notificarea de remediere a subscisei)

Așa cum am arătat în Notificarea de remediere, modelul de Acord Contractual impus de Autoritatea contractantă deroga de la cel prevăzut în Ordinul nr. 146/2011, impunând condiții contractuale ce pot fi calificate ca abuzive [menționăm, cu titlu de exemplu, renunțarea de către Antreprenor la dreptul de a formula revendicări contractuale pentru evenimente de întârziere imputabile Beneficiarului], mai ales în condițiile în care Acordul Contractual și condițiile de contract nu sunt și nu vor fi rezultatul unor negocieri dintre Autoritatea contractantă și antreprenor. În plus, în redactarea Sub-clauzei 15.4, Antreprenorul este constrans să declare că nu există clauze abuzive în conținutul contractului.

Sub un prim aspect, aceeași argumentare privind aplicarea cu prioritate a legii speciale reprezentată de Ordinul nr. 146/2011, expusă *supra*, este valabilă și în aceste două cazuri. Orice clauză care deroga de la prevederile ordinului în discuție este nelegală și se impune a fi eliminată.

Sub un al doilea aspect, principiul priorității interesului public din contractele administrative nu presupune și nu justifică impunerea unor clauze profund și evident abuzive pentru co-contractantul privat (în conținutul cărora nu poate fi decelat vreun interes public) și nici încheierea unui contract de adeziune. Abuzul Autorității contractante este cu atât mai evident cu cât se impun, așa cum am menționat, clauze prin care antreprenorul renunță *ab initio* la a mai reclama acoperirea de prejudicii posibil și potențial generate de evenimente imputabile sau atribuibile Autorității contractante, or aflate sub controlul exclusiv al acesteia.

Nu mai puțin, impunerea – sub sancțiunea calificării ofertei ca neconforma – unor condiții de contract evident în favoarea Autorității contractante, cu includerea unei prevederi contractuale menite să (doar) declare caracterul voluntar al obligațiilor asumate de către antreprenor dovedeste nu doar abuzul Autorității contractante, ci și reaua-credință a acesteia. Un asemenea comportament contractual abuziv nu este și nu poate fi justificat de principiul prevalenței interesului public din contractele administrative, doar și pentru simplul motiv că acest principiu nu are și nu poate avea o aplicare absolută.

În consecință, pentru motivele arătate, apreciem că se impune obligarea Autorității contractante la eliminarea din Acordul Contractual a clauzelor care contravin Ordinului nr. 146/2011, prin eliminarea din Documentația de atribuire a Acordului Contractual care nu respectă prevederile Ordinului nr. 146/2011 și menținerea celui care respectă prevederile actului normativ menționat.

7

4. Referitor la solicitarea de remediere privind amendarea art.II.1.1. din Specificațiile Tehnice – Articole Generale

Autoritatea contractantă susține că a introdus această cerință deoarece *“pe parcursul derulării contractului pot apărea diverse situații în care accesul este/ poate fi împiedicat”*. Totodată, arată că *“a fost emisă hotărârea de Guvern pentru declansarea procedurilor de expropriere, decizia de expropriere a fost emisă în data de 01.04.2016 și sunt obținute toate avizele pe proiectele tehnice aferente lucrărilor de utilități”*.

Va solicităm să observați motivarea contradictorie a răspunsului, pe de o parte se oferă garanția emiterii documentației aferente exproprierii, iar pe de altă parte se afirmă că există posibilitatea ca accesul în santier să fie împiedicat. În acest sens, vă rugăm să observați că în conformitate cu dispozițiile Legii nr. 255/2010 privind exproprierea pentru cauză de utilitate publică, necesară realizării unor obiective de interes național, județean și local, intrarea în vigoare a hotărârii de Guvern pentru declansarea procedurilor de expropriere atrage indisponibilizarea imobilelor afectate de expropriere (imediat ce cordorul de expropriere este intabulat în cartea funciară) și, ulterior, ca efect al procedurilor derulate exclusiv de către expropriator are loc transferul dreptului de proprietate de la proprietarul privat în domeniul public [art. 9 alin. (4) din legea amintită], expropriatul neputând împiedica – sub nicio formă – intrarea de drept și de fapt a imobilului în domeniul public. Din acest punct de vedere, vă rugăm să observați că accesul în santier al antreprenorului nu poate fi împiedicat decât (poate) de însăși Autoritatea contractantă care, în ciuda prevederilor legale incidente, nu-și execută corespunzător obligațiile ce-i revin în materia exproprierilor, această situație nefiind însă de natură să justifice impunerea unei clauze contractuale în temeiul căreia antreprenorul este răspunzător pentru întârzierile cauzate de sau în legătură cu procedura exproprierii.

Subliniem că în cadrul contractului ce face obiectul Procedurii de atribuire în discuție, Antreprenorul nu are și nu va avea nicio responsabilitate legată de exproprierea imobilelor necesare executării lucrărilor pe care le presupune contractul și, în consecință, acesta nu poate fi ținut responsabil pentru întârzieri sau piedici în predarea santierului.

Mai mult, dispoziția potrivit căreia *“Antreprenorul nu va formula nicio revendicare în legătură cu împrejurarea că punerea în posesie a Santierului se va realiza etapizat, pe Sectoare, și își va revizui corespunzător program de execuție astfel încât să asigure finalizarea execuției fiecărui Sector până la expirarea Duratei de Execuție a Lucrărilor”* ar putea pune Antreprenorul în situația imposibilității de executare a contractului, câtă vreme, Santierul aferent unui Sector nu este predat până la data limită de execuție a lucrărilor, ceea ce este inadmisibil.

Totodata, aceasta clauza confera intr-o paleta de situatii posibilitatea ca antreprenorul sa plateasca penalitati de intarziere neimputabile acestuia, ci Autoritatii contractante – spre exemplu in ipoteza in care nu se realizeaza predarea posesiei unui sector pana la expirarea Duratei de Executie a Lucrarilor, ceea ce iarasi este inadmisibil, stiut fiind ca mecanismul obligarii la acoperirea prejudiciilor are justificare si temei [legal sau contractual] in cazul neexecutarii obligatiilor, nu si in ipoteza inversa a executarii obligatiilor.

In conditiile in care, executarea lucrarilor [la timp sau cu intarziere] presupune – in mod obligatoriu – predarea Santierului [de catre beneficiarul lucrarilor], impunerea de penalitati in sarcina antreprenorului pentru predarea cu intarziere a Santierului este o clauza profund abuziva, inacceptabila mai ales in conditiile in care Autoritatea contractanta isi invoca propria [viitoare] culpa pentru obtinerea unei protectii de ordin contractual.

Intr-o atare situatie, pentru argumentele aratate, apreciem ca se impune obligarea CNAIR la eliminarea acestei cerinte din Documentatia de atribuire.

5. Referitor la solicitarea de remediere mentionata la punctul 6 din Notificarea de remediere – eliminarea cerintei suportarii de catre Antreprenor a tuturor obligatiilor, inclusiv financiare legate de utilitati

Va solicitam sa observati ca aceasta clauza presupune transferul direct al riscului catre Antreprenor in cazul unui proiect tehnic incongruent intocmit de beneficiar, dupa o perioada de 70 de zile de la data de incepere. Or, abordarea subiectiva a CNAIR cu privire la termenul de 70 de zile coroborat cu transmiterea automata a riscului in sarcina Antreprenorului contravine in mod vadit tipului de contract ales. Caracterul subiectiv al abordarii Autoritatii contractante rezulta inclusiv din impunerea termenului de 70 de zile. Ne intrebam, desigur retoric, de ce nu a fost impus un termen de 30 de zile sau unul de 100 de zile, or mai mare.

Astfel cum am sesizat si prin Notificarea prealabila, renuntarea la posibilitatea extensiei de timp si la plata costurilor suplimentare incalca in mod flagrant prevederile art. 3 (1) lit. (z) din Legea nr. 98/2016 care prevede faptul ca documentatia de atribuire trebuie sa asigure *“operatorilor economici o informare corecta, completa si explicita cu privire la cerinte sau elemente ale achizitiei, obiectul contractului si modul de desfasurare a procedurii de atribuire, inclusiv specificatiile tehnice ori documentul descriptiv, conditiile contractuale propuse, formatele de prezentare a documentelor de catre candidate/ofertanti, informatiile privind obligatiile general aplicabile”*.

Raspunsul autoritatii contractante la Notificarea prealabila, potrivit caruia *“odata cu Proiectul Tehnic sunt obtinute si toate avizele de la furnizorii de utilitati, rezultand ca toate utilitatile intalnite in zona au fost identificate si cuprinse in cuprinsul proiectului tehnic pentru a fi relocate”*, urmat de afirmatia vadit contrara celor sustinute anterior *“pot aparea si situatii neprevazute, in care utilitatile sa existe si ele sa nu fie identificate”*, confirma abaterea de la obligatia legala de prezentare a unei documentatii de atribuire complete, clare si explicite.

Nu mai putin, avand in vedere ca de relocarea utilitatilor vor profita in final proprietarii acestor utilitati sau chiar Autoritatea contractanta, suportarea de catre Antreprenor a acestor costuri [daca expira termenul de 70 de zile anterior mentionat] echivaleaza cu o masura de nationalizare/de finantare a unor lucrari aflate in proprietatea unor terte persoane a fondurilor financiare alocate de catre Antreprenor pentru executarea acestor relocari, masuri inadmisibile in sistemul constitutional in vigoare.

În considerarea acestor argumente, apreciem ca se impune obligarea Autorității contractante la eliminarea acestei cerințe restrictive pentru Antreprenor.

6. Referitor la solicitarea de remediere menționată punctul 7 din Notificare – modificarea într-un mod echitabil a art. 15.3 din Acordul Contractual

Astfel cum am menționat și prin Notificarea de remediere a documentației de atribuire, penalitățile de întârziere pe care Antreprenorul le va plăti Beneficiarului sunt de 0.1% pe zi de întârziere, din Valoarea de Contract Acceptată.

Totuși, conform clauzei din art. 15.3 „*In cazul în care, Beneficiarul, din culpa sa, nu-și îndeplinește obligațiile cu privire la plățile efectuate în cadrul contractului, Antreprenorul va avea dreptul să primească o dobândă legală penalizatoare stabilită la nivelul ratei dobânzii de referință plus 8%, aferentă perioadei de întârziere calculată pentru suma neplătită.*”

Asadar, penalizarea Beneficiarului din culpa acestuia se raportează la suma neplătită, iar penalizarea din culpa Antreprenorului se raportează la întreaga valoare a contractului. Practic, acesta din urmă ajunge să plătească penalități chiar și pentru lucrările executate în termen, raționament care intră în vătăta contradicție cu prevederile Legii nr. 72/2013 pentru combaterea întârzierii în executarea obligațiilor de plată a unor sume de bani rezultând din contracte încheiate între profesioniști și între aceștia și autorități contractante.

Ratiunea instituirii acestui text legislativ a fost aceea de a sancționa executarea necorespunzătoare a unei obligații, nici pe departe nu se poate deroga prin contract în sensul extinderii răspunderii la partea de contract executată corespunzător.

În atare condiții, apreciem ca se impune obligarea Autorității contractante la măsuri de remediere adecvate, respective la amendarea Clauzei 15.3, astfel încât să se asigure respectarea echilibrului contractual.

7. Referitor la solicitarea de remediere menționată punctul 8 din Notificare – eliminarea cerinței plății unei penalități de către Antreprenor în ipoteza în care nu respectă termenul de 5 zile pentru mobilizarea utilajelor, calculat de la data transmiterii ordinului de către Inginer

Cerința suplimentară potrivit căreia „*Inginerul va dispune Antreprenorului, prin Ordin de mobilizare, mobilizarea Utilajelor Antreprenorului incluse în Programul de execuție[...] Numărul maxim de Utilaje ce poate fi solicitat în Ordinul de mobilizare rezultă din Programul de execuție. Antreprenorul va mobiliza categoriile de Utilaje ale Antreprenorului, menționate în Ordinul de mobilizare, în termen de 5 zile de la data transmiterii Ordinului de mobilizare de către Inginer. În situația în care Antreprenorul nu respectă acest termen, Beneficiarul este îndreptățit să perceapă penalități în valoarea menționată în Anexa la Oferta începând cu a 6-a zi de la data transmiterii Ordinului de mobilizare și până la data mobilizării categoriilor de Utilaje ale Antreprenorului menționate în Ordinul de mobilizare*” este vădit discreționară raportată la Condițiile art. 8.7 din Condițiile Generale, precum și la art. 4.17 din Condițiile Generale care nu prevăd niciun tip de sancțiune raportat la aceeași situație de fapt.

Va rugăm să observăm faptul că Autoritatea contractantă nu reușește să justifice o astfel de exigență, pretinzând că se impune pentru a constrânge o eventuală lipsă de mobilizare a Antreprenorului. Practic, într-o atare situație, dacă am admite raționamentul CNAIR ca fiind

unul intemeiat, s-ar ajunge la situatia in care lipsa de mobilizare ar fi sanctionata de doua ori, avand in vedere faptul pentru intarzieri in executie au fost deja stabilite (alte) sanctiuni.

Mai mult, o astfel de cerinta nu exista in Ordinul nr. 146/2011, iar orice eventuala modificare adusa acestuia prin documentatia de atribuire in discutie presupune, in prealabil, amendarea acestui ordin, luand in considerare ca aceste conditii de contract sunt aprobate prin act normativ. Explicatiile date *supra* pe aceasta tema raman pe deplin aplicabile.

In considerarea argumentelor expuse, apreciem ca se impune obligarea Autoritatii contractante la eliminarea acestei clauze discreționare.

8. Referitor la solicitarea de remediere mentionata punctele 10 din si 11 din Notificare – luarea masurilor ce se impun privind neconcordanța dintre tipul contractului specificat in Fisa de Date [Executare] cu cerinta prevazuta in Listele de cantitati si Specificatiile Tehnice ca Antreprenorul sa elaboreze documente de proiectare si sa coteze o suma forfetara care sa acopere costul proiectarii, si respective eliminarea cerintei privind “Asistenta proiectantului pe Santier ca obligatie a Antreprenorului”

Raspunsul Autoritatii Contractante face referire in mod constant la Proiectul Tehnic pus la dispozitie de Beneficiar, subintelegandu-se ca Detaliile de Executie nu au fost elaborate in aceasta etapa.

Cu toate ca tipul contractului, conform prevederilor Fisei de Date este doar “Executare”, iar prin Documentatia de atribuire a fost pus la dispozitie un proiect realizat de Search Corporation SRL, cu care asa cum rezulta din Memoriul de prezentare pag. 4, Beneficiarul a semnat actul aditional nr. 4, in luna ianuarie 2014, pentru revizuirea Proiectului Tehnic si elaborarea detaliilor de executie, Autoritatea Contractanta obliga Antreprenorul la desemnarea unui proiectant, pentru orice detaliu de proiectare aparut suplimentar fata de proiectul tehnic pus la dispozitie de Beneficiar.

In sensul Legii nr. 50/1991¹⁰, din raspunsul Autoritatii Contractante rezulta ca elaborarea Detaliilor de Executie revine in sarcina Antreprenorului, desi obiectul contractului nu include si componenta de proiectare.

In principiu, nu combatem posibilitatea Autoritatii contractante sa-si angajeze mai multi proiectanti pentru o singura lucrare, insa in considerarea necesitatii de a utiliza eficient fondurile publice in achizițiile publice, cata vreme detaliile de executie au fost elaborate deja

¹⁰ Conform Legii 50/1991:

Proiectul tehnic (P.Th.)

Documentația tehnico-economică - piese scrise și desenate -, elaborată în condițiile legii, care dezvoltă documentația tehnică - D.T., cu respectarea condițiilor impuse prin autorizația de construire, precum și prin avizele, acordurile și actul administrativ al autorității competente pentru protecția mediului, anexe la autorizația de construire.

Proiectul tehnic (P.Th.) cuprinde soluțiile tehnice și economice de realizare a obiectivului de investiții, pe baza căruia se execută lucrările de construcții autorizate.

Detalii de execuție (D.E.)

Documentații tehnice cuprinzând reprezentări grafice realizate la scările 1:2, 1:5, 1:10, 1:20 sau, după caz, la alte scări grafice, în funcție de necesitățile de redactare, precum și piese scrise pentru explicitarea reprezentărilor grafice, elaborate în baza proiectului tehnic și cu respectarea strictă a prevederilor acestuia, care detaliază soluțiile tehnice de alcătuire, asamblare, executare, montare și alte asemenea operațiuni, privind părți/elemente de construcție ori de instalații aferente acestora și care indică dimensiuni, materiale, tehnologii de execuție, precum și legături între elementele constructive structurale/nestructurale ale obiectivului de investiții.

Detaliile de execuție, elaborate în condițiile legii și verificate pentru cerințele esențiale de calitate în construcții de către verificatori de proiecte atestați în condițiile legii, detaliază proiectul tehnic, în vederea executării lucrărilor de construcții autorizate.

nu vedem niciun motiv pentru care ele sa nu fie incluse in Documentia de atribuire, astfel incat Antreprenorului sa nu-i revina obligatia elaborarii acestora.

Se impune, deci, eliminarea din continutul Documentatiei de atribuire a cerintelor referitoare la proiectarea de catre Antreprenor a unor parti din lucrari.

9. Referitor la solicitarea de remediere mentionata punctul 12 din Notificare – prezentarea explicita a modului in care Autoritatea contractanta solicita a se acorda garantia lucrarilor

Va solicitam sa constatati ca este cat se poate de ambiguu raspunsul Autoritatii Contractante, potrivit caruia:

«Conform prevederilor articolului II.1.10 Intretinerea drumurilor din Specificatiile tehnice pentru Articole Generale, Antreprenorul are obligatia sa intretina drumurile existente in timpul executiei atat pe perioada de iarna cat si pe perioada de vara.

Antreprenorul va aloci o suma forfetara in lista A pentru articolele GI08 si GI09 pentru lucrari de intretinere sezon iarna si sezon vara, in conformitate cu prevederile specificatiilor tehnice.

Drumurile aferente santierului precum si punctele de acces la santier de la limitele autostrazii dupa caz, vor fi intretinute de catre Antreprenor.»

Nu se precizeaza cu exactitate daca drumurile aferente santierului reprezinta strict drumurile tehnologice din interiorul santierului, parte a organizarii de santier, provizorii, executate de Antreprenor ca lucrari auxiliare in vederea executiei lucrarilor definitive, avand in vedere ca transportul materialelor la santier se va face inclusiv pe drumuri publice, fiind vorba in anumite cazuri de distante considerabile (aprovizionarea cu otel, agregate, etc), caz in care intretinerea acestor drumuri ar fi o obligatie deosebit de oneroasa pentru Antreprenor.

Din nou, apreciem ca sunt nesocotite prevederile art. 3 alin. (1) lit. (z) din Legea nr. 98/2016, care obliga Autoritatea contractanta la o informare corecta, completa si explicita a ofertantilor, motiv pentru care se impune obligarea acesteia la eliminarea/adaptarea/explicitarea acestei cerinte, in sensul limitarii notiunii in discutie doar la drumurile aflate in interiorul limitelor Santierului, asa cum este acesta definit prin conditiile de contract.

10. Referitor la solicitarile de remediere mentionate la punctele 13 si 14 din Notificare – prezentarea explicita a modului in care Autoritatea contractanta solicita a se acorda garantia lucrarilor, si respectiv Modificarea criteriului de evaluare referitor la Perioada de garantie a dispozitivelor de acoperire a rosturilor de dilatare, in sensul de a pune acest criteriu in concordanta cu Conditiiile Generale si Speciale

Din nou, raspunsul Autoritatii contractante este unul ambiguu, ce nesocoteste exigentele art. 3 alin. (1) lit. (z) din Legea nr. 98/2016. Ceea ce subscrisa a criticat prin Notificarea de remediere a fost, sub un prim aspect, imprejurarea ca in documentatia de atribuire nu se precizeaza cu exactitate lucrarile ce urmeaza a fi executate in perioada de notificare a defectiunilor, facandu-se trimitere inclusiv la lucrari de intretinere, iar sub un al doilea aspect, ca impunerea unei garantii extinse de produs pentru dispozitivele de acoperire a rosturilor de dilatare nu este dublata de o prevedere clara in documentatia de atribuire care sa excluda

orice legatura intre aceasta garantie de produs si garantia de buna executie la care antreprenorul este obligat.

Refuzul autoritatii contractante de a da curs Notificarii de remediere lasa loc arbitrariului in indeplinirea ulterioara a obligatiilor Autoritatii contractante legate de restituirea garantiei de buna executie.

Ca atare, se impune obligarea Autoritatii contractante la amendarea corespunzatoare a Documentatiei de atribuire.

III. In ceea ce priveste cererea de suspendare a procedurii de atribuire, va solicitam ca, in temeiul art. 22 din Legea nr. 101/2016, raportat la art. 14 din Legea nr. 554/2004 a contenciosului administrativ **sa dispuneti suspendarea procedurii de achizitie publica** organizata de Autoritatea contractanta in vederea atribuirii contractului de lucrari avand ca obiect „Realizarea Autostrazii Brasov- Targu Mures- Cluj- Oradea, Lotul 1: Targu Mures- Ungheni si Drum de legatura- relicitare”.

Va solicitam sa constatatati ca cererea de suspendare a procedurii contestate este intemeiata, si pe cale de consecinta sa o admiteti, fiind indeplinite conditiile cumulative prevazute de art. 22 din Legea nr. 101/2016.

Masura suspendarii procedurii de atribuire se impune a fi adoptata *in cazuri bine justificate si pentru prevenirea unei pagube iminente*.

Conform art. 14 alin. (1) lit. t) din Legea nr. 554/2004, prin *cazuri bine justificate* se inteleg “*imprejurarile legate de starea de fapt si de drept, care sunt de natura sa creeze o indoiala serioasa in privinta legalitatii actului administrativ*”. Pentru a verifica daca este respectata cerinta cazului bine justificat, Consiliul trebuie deci, fara a se pronunta efectiv asupra legalitatii actelor efectuate in cadrul procedurii de atribuire, sa verifice daca nu s-a produs un abuz din partea autoritatii sau o incalcare flagranta a legii.

In speta de fata doar verificand numai aparenta legalitatii documentatiei a carei remediere o solicitam, se poate constata cu usurinta ca rezulta o incalcare flagranta a legii de catre Autoritatea contractanta, prin impunerea unor cerinte abuzive ce contravin flagrant prevederilor Ordinului nr. 146/2011 – norma speciala in materia achizitiilor ce privesc obiective de investitii din domeniul infrastructurii rutiere de transport de interes national, finantate din fonduri publice.

Avand in vedere ca exista indicii temeinice cu privire la nelegalitatea adresei de raspuns la notificarea prealabila de remediere, suntem in prezenta unui caz bine justificat.

Paguba iminenta este justificata prin aceea ca, in lipsa unei asemenea masuri, pana la solutionarea contestatiei subscrisei, Autoritatea contractanta va continua procedura de atribuire, cu atribuirea in orice moment a contractului de achizitie publica, ceea ce ar duce la prejudicierea subscrisei cu valoarea pretului pe care l-am fi obtinut pentru lucrarile executate in ipoteza derularii procedurii in conditii de legalitate.

Fata de aceste motive, constatand ca sunt indeplinite conditiile impuse de lege, va solicitam sa dispuneti prin incheiere suspendarea Procedurii de atribuire pana la solutionarea fondului cauzei.

* *

*

Pentru toate considerentele expuse, va solicitam ca prin Decizia ce o veti pronunta sa dispuneti:

1. Suspendarea prin incheiere a Procedurii de atribuire pana la solutionarea fondului cauzei, in acord cu prevederile art. 22 din Legea 101/2016.
2. Pe fond, admiterea prezentei contestatii, astfel cum a fost formulata si anularea in parte a Adresei CNAIR nr. 70646/04.11.2016, cu consecinta obligarii Autoritatii contractante la adoptarea masurilor de remediere a documentatiei de atribuire, astfel cum au fost acestea solicitate prin notificarea prealabila a subscrisei (pct. 1-8 si 10-14) si reiterate in continutul prezentei contestatii.

In drept: art. 8 si urm., art. 22 din Legea nr. 101/19.05.2016 si textele legale indicate in cuprinsul contestatiei.

In probatiune, intelegem sa ne folosim de proba cu inscrisuri.

prin
reprezentata conventional