



Către:

CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

Adresa: Str. Stavropoleos nr. 6, Sector 3, București

Spre știință:

COMPANIA NAȚIONALĂ DE ADMINISTRARE A INFRASTRUCTURII RUTIERE S.A.

Adresa postală: BULEVARDUL DINICU GOLESCU NR 38, SECTOR 1, Localitatea: București, Cod postal: 010873

Telefon: +40 212643299, Fax: +40 212643298

Referitor: procedura de licitație pentru atribuirea contractului având ca obiect „Proiectare și execuție Largire la 4 benzi DN 7 Baldana - Titu km 30+950 - 52+350” inițiată prin publicarea în S.E.A.P. a anunțului de participare nr. 177596/27.07.2017.

Subiect: Contestație împotriva documentației de atribuire aferentă procedurii mai sus menționate.

Stimate Domnule Președinte,

Subserisa

cu sediul în

, având

, reprezentată prin _____, în calitate de operator economic interesat de participarea la procedura de atribuire având ca obiect „Proiectare și execuție Largire la 4 benzi DN 7 Baldana - Titu km 30+950 - 52+350”, inițiată prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr. 177596/27.07.2017,

în contradictoriu cu

C.N.A.I.R. S.A., cu sediul în BULEVARDUL DINICU GOLESCU NR 38, SECTOR 1, Localitatea: București, Cod postal: 010873, reprezentată legal prin dl. Ioniță Ștefan – Director General, în calitate de autoritate contractantă

în temeiul prevederilor art. 8 și următoarele din Legea 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, formulăm prezenta:

CONTESTAȚIE

Împotriva documentației de atribuire (fișa de date, model de acord contractual, cerințele Beneficiarului) aferentă procedurii organizată de către CNAIR având ca obiect „Proiectare și execuție Largire la 4 benzi DN 7 Baldana - Titu km 30+950 - 52+350” prin care solicităm Consiliului:

- (i) Să constate că sunt neclare/nelegale prevederile din documentația de atribuire, respectiv fișa de date, parte integrantă a documentației de atribuire, cu privire la criteriile de atribuire, respectiv Obținerea calificativului "buna" conform reglementarilor CD 155/ 2001 pentru capacitatea portanta, starea de degradare, planitatea și rugozitatea drumului la recepția finală a lucrării.
- (ii) 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.
- (iii) Să constate că sunt neclare/nelegale 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. Solicităm completarea articolului, în sensul menționării dreptului Antreprenorului la prelungirea duratei contractului în cazul reglementat.
- (iv) Să constate că sunt neclare/nelegale 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.
- (v) Să constate că sunt neclare/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.
- (vi) Să constate că sunt neclare/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.
- (vii) Să constate că sunt neclare/nelegale prevederile de la art. 13.3 din Acordul Contractual, care modifică art. 13.4 din condițiile speciale (ultimul paragraf), potrivit cărora: La propunerea Antreprenorului, Graficul de plăți se va putea actualiza după elaborarea Listelor de cantități, fără semnarea unui Act Adicional, 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 SCURTA DURATA, SIGURANTA CIRCULAȚIEI, SCURGEREA SI EVACUAREA APELOR, PODETE, DEZAFECTARI VARIANTE PROVIZORII, LUCRARI DE MEDIU, STRUCTURI, UTILITATI, VARIANTE DE CIRCULAȚIE PROVIZORII."
- (viii) Să constate că sunt neclare/nelegale prevederile din FDA care stipulează două clauze rezolutorii de împlinirea cărora depinde semnarea contractului de către ofertantul declarat câștigător.
- (ix) 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 conform criticilor supuse atenției la lit. (i), (ii), (iii), (iv), (v), (vi), (vii), (viii) de mai sus. În măsura în care la data soluționării prezentei contestații nu se vor putea dispune măsuri de remediere pe motiv că ofertele ar fi deschise, solicităm anularea procedurii de atribuire a contractului având ca obiect "Proiectare și execuție Largire la 4 benzi DN 7 Baldana - Titu km 30+950 - 52+350".

MOTIVELE CONTESTAȚIEI SUNT URMĂTOARELE:

Situația de fapt,

În data de 27.07.2017 s-a publicat în SEAP anunțului de participare nr. 177596/27.07.2017 având ca obiect licitația organizată de către Autoritatea Contractantă – CNAIR S.A. pentru atribuirea contractului de achiziție publică „Proiectare și execuție Largire la 4 benzi DN 7 Baldana - Titu km 30+950 - 52+350” (a se vedea Anexa nr. 1).

În fapt, societatea intenționează să participe la procedura de atribuire a contractului de achiziție publică având ca obiect *Proiectare și execuție Largire la 4 benzi DN 7 Baldana - Titu km 30+950 - 52+350*, organizată de către CNAIR, în calitate de autoritate contractantă.

Interesul societății de a formula prezenta contestație este reprezentant de faptul că intenționăm să participăm la procedura de atribuire a contractului mai sus enunțat. Or, fișa de date, acordul contractual și cerințele Beneficiarului puse la dispoziție de către autoritatea contractantă cuprind clauze nelegale care încalcă echilibrul contractual și descurajează participarea la procedurile de achiziție, astfel cum vom arăta în cele ce urmează.

În conformitate cu prevederile art. 6 și următoarele din Legea 101/2016, în data de 07.08.2017 am formulat și transmis către autoritatea contractantă Notificarea prealabilă nr. /07.08.2017 (a se vedea Anexa nr. 2) prin care am solicitat autorității contractante să dispună măsuri de remediere față de nelegalitățile invocate.

Autoritatea contractantă nu a răspuns la Notificarea prealabilă nr. /07.08.2017 transmisă de . în data de 07.08.2017.

Considerăm decizia autorității contractante de a nu adopta măsuri de remediere conform mențiunilor din notificarea prealabilă ca netemeinică și nelegală, astfel cum vom arăta în cele ce urmează:

Motivarea Contestației:

1. Referitor la neclaritatea/nelegalitatea prevederilor din documentația de atribuire, respectiv fișa de date, parte integrantă a documentației de atribuire, cu privire la criteriile de atribuire, respectiv Obținerea calificativului "buna" conform reglementărilor CD 155/ 2001 pentru capacitatea portanta, starea de degradare, planeitatea și rugozitatea drumului la recepția finală a lucrării.

Potrivit punctului IV.2.1) Criterii de atribuire din FDA:

5. Obținerea calificativului "buna" conform reglementărilor CD 155/ 2001 pentru capacitatea portanta, starea de degradare, planeitatea și rugozitatea drumului la recepția finală a lucrării.
Descriere: Autoritatea contractantă acorda punctaj pentru ofertantii care vor obține, la momentul recepției finale a lucrării, pentru capacitatea portanta, starea de degradare,

planeitatea si rugozitatea drumului a calificativului "buna" conform reglementarilor CD 155/2001.

Algoritm de calcul: Autoritatea contractanta acorda 8 puncte ofertantilor care au oferat in cadrul Propunerii Tehnice obtinerea la momentul receptiei finale a lucrarii, pentru capacitatea portanta, starea de degradare, planeitatea si rugozitatea drumului, a calificativului "buna" conform reglementarilor CD 155/2001.

Determinarea capacitatii portante, a starii de degradare, planeitatii si a rugozitatii drumului se va realiza in situ cu mijloace de mare randament nedistructive ale Beneficiarului in prezenta Antreprenorului pe sectoare omogene de 100 m.

Ofertantii vor prezenta in cadrul Propunerii Tehnice tipul materialelor avute in considerare precum si metodologia ce va fi utilizata la executia lucrarii in vederea atingerii calificativului "buna".

Nota: Ofertantul isi asuma faptul ca emiterea Certificatului de Receptie Finala este conditionata de obtinerea calificativului "buna" pentru parametrii mentionati mai sus si asumati de Ofertant.

Considerăm că acest factor de evaluare nu se aliniaza prevederilor Legii 98/2016 cu privire la factorii de evaluare. Potrivit art. 187 alin. 4: În sensul alin. (3) lit. c) și d), cel mai bun raport calitate - preț/calitate-cost se determină pe baza unor factori de evaluare care includ aspecte calitative, de mediu și/sau sociale, în legătură cu obiectul contractului de achiziție publică/acordului- cadru.

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

a) calitatea, inclusiv avantajele tehnice, caracteristicile estetice și funcționale, accesibilitatea, conceptul de proiectare pentru toți utilizatorii, caracteristicile sociale, de mediu și inovatoare și comercializarea și condițiile acestora;

b) organizarea, calificarea și experiența 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, asistența tehnică și condițiile de livrare, cum ar fi data livrării, procesul de livrare și termenul de livrare sau de finalizare.

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

Factorul de evaluare în discuție nu prezintă relevanță în condițiile în care pentru a obține acest calificativ (starea de degradare, planeitatea si rugozitatea drumului) după 5 ani sub trafic, trebuie refăcut stratul de uzură, ceea ce Autoritatea Contractanta solicită deja la un alt factor de evaluare din FDA, respectiv : 4. Perioada de garantie a lucrarilor si schimbarea stratului de uzura .

Facem trimitere în acest sens și la prevederile art. 32 alin. 8 din HG 395/2016 :

(8) Atunci când stabilește factorii de evaluare a ofertelor, autoritatea contractantă nu are dreptul de a utiliza factori care:

a) nu au o legătură directă cu natura și obiectul contractului de achiziție publică ce urmează să fie atribuit;

b) nu reflectă un avantaj pe care autoritatea contractantă îl poate obține prin utilizarea factorului de evaluare respectiv.

Astfel, considerăm că factorul de evaluare în discuție nu reflectă un avantaj pentru autoritatea contractantă și nici nu ajută la crearea unor diferențieri competiționale între ofertanți, din moment ce punctajul se va acorda prin simplul fapt al declarării de către ofertanți că vor obține calificativul ~buna~ la receptia finala. Simpla asumarea de către antreprenor a utilizării în execuție a unor materiale (chiar și superioare calitativ față de cerințele minime ale documentației)

nu poate constitui automat un avantaj calitativ pentru autoritatea contractantă, în sensul criteriului raport calitate/preț.

În plus, având în vedere că factorul de evaluare în discuție implică practic o declarație/un angajament cerut ofertanților, se impune clarificarea consecințelor pe care le implică situația în care executantul nu obține calificativului *bună* la recepția finală.

Mai mult decât atât, factorul de evaluare utilizat în cadrul criteriilor de atribuire, respectiv obținerea calificativului „bună” este nerelevant, nelegal și subiectiv și din considerente legate de:

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

2. Referitor la nelegalitatea mențiunilor din cerințele Beneficiarului cu privire la neasumarea de către Beneficiar a datelor din documentația tehnică puse la dispoziție de către Beneficiar.

2.1 Potrivit art. 3.1.14.4 din Cerințele Beneficiarului [a se vedea Anexa nr. 3]:

În vederea întocmirii studiului Geotehnic, Antreprenorul poate prelua toate datele pe care le consideră a fi corecte/valabile, din documentația tehnică pusă la dispoziție. Datele puse la dispoziție vor fi confirmate prin executare de foraje/sondaje de confirmare, fundamentate ca număr. Acestea vor fi incluse în cadrul studiului geotehnic, iar în urma includerii informației geotehnice va fi asumată de către Antreprenor.

Supunem atenției faptul că la momentul întocmirii ofertelor ofertanții nu au la dispoziție decât informațiile puse la dispoziție 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 dispoziția Antreprenorului. În concluzie se impune modificarea articolului în sensul că răspunderea pentru documentele furnizate revine Beneficiarului.

2.2 Potrivit art. 3.3 din Cerințele Beneficiarului [a se vedea Anexa nr. 4]:

3.3.1 Antreprenorului îi vor fi furnizate spre știință și utilizare în cadrul Proiectului, date relevante referitoare la șantier sub denumirea de date din documentele contractuale. Aceste date includ, dar fără a se limita la acestea, date referitoare la șantier la care se face referire în sub clauza 4.10 [informații despre șantier] din Condițiile Contractului.

3.3.2 Antreprenorul va confirma exactitatea datelor, le va actualiza și completa și își va asuma responsabilitatea și răspunderea pentru respectarea tuturor cerințelor de proiectare impuse de beneficiar care vor fi incluse în cadrul proiectului său sau folosite în execuția lucrărilor.

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

- a) *Documentația tehnică;*
- b) *Studii topografice;*

- c) *Studiu geotehnic;*
- d) *Acordul de mediu cu toate componentele sale;*
- e) *Avizele și acordurile obținute.*

Considerăm abuzivă solicitarea de asumare de către antreprenor a exactității documentelor puse la dispoziție de către Beneficiar. Clauzele în forma propusă exonerează Beneficiarul de orice răspundere cu privire la documentele puse la dispoziție de către acesta, fapt ce reprezintă o încălcare a principiului asumării răspunderii reglementat de art. 2 alin. 2 din Legea 98/2016.

În atare context, considerăm că se impune adoptarea unor măsuri de remediere în sensul menționării că autoritatea contractantă este responsabilă de documentele puse la dispoziția Antreprenorului.

2.3 Potrivit art. 7.2.1 din Cerințele Beneficiarului: *Corectitudinea datelor furnizate de către Beneficiar reprezintă un risc pentru Antreprenor, acesta fiind responsabil pentru utilizarea acestor date în proiectul său și pentru executarea lucrărilor aferente utilităților. [a se vedea Anexa nr. 5]*

Pentru aceleași motive menționate mai sus și în virtutea principiului asumării răspunderii se impune eliminarea acestui articol cu privire la asumarea de către Antreprenor a corectitudinii informațiilor furnizate de către Beneficiar cu privire la utilități.

Mai mult, potrivit art. 7.2.2 din Cerințele Beneficiarului: *Antreprenorul va efectua o inspecție detaliată a șantierului pentru a identifica poziția exactă a utilităților care vor fi afectate de lucrări. Toate aceste utilități vor fi incluse în schitele de proiectare ce vor fi incluse în documentele antreprenorului, conform punctului 3.7 și Condițiile contractului. [a se vedea Anexa nr. 5]*

Având în vedere că suntem în faza de depunere a ofertelor ofertantii nu au cum să identifice rețelele, să propună deținătorilor o soluție de mutare/protejare, să obțină un aviz de principiu al soluției, să cificeze soluția și apoi să o introducă în ofertă.

Ofertantul castigator (Antreprenorul) va efectua investigații după semnarea contractului. Practic nu are cum să estimeze o valoare pentru devierea/protejarea utilitatilor la momentul depunerii ofertei, altfel decat pe baza documentelor puse la dispoziție de către autoritate.

3. Referitor la prevederile de la art. 7.4.3 Cerințele Beneficiarului care nu menționează îndreptățirea Antreprenorului de a solicita și prelungirea duratei contractului în caz de relocare a utilităților. Solicităm completarea articolului, în sensul menționării dreptului Antreprenorului la prelungirea duratei contractului în cazul reglementat.

Potrivit art. 7.4.3 din Cerințele Beneficiarului : *[a se vedea Anexa nr. 6]*

În cazul în care este necesară relocarea utilităților în afara Șantierului, Antreprenorul va

- *fi responsabil pentru toate operațiunile de identificare a proprietarilor*
- *fi responsabil cu obținerea avizelor, autorizațiilor pentru executarea acestor lucrări ;*
- *suporta toate costurile aferente cu excepția achiziției terenului.*

Considerăm 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.*

Accasta întrucât, relocarea utilităților presupune exproprieri suplimentare care durează foarte mult (chiar mai mult de un an de zile). În tot timpul până la exproprierea terenurilor, utilitățile nu pot fi relocate și nici nu se pot executa lucrările permanente blocate de rețea. În mod evident aceasta presupune o decalare în timp a lucrărilor din cauze neimputabile executantului, sens în care acesta este îndreptățit la o prelungire corespunzătoare a duratei de execuție a lucrărilor. Obținerea terenurilor suplimentare implică acțiuni/proceduri asupra cărora Antreprenorul nu are controlul, în sensul că obținerea exproprierilor suplimentare implică avize/autorizații/contracte etc. încheiate/emanate de la terți, iar durata acestora nu poate fi asumată/anticipată de către Antreprenor.

4. Referitor la nelegalitatea prevederilor 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.

Potrivit art. 7.6.8 din Cerințele Beneficiarului: *În cazul 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, acesta va informa imediat Reprezentantul Beneficiarului. Antreprenorul va contacta imediat proprietarul Utilității și alte autorități responsabile. Antreprenorul se va ocupa de proiect, obținerea acordurilor și estimărilor de cost necesare pentru lucrările de utilități care vor fi efectuate fie de Antreprenor, sub supravegherea proprietarului Utilității, fie de către subcontractor specializat autorizat de deținătorul Utilității, în orice situație cheltuielile vor fi suportate de către Antreprenor. (a se vedea Anexa nr. 7).*

Suportarea de către Antreprenor a costurilor pe care le implică situația reglementată de art. 7.6.8 este abuzivă și reprezintă o îmbogățire fără justă cauză din partea Beneficiarului, în contextul în care de aceste lucrări nu beneficiază Antreprenorul.

Obligația esențială a Antreprenorului este de execuție a obiectului contractului în schimbul unui preț pe care Beneficiarul trebuie să-l suporte. Mai mult, lucrările în discuție nu pot fi nici imputabile Antreprenorului, acesta nu este responsabil de apariția unor situații care nu au putut fi prevăzute în stadiul ofertei, astfel încât costurile implicate de lucrările la utilități să poată fi inserate de la început în oferta financiară.

În consecință, considerăm 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.*

Invocăm în acest sens și principiul asumării răspunderii reglementat de art. 2 alin. 2 din Legea 98/2016.

5. Referitor la nelegalitatea prevederilor 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 costurile menționate în ofertă de către Antreprenor conform standardelor și normativelor în vigoare privind siguranța rutieră.

Potrivit art. 3.1.5 din Cerințele Beneficiarului: *Antreprenorul se va asigura că toate cerințele Auditului de siguranță rutieră descris în capitolul 8 vor fi implementate pe toată perioada de derulare a contractului. (a se vedea Anexa nr. 8)*

Potrivit art. 8.3.4 : *Antreprenorul va fi responsabil de implementarea măsurilor ce se impun în vederea asigurării condițiilor impuse în Raportul de ASR, efectuat în diverse etape ale proiectului, până la finalizarea perioadei de garanție a lucrărilor. (a se vedea Anexa nr. 8)*

Articolele de mai sus nu menționează cine va suporta eventualele costuri suplimentare generate de cerințele ASR, care ar fi suplimentare față de cele rezultate conform standardelor și normativelor în vigoare.

Reamintim că, ofertanții vor include în ofertă o estimare a costurilor cu siguranța rutieră, costurile estimate fiind cele rezultate din respectarea cerințelor standardelor și normativelor în vigoare. Este posibil ca ASR să aibă cerințe suplimentare, care să genereze costuri suplimentare ce nu pot fi anticipate de către Antreprenor la momentul întocmirii ofertei. În această situație eventualele costuri suplimentare generate de îndeplinirea cerințelor ASR nu pot fi imputate executantului, întrucât nu puteau fi cunoscute la momentul ofertării.

În consecință, apreciem că se impune completarea art. 8.3.4 cu următoarele prevederi: *În măsura în care cerințele ASR vor genera costuri suplimentare față de cele oferite de către Antreprenor conform standardelor și normativelor în vigoare privind siguranța rutieră, aceste costuri suplimentare vor fi suportate de către Beneficiar.*

6. Referitor 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 de identificarea/delimitarea/evaluarea cronată a siturilor arheologice.

Potrivit prevederilor de la art. 12.1 din Cerințele Beneficiarului: Riscuri:

Antreprenorul va fi responsabil de gestionarea următoarelor riscuri (...)

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

- Riscul identificării/delimitării/evaluării eronate a siturilor arheologice care poate conduce la întârzieri și costuri suplimentare în realizarea proiectului de infrastructură. Riscul va fi asumat atât de către antreprenor, cât și de instituția de profil muzeal, de cercetare sau de învățământ superior care a fost stabilită ca executant al acestor servicii. (a se vedea Anexa nr. 9).

Cerințele de mai sus sunt excesive și disproporționate, în contextul în care executantul nu poate să anticipeze costurile suplimentare sau întârzierile pe care le-ar putea genera situațiile reglementate mai sus, acestea având caracter neprevăzut.

În plus, din analiza clauzei în discuție rezultă clar că acestea vizează situații de prelungire a duratei de execuție care ar putea surveni din cauze neimputabile executantului – descoperirea unor situri arheologice.

În virtutea răspunderii contractuale și a principiului asumării răspunderii reglementat de art. 2 alin. 2 din Legea 98/2016, Antreprenorul este îndreptățit și la recuperarea eventualelor costuri suplimentare suferite pentru gestionarea situațiilor reglementate, precum și la prelungirea corespunzătoare a duratei contractului, sens în care considerăm că se impune eliminarea riscurilor supuse atenției.

Articolele în forma actuală încalcă principiile egalității de tratament, proporționalității și asumării răspunderii reglementate de către art 2 alin. 2 din Legea 98/2016, precum și echilibrul contractual, punând executantul în situația de a-și asuma niște costuri/întârzieri neimputabile, pe care nici măcar nu le poate aprecia la momentul semnării contractului.

Pentru restabilirea echilibrului contractual și pentru respectarea principiilor proporționalității și egalității de tratament, considerăm 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.

7. Referitor la nelegalitatea prevederilor de la art. 13.3 din Acordul Contractual (ultimul paragraf), care modifică art. 13.4 din condițiile speciale potrivit cărora: *La propunerea Antreprenorului, Graficul de plăți se va putea actualiza după elaborarea Listelor de cantități, fara semnarea unui Act Aditional, cu conditia incadrarii in valoarea de contract acceptata si in valoarea aferenta fiecarei categorii de lucrari in parte asa cum a fost aceasta definita in Graficul de plăți, respectiv: DRUM, INTERSECTII CU DRUMURI CLASIFICATE, PARCARE DE SCURTA DURATA, SIGURANTA CIRCULATIEI, SCURGEREA SI EVACUAREA APELOR, PODETE, DEZAFECTARI VARIANTE PROVIZORII, LUCRARI DE MEDIU, STRUCTURI, UTILITATI, VARIANTE DE CIRCULATIE PROVIZORII.* [a se vedea Anexa nr. 10].

Având în vedere 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 (de ex: costuri generate de noi cerințe pentru lucrări de mediu, noi cerințe pentru siguranța circulației etc.) prin restricțiile impuse de art. 13.4, modificat prin acordul contractual, am fi 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 atare context, considerăm că se impune modificarea paragrafului în discuție după cum urmează: *La propunerea Antreprenorului, Graficul de plăți se va putea actualiza după elaborarea Listelor de cantități, fara semnarea unui Act Aditional, cu conditia incadrarii in valoarea de contract acceptata.*

Nu este justificată condiția de a se respecta valoarea aferentă fiecărei categorii de lucrări în parte, atâta timp cât se respectă valoarea de contract acceptată.

Paragraful în discuție impune o restricție nejustificată în raport de obiectul contractului, sens în care se impune reformarea conform celor mai sus menționate.

Mai mult, listele de cantități din ofertă sunt estimative, fiind efectuate pe baza unui proiect orientativ, soluțiile tehnice prezentate în licitație reprezintă, în esență, baza pentru elaborarea proiectului tehnic.

Proiectul tehnic trebuie să respecte soluțiile din studiul de fezabilitate, iar listele de cantități întocmite după elaborarea proiectului tehnic reprezintă baza decontării lucrărilor după elaborarea proiectului. Astfel, încadrarea în valoarea aferentă categoriilor de lucrări din liste de cantități 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 își asumă responsabilitatea elaborării proiectului tehnic și este necesar să i se acorde libertate proiectantului să stabilească un P.T. în acord cu realitatea din teren.

8. Referitor la nelegalitatea prevederilor din FDA care stipulează două clauze rezolutorii de împlinirea cărora depinde semnarea contractului de către ofertantul declarat câștigător:

Potrivit prevederilor din FDA de la punctul IV.4.3) Modul de prezentare a ofertei

(...)

10. Semnarea contractului

(...)

Procedura de atribuire este inițiată sub incidența următoarelor clauze rezolutorii:

CLAUZA REZOLUTORIE 1: *Incheierea contractului de achiziție publică 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 intra 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.*

Potrivit art. 212 lit. c din Legea 98/2016:

Art. 212. - (1) *Autoritatea contractantă are obligația de a anula procedura de atribuire a contractului de achiziție publică/acordului-cadru în următoarele cazuri:*

- a) dacă nu a fost depusă nicio ofertă/solicitare de participare sau dacă nu a fost depusă nicio ofertă admisibilă;*
- b) dacă au fost depuse oferte admisibile care nu pot fi comparate din cauza modului neuniform de abordare a soluțiilor tehnice și/ori financiare;*
- c) dacă încălcări ale prevederilor legale afectează procedura de atribuire sau dacă este imposibilă încheierea contractului;*

Autoritatea contractantă se prevalează de prevederile de la art. 212 lit. c) în a-și justifica o eventuală nesemnare a contractului cu ofertantul declarat câștigător prin inserarea unor clauze rezolutorii care din modul de formulare reliefează clar încălcarea deja de către AC a prevederilor legale care afectează procedura de atribuire și care creează incidența cazului de anulare de la art. 212 lit. c).

Spunem aceasta întrucât, autoritatea încalcă din start prevederile legale prin scoaterea la licitație a proiectului fără ca indicatorii tehnico-economici să fie aprobați de Guvern. Or, obligația de a obține aprobarea indicatorilor tehnico - economici revine Achizitorului conform legii finanțelor publice nr. 500/2002.

Aceeași situație este și în cazul condiționării semnării contractului de obținerea/aprobarea finanțării. Și această obligație este tot în patromoniul achizitorului. De asemenea, în aceeași ordine de idei, există un punct de vedere al ANRMAP/ANAP publicat în data de 07.05.2012 pe site-ul oficial al acestei instituții, potrivit căruia *înainte de a demara o procedură pentru atribuirea unui contract de achiziție publică, autoritatea contractantă trebuie să fie în măsură să identifice oportunitățile de finanțare pentru îndeplinirea în bune condiții a respectivului contract, oportunități traduse prin certitudinea existenței, la momentul încheierii contractului, a sumelor necesare pentru executarea obligațiilor de plată asumate prin contractul respectiv.* În atare condiții, mențiunile din fișa de date nu sunt legale, atâta timp cât existența surselor de finanțare trebuie să fie o certitudine.

În consecință, prin cele două clauze rezolutorii autoritatea contractantă își invocă practic propria culpă în caz de nesemnare a contractului și anulare a procedurii, atâta timp cât, atât obligația de a obține finanțarea, cât și obligația de a obține actualizarea indicatorilor tehnico economici sunt în sarcina achizitorului.

Este încălcat astfel principiul de drept *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans*, potrivit căruia nimeni nu poate să obțină foloase invocând propria sa vină, încorectitudine, necinste, și nici să se apere valorificând un asemenea temel.

Mai mult decât atât, condiția din FDA, deși denumită "clauză rezolutorie", ea este în realitate una suspensivă pentru că, de îndeplinirea ei, depinde încheierea/atribuirea înseși a Contractului. Aceasta face să fie o condiție pur potestativă mixtă care o lipsește de efecte juridice în temeiul art. 1403 Cod Civil¹. De asemenea, motivarea acestor așa numite "clauze rezolutorii" le conferă valoarea juridică a unor veritabile *jocandi causa*, sub aspectul nescrizității consimțământului autorității contractante, ceea ce, în egală măsură, duce la anularea lor, în temeiul dispozițiilor art. 1204² coroborat cu art. 1252³ Cod Civil.

Sunt încălcate în egală măsură și fără putință de tăgadă și normele legale care reglementează buna credință ca o obligație a părților în formarea contractului, norme cuprinse în dispozițiile art. 1183 alin. (3)⁴ din Codul Civil, dar mai ales cele referitoare la Oferta de a contracta reglementate de art. 1188 alin. (1)⁵ Cod Civil.

Precizăm că, alături de legea specială a achizițiilor publice, sunt aplicabile și dispozițiile Codului Civil, dreptul comun în materie, care, prin textele invocate mai sus, nu contravine legii speciale ci vine să completeze cadrul de aplicare *lato sensu*.

Este încălcat totodată, și principiul asumării răspunderii reglementat de art. 2 alin. 2 din Legea 98/2016.

Un alt aspect relevant în sensul celor de mai sus constă în faptul că operatorii economici antamează cheltuieli importante pentru participarea la procedura de atribuire, iar anularea acestora pentru motive imputabile în fapt autorității contractante este de natură a prejudicia operatorii economici.

În consecință, clauzele rezolutorii în discuție (n.n. suspensive în calificarea lor juridică pentru atribuirea/încheierea contractului) sunt nule sub incidența art. 1403 Cod civil anulabile potrivit art. 1204 coroborat cu art. 1252 Cod Civil, a art. 1183 alin. (3) Cod Civil și a art. 1188 alin. (1) și abuzive în temeiul dispozițiilor art. 2 alin. 2 din Legea 98/2016, sens în care considerăm că se eliminarea acestora din FDA.

ÎN CONCLUZIE

Pentru toate aceste considerente, pentru a se asigura echilibrul contractual între obligațiile ce revin executantului și achizitorului, precum și pentru corelarea lor cu dispozițiile legale în vigoare, se impune revizuirea documentației de atribuire conform celor supuse atenției prin prezenta contestație.

Pe de altă parte, în acest fel se elimină efectul descurajator pe care îl au clauzele examinate asupra potențialilor ofertanți în a participa la licitație, respectiv se dă eficiență principiului concurenței

¹ Art. 1403 Cod Civil: *Condiția pur potestativă. Obligația contractată sub o condiție suspensivă ce depinde exclusiv de voința debitorului nu produce nici un efect.*

² Art. 1204 Cod Civil: *Valabilitatea Consimțământului. Condiții. Consimțământul părților trebuie să fie serios....*

³ Art. 1252 Cod Civil: *Prezumția de nulitate relativă. În cazurile în care natura nulității nu este determinată ori nu reiese în chip neîndoielnic, contractul este anulabil.*

⁴ Art. 1183 alin. (3) Cod Civil: *Este contrară exigențelor bunei credințe, între altele, conduita părții care înfișază sau continuă negocieri fără intenția de a încheia contractul.*

⁵ Art. 1188 alin. (1) Cod Civil: *O propunere constituie ofertă de a contracta dacă aceasta conține suficiente elemente pentru formarea contractului și exprimă intenția ofertantului de a se obliga în cazul acceptării ei de către destinatar.*

reale (deschiderea pieței), interesul legiutorului și al oricărei autorități contractante trebuind să fie acela ca la procedură să participe cât mai mulți operatori economici, dintre ofertele cărora să fie aleasă cea care răspunde cel mai bine necesităților autorității

Pe cale de consecință, solicităm onoratului Consiliu să admită contestația noastră și să dispună măsuri de remediere constând din obligarea autorității contractante la modificarea documentației de atribuire conform celor supuse atenției prin prezenta contestație. În măsura în care la data soluționării prezentei contestații nu se vor putea dispune măsuri de remediere pe motiv că ofertele ar fi deschise, solicităm anularea procedurii de atribuire a contractului având ca obiect "Proiectare și execuție Lărgire la 4 benzi DN 7 Baldana - Titu km 30+950 - 52+350".

Proba înțelegem să o facem cu înscrisurile atașate prezentei, cu înscrisurile existente la dosarul achiziției publice, dar și orice alte probe reieșind ca necesare pe parcursul procedurii de soluționare a contestației.

Solicităm totodată, ca onoratul Consiliu să ne permită accesul la dosarul cauzei pentru a ne putea procura probele de natură a demonstra dincolo de orice dubiu temeinicia criticilor formulate pe parcursul prezentei.

Făcând trimitere la data la care Autoritatea contractantă trebuie să răspundă la notificarea prealabilă - respectiv 10.08.2017, prin raportare la valoarea estimată a contractului și la termenul de 10 zile prevăzut de art. 8 și următoarele din Legea 101/2016, solicităm Consiliului să constate că data depunerii prezentei contestații se încadrează în termenul legal stabilit de legiutor.

În drept, invocăm dispozițiile Legii 101/2016, Legii 98/2016 și a HG 395/2016.

Anexe:

- Anexa nr. 1 – Anunț de participare și fișă de date;
- Anexa nr. 2 - Notificarea prealabilă nr. 1/07.08.2017 și dovezi de comunicare către AC.
- Anexa nr. 3 – Extras din Cerintele Beneficiarului (art. 3.1.14.4)
- Anexa nr. 4 - Extras din Cerintele Beneficiarului (art. 3.3)
- Anexa nr. 5 - Extras din Cerintele Beneficiarului (art. 7.2.1 și 7.2.2)
- Anexa nr. 6 - Extras din Cerintele Beneficiarului (art. 7.4.3)
- Anexa nr. 7 - Extras din Cerintele Beneficiarului (art. 7.6.8)
- Anexa nr. 8 - Extras din Cerintele Beneficiarului (art. 3.1.5 și 8.3.4)
- Anexa nr. 9 - Extras din Cerintele Beneficiarului (art. 12.1)
- Anexa nr. 10 – Acord Contractual.

Cu stima,