Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor

Str. Stavropoleos nr. 6, sector 3, București, 030084

office@cnsc.ro

Fax +40 213104742

Referitor la: procedura de achiziție publică pentru *„Consolidarea terenului de fundare aferent sectorului Estic al Variantei de Ocolire Tg. Jiu"*, număr anunț 178160/18.08.2017

Compania Națională de Administrare a Infrastructurii Rutiere - S.A.
07 SEP. 2017
Nr. înregistrare 92/ 67257

Domnule Președinte,

Subscrisa, (în continuare, ***„Contestatoarea"***), societate cu sediul în str. nr. , , , , , având codul de identificare fiscală , reprezentată legal prin , în calitate de administrator, tel. , cu sediul ales pentru comunicarea actelor de procedura in , bl.: , sc. , et. , ap. , sector .

Cu privire la procedura de achiziție publică pentru contractul cu denumirea *„Consolidarea terenului de fundare aferent sectorului Estic al Variantei de Ocolire Tg. Jiu"* (număr anunț 178160/18.08.2017, licitație deschisă sau restrânsă care se va desfășura prin mijloace electronice), desfășurată de către Compania Națională de Administrare a Infrastructurii Rutiere (în continuare, „Autoritatea contractantă", „Beneficiarul sau „CNAIR"), cu sediul în Bd. Dinicu Golescu nr. 38, sector 1, București, 010873,

În temeiul art. 8 și urm. 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 lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor (în continuare, „Legea nr. 101/2016"),

Formulăm prezenta,

CONTESTAȚIE ȘI CERERE DE SUSPENDARE A PROCEDURII DE ATRIBUIRE

Prin care solicităm CNSC să dispună:

1. Cu titlul de măsuri de remediere:
   a. Eliminarea art. 8 din Acordul contractual, prin care este modificată Sub-clauza 3.5 [Stabilirea Modului de Soluționare] din Condițiile Speciale ale Contractului;
   b. Eliminarea art. 16 din Acordul contractual, prin care este modificată Sub-clauza 11.9 [Procesul-verbal de Recepție Finală] din Condițiile Speciale ale Contractului;
   c. Eliminarea art. 20.2 din Acordul contractual, prin care este modificată implicit clauza 14.7 din Condițiile Speciale ale Contractului;

d. Eliminarea art. 23 și 24 din Acordul contractual, prin care este este modificată Clauza 20 [Revendicări, Dispute și Arbitraj] din Condițiile Speciale ale Contractului;
e. Eliminarea art. 28.2 din Acordul contractual, care instituie un caz de denunțare unilaterală a Contractului;
f. Dispunerea modificării prevederilor din Anexa la Ofertă (anexa nr. 1 la formularul nr. 7) în ceea ce privește penalitățile stipulate în legătură cu Sub-clauzele 4.17, 4.23, 6.1, 11.1 din contract, în sensul reducerii acestor penalități;
g. Dispunerea modificării prevederilor din Anexa la Ofertă (anexa nr. 1 la formularul nr. 7) în ceea ce privește valoarea minimă a certificatului interimar de plată, la care se referă Sub-clauza 14.6 din Condițiile Speciale ale Contractului;
h. Eliminarea cerinței nr. 2 din Fișa de Date a Achiziției.
i. Dispunerea modificării Sub-clauzei 8.1 din Condițiile Speciale în sensul diminuării perioadei în care se poate emite ordinul de începere a lucrărilor.

2. Suspendarea procedurii de atribuire până la soluționarea prezentei contestații.

Mentionam ca a anterior depunerii prezentei contestatii, am formulat notificare prealabila catre autoritatea contractanta in data de 23.08.2017, la care nu am primit nici un raspuns in termenul de 3 zile prevazut de art.6 (4) din legea 101/2016.

În continuare, după o scurtă prezentare a contextului procedurii de achiziție publică, a prevederilor atacate din cadrul documentației de atribuire (***secțiunea I***) și a interesului subscrisei (***secțiunea a II-a***) în formularea contestației vom arăta motivele pe care se întemeiază contestația (***secțiunea a III-a***).

I. Procedura de achiziție publică vizată de contestație, prevederile atacate și interesul subscrisei

1. Procedura vizată de prezenta contestație are ca obiect contractul intitulat *„Consolidarea terenului de fundare aferent sectorului Estic al Variantei de Ocolire Tg. Jiu"*. Anunțul de participare a fost publicat sub nr. 178160, în data de 18.08.2017, iar termenul limită pentru depunerea ofertelor este 21.09.2017 [punctul IV.3.4) din anunț].

2. Conform pct. II.1.5 [Descrierea succintă a contractului sau a achiziției/achizițiilor], Contractul preconizat este bazat pe „Condițiile contractului pentru clădiri și lucrări inginerești proiectate de către beneficiar" (Cartea Roșie FIDIC). În dreptul român, aceste condiții contractuale au fost adoptate, cu caracter obligatoriu, prin:
   i. Hotărârea Guvernului nr. 1405 din 28 decembrie 2010 privind aprobarea utilizării unor condiții contractuale ale Federației Internaționale a Inginerilor Consultanți în Domeniul Construcțiilor (FIDIC) pentru obiective de investiții din domeniul infrastructurii de transport de interes național, finanțate din fonduri publice (anexa nr. 2) (în continuare, ***„HG nr. 1405/2010"***);
   ii. Ordinul ministrului transporturilor nr. 146 din 1 martie 2011 privind aprobarea condițiilor contractuale speciale ale contractelor pentru echipamente și construcții, inclusiv proiectare, și ale contractelor pentru construcții clădiri și lucrări inginerești proiectate de către beneficiar ale Federației Internaționale a Inginerilor Consultanți în Domeniul Construcțiilor (FIDIC), pentru obiective din domeniul infrastructurii rutiere de transport de interes național, finanțate din fonduri publice (în continuare, ***„Ordinul nr. 146/2011"***).

3. Prezenta contestație vizează, în cadrul documentației de atribuire, o serie de prevederi care, încălcând reglementările legale aplicabile – în special Legile nr. 98/2016 și 101/2016, HG nr. 1405/2010 și Ordinul nr. 146/2011 – sunt prejudiciabile pentru entitățile interesate să participe în procedura de achiziții publice, inclusiv pentru subscrisa.

4. Astfel, ***în primul rând***, art. 8 din Acordul contractual modifică în mai multe privințe Sub-clauza 3.5 [Stabilirea Modului de Soluționare] din Condițiile Speciale ale Contractului: ***(i)*** atribuie Inginerului rolul care, conform Condițiilor Speciale aprobate prin Ordinul nr. 146/2011 și Condițiilor Generale aprobate prin HG nr. 1405/2010, revine Comisiei de Adjudecare a Disputelor; ***(ii)*** prevede termene convenționale de decădere din drepturile decurgând din Contract, excesiv de scurte (42 de zile), încălcând HG nr. 1405/2010 și Ordinul nr. 146/2011, și restricționând nepermis accesul la justiție al antreprenorului; ***(iii)*** înlătură competența tribunalului arbitral și o înlocuiește cu competența exclusivă a instanțelor de contencios administrativ, contrar HG nr. 1405/2010, Ordinului nr. 146/2011 și mai multor reglementări primare care garantează investitorilor dreptul de opțiune între instanțele de drept comun și arbitraj.

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

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

7. ***În al patrulea rând***, art. 23 și 24 modifică Sub-clauza 20.1 din Condițiile Speciale ale Contractului și, sub aparența unei modificări, suprimă Sub-clauzele 20.2-20.8, eliminând, din mecanismul de soluționare a disputelor, Comisia de Adjudecare a Disputelor și tribunalul arbitral, și prevăzând competența exclusivă a instanțelor de contencios administrativ și fiscal. Aceste prevederi sunt, astfel, nevalabile pentru motivele deja amintite în cazul art. 8 din Acordul contractual [paragraful 4 de mai sus].

8. ***În al cincilea rând***, art. 28.2 din Acordul contractual cuprinde un caz de denunțare a contractului inexistent în condițiile contractuale aprobate prin HG nr. 1405/2010 sau prin Ordinul nr. 146/2011. Prin această prevedere, Beneficiarului i se conferă dreptul de a denunța unilateral contractul pentru simplul motiv că a fost sistată alocarea resurselor financiare. Potrivit art. 28.3 din Acordul contractual, în această ipoteză de denunțare a contractului, Antreprenorul are dreptul numai la plata corespunzătoarea părții din contract deja îndeplinite până la data denunțării unilaterale, fără a putea

solicita daune-interese. Or, condițiile contractuale aprobate prin HG nr. 1405/2010 și prin Ordinul nr. 146/2011 prevăd obligația beneficiarului de plată a prețului – în special în Clauza 14 – fără a permite exonerarea Beneficiarului de această obligație sub motiv că se sistează alocarea resurselor financiare. Ca atare, Beneficiarul are obligația de a-și asigura finanțarea, concluzie care, de altfel, rezultă și din reglementările legale privind execuția bugetară (Legea nr. 500/2002 și Normele metodologice aprobate prin Ordinul ministrului finanțelor publice nr. 1792/2002).

9. ***În al șaselea rând***, în Anexa la Ofertă (anexa nr. 1 la formularul nr. 7), prevederile în legătură cu Sub-clauzele 4.17, 4.23, 6.1, 11.1 cuprind penalități excesive: 1,500 de lei pentru fiecare zi de întârziere în mobilizarea utilajelor, începând cu a șasea zi de la data transmiterii Ordinului de mobilizare; 10,000 de lei pentru fiecare zi de întârziere în degajarea șantierului de obstacole inutile; 1,500 de lei pentru fiecare zi de întârziere în mobilizarea personalului, începând cu a șasea zi de la data transmiterii Ordinului de mobilizare; 40,000 de lei pentru fiecare persoană înlocuită din categoria personalului-cheie; 4,000 de lei pe zi pentru întârzierea în actualizarea programului de execuție; și 100,000 de lei pe zi pentru întârzierea în remedierea defectelor. Prin cuantumul penalitățile prevăzute, aceste clauze contravin art. 49 și 50 din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, excluzând din procedură Antreprenori de mici dimensiuni. De asemenea, stipularea acestora penalități excesive ar fi nevalabilă pentru obiect ilicit în condițiille Codului civil.

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

11. ***În al optulea rând***, cerința nr. 2 din Fișa de Date a Achiziției (pagina 8) prevede că „[o]fertantul trebuie să demonstreze că are la dispoziție/are acces la următoarele utilaje, instalații și echipamente tehnice pentru execuția lucrărilor: a) laborator autorizat de minim grad II conform Ordinului Ministerului Dezvoltării și Turismului nr. 1497/2011." Această cerință presupune ca un Antreprenor, fie acesta și străin și de mici dimensiuni, să aibă acces la un laborator autorizat, în România, de către Institutul de Stat în Construcții conform Ordinului nr. 1497/2011. Fiind discriminatorie în ceea ce privește Antreprenorii străini și de mici dimensiuni, prevederea încalcă art. 49 și 50 din Legea nr. 98/2016.

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

II. Interesul subscrisei

13. Potrivit art. 2 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, *„[o]rice persoană care se consideră vătămată într-un drept al său ori într-un interes legitim printr-un act al unei autorități contractante sau prin nesoluționarea în termenul legal a unei cereri poate solicita anularea actului, obligarea autorității contractante la emiterea unui act sau la adoptarea de măsuri de remediere, recunoașterea dreptului pretins sau a interesului legitim, pe cale administrativ-jurisdicțională sau judiciară, potrivit prevederilor prezentei legi."*

14. De asemenea, art. 8 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 dispune, cu referire la procedura contestației în fața CNSC, că *„[p]ersoana care se consideră vătămată de răspunsul primit la notificarea prealabilă sau care nu a primit niciun răspuns în termenul prevăzut la art. 6 alin. (4), precum și oricare persoană care se consideră vătămată de măsurile de remediere adoptate de autoritatea contractantă poate sesiza Consiliul în vederea anulării actului autorității contractante, obligării acesteia la emiterea unui act la la adoptarea de măsuri de remediere, precum și pentru recunoașterea dreptului pretins sau a interesul legitim (...)"*.

15. Subscrisa este, în sensul normelor citate, o persoană vătămată într-un interes legitim prin prevederile atacate (descrise în secțiunea I *supra*) și prin lipsa răspunsului Autorității contractante față de notificarea prealabilă înregistrată în data de 24.08.2017.

16. Vătămarea decurge din împrejurarea că:

i. Prevederile arătate în secțiunea I *supra* creează un dezechilibru pronunțat între drepturile Antreprenorului și drepturile Autorității contractante în Contractul preconizat. Imposibilitatea de a recurge la procedurile specifice contractelor FIDIC în ceea ce privește soluționarea disputelor, termenele nerezonabil de scurte pentru valorificarea judiciară a pretențiilor, faptul că emiterea procesului-verbal de recepție finală depinde de modul în care un alt antreprenor execută un alt contract, lipsa oricărui termen în care Beneficiarul trebuie să aprobe certificatele de plată – aprobare de care depinde plata efectivă către Antreprenor – posibilitatea Autorității contractante de a denunța Contractul ca urmare a sistării alocării de resurse financiare etc. pun Antreprenorul într-o situație net dezavantajoasă. Prin urmare, *toate aceste prevederi diminuează atractivitatea contractului și beneficiile pe care persoanele interesate, inclusiv contestatoarea, le-ar obține din participarea în procedura de licitație.*

ii. Apoi, anumite prevederi din documentația de atribuire, privitoare la condiții financiare, sunt discriminatorii și operează în detrimentul antreprenorilor de mici dimensiuni, astfel cum este și contestatoarea. Este, mai ales, situația lipsei unui termen cert pentru plata certificatelor de plată, a riscului de suportare a pierderilor cauzate de denunțarea unilaterală de către Beneficiar ca urmare a unei lipse de finanțare, a penalităților excesive și a pragului de 25% din valoarea acceptată a contractului, prevăzută ca valoare minimă a certificatelor interimare de plată (art. 20.2 și 28.2 din Acordul contractual, penalitățile prevăzute în Anexa la Ofertă în legătură cu clauzele 4.17, 4.23, 6.1, 11.1, și pragul prevăzut în Anexa la Ofertă în legătură cu clauza 14.6). Antreprenorii de mici dimensiuni depind în mai mare măsură de un flux normal al plăților și nu pot suporta penalități excesive, astfel că sunt excluși de facto din procedură prin efectul clauzelor arătate.

iii. În fine, unele dintre prevederile vizate de contestație îi afectează disproporționat pe antreprenorii străini, astfel cum este și subscrisa. Acest efect rezultă, de exemplu, prin stipularea competenței exclusive a instanței române de contencios administrativ, în locul procedurii standardizate FIDIC pentru soluționarea disputelor, procedură generalizată și

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

17. În concluzie, subscrisa – societate _ care are interesul să pătrundă, în România, pe piața proiectelor mici și medii de infrastructură rutieră – este vătămată în interesul legitim de a participa, cu șanse rezonabile, în procedura de licitație, și de a putea beneficia, în caz de atribuire a contractului, de clauze echilibrate economic și conforme cu reglementările care guvernează Contractul preconizat (în special Legea nr. 98/2016, HG nr. 1405/2010 și Ordinul nr. 146/2011).

III. Nevalabilitatea prevederilor atacate din documentația de atribuire

A. Art. 8 din Acordul contractual

18. Art. 8 din Acordul contractual, care modifică Sub-clauza 3.5 [Stabilirea Modului de Soluționare] din Condițiile Speciale ale Contractului, este o prevedere nevalabilă cel puțin pentru următoarele trei motive.

1. Derogări nepermise de la HG nr. 1405/2010 și de la Ordinul nr. 146/2011

19. În primul rând, art. 8 din Acordul contractual tinde să deroge sub cel puțin trei aspecte de la regulile aprobate prin HG nr. 1405/2010 și prin Ordinul nr. 146/2011.

20. Astfel, Inginerul preia rolul pe care, conform reglementărilor obligatorii menționate, îl are Comisia de Adjudecare a Disputelor, urmând să dea soluții „imparțiale" revendicărilor Părților, cu toate că, potrivit Sub-clauzei 3.1 [Responsabilitățile și Autoritatea Inginerului], Inginerul acționează ca un reprezentant (mandatar) al Beneficiarului, deci nu are, *ab initio*, o poziție imparțială.

21. Apoi, art. 8 din Acordul contractual instituie un termen contractual de decădere, extrem de scurt – 42 de zile de la transmiterea unei înștiințări de nemulțumire față de absența sau de conținutul unei soluții a Inginerului – în care Părțile pot sesiza forul competent pentru soluționarea disputei apărute (la rândul său, înștiințarea de nemulțumire trebuie transmisă în 30 de zile de la expirarea termenului de stabilire a soluției sau de la primirea soluției criticate). Or, HG nr. 1405/2010 și Ordinul nr. 146/2011 nu prevăd, în legătură cu Sub-clauza 3.5, vreun asemenea termen de decădere. Dimpotrivă, din Sub-clauzele 20.1 și următoarele, în formele aprobate prin aceste acte normative, rezultă că nu există un termen de decădere pentru inițierea procedurii contractuale de soluționare a disputelor (prin Comisia de Adjudecare a Disputelor și, apoi, prin arbitraj) ulterior unei soluții nemulțumitoare din partea Inginerului, ci Părțile trebuie să se supună, în această privință, cerințelor legale aplicabile, adică regimului general al prescripției extinctive.

22. În fine, printr-o încălcare gravă a actelor normative prin care s-au aprobat condițiile contractuale FIDIC, art. 8 din Acordul contractual înlătură integral aplicabilitatea procedurii de soluționare a disputelor pe care o prevăd HG nr. 1405/2010 și Ordinul nr. 146/2011 și care presupun valorificarea pretențiilor în fața Comisiei de Adjudecare a Disputelor și, apoi, în arbitraj. Conform art. 8 din Acordul contractual,

Părțile se pot adresa doar instanței de contencios administrativ, contrar HG nr. 1405/2010 și Ordinului nr. 146/2011.

23. Întrucât condițiile generale și speciale aprobate prin HG nr. 1405/2010 și prin Ordinul nr. 146/2011 au caracter obligatoriu, având forța juridică a actelor normative prin care au fost aprobate, de la acestea nu se poate deroga prin documentația de atribuire întocmită de către Autoritatea contractantă. Fie și numai pentru acest motiv, art. 8 din Acordul contractual este nevalabil.

2. Derogarea nepermisă de la procedura contenciosului administrativ, prevăzută de Legea nr. 554/2004

24. Chiar prin raportare la calea contenciosului administrativ, pe care o impune art. 8 din Acordul contractual (ca și modificările aduse Sub-clauzelor 20.1-20.8), această prevedere este nevalabilă.

25. Astfel cum am arătat deja, art. 8 din Acordul contractual prevede că Părțile, pentru a-și valorifica pretențiile bazate pe Contract, trebuie (i) să emită o înștiințare de nemulțumire în termen de 30 de zile de la împlinirea termenului de soluționare a revendicării de către Inginer sau de la primirea soluției nemulțumitoare, apoi (ii) să se adreseze instanței de contencios administrativ (exclusiv) în termen de 42 de zile de la transmiterea înștiințării de nemulțuire.

26. Or, aceste prevederi încalcă regulile procedurii de contencios administrativ, prevăzute de Legea nr. 554/2004. Înlăturarea procedurii alternative de soluționare a disputelor și instituirea Competenței instanțelor de contencios administrativ și fiscal presupune ar presupune, în mod automat, și aplicarea procedurii contenciosului administrativ, prevăzută prin normele imperative ale Legii nr. 554/2004, inclusiv în ceea ce privește termenele de formulare a acțiunii, conform art. 11 alin. (1) lit. e) și alin. (2) din acest act normativ.

27. Astfel, cu premisa că procedura prevăzută de art. 8 din Acordul contractual echivalează cu procedura prealabilă sesizării instanței de contencuos administrativ, în sensul art. 11 alin. (1) lit. e) și alin. (2) din Legea nr. 554/2004, termenul înăuntrul căruia Părțile se pot adresa instanței ar trebui să fie de 6 luni de la soluția Inginerului sau de la expirarea termenului de soluționare a revendicării de către inginer. Potrivit art. 11 alin. (2) din Legea nr. 554/2004, acțiunea ar fi supusă și unui termen maxim, de decădere, de 1 an.

28. Art. 8 din Acordul contractual înlocuiește, însă, termenul de prescripție și cel de decădere din Legea nr. 554/2004, prevăzând, în schimb, un termen convențional de decădere, de 42 de zile, cu efecte foarte grave asupra posibilității părților de a-și valorifica pretențiile (adesea, în contracte complexe precum sunt cele supuse condițiilor FIDIC, Părțile nici nu ar putea avea, în doar 42 de zile de la o soluție nemulțumitoare a Inginerului, toate datele necesare pentru a-și valorifica pretenția în instanță).

29. Chiar dacă s-ar considera că termenul prevăzut de art. 8 din Acordul contractual nu ar fi unul de decădere, ci unul de prescripție, și chiar dacă s-ar accepta că se poate deroga, prin convenție, de la termenul de prescripție de 6 luni prevăzut de Legea nr. 554/2004 – premisă oricum contrazisă de caracterul imperativ al normelor Legii nr. 554/2004 –, termenul de 42 de zile ar rămâne nevalabil prin

prisma art. 2515 alin. (4) C. civ. Potrivit art. 2515 C. civ. – dreptul comun în ceea ce privește modificarea convențională a regimului prescripției extinctive – termenele convenționale de prescripție nu pot, în nicio situație, să fie mai mici de 1 an.

30. În concluzie, art. 8 din Acordul contractual este nevalabil și prin aceea că instituie un mecanism de soluționare a litigiilor prin care se derogă, în mod nepermis, de la normele imperative ale Legii nr. 554/2004.

3. Încălcarea dispozițiilor legale imperative privind dreptul investitorilor / al părților contractelor de achiziții publice de a recurge la arbitraj

31. Art. 57 din Legea nr. 101/2016 prevede că:

„Părțile pot conveni ca litigiile în legătură cu interpretarea, încheierea, executarea, modificarea și încetarea contractelor să fie soluționate prin arbitraj."

32. De asemenea, art. 4 alin. (2) lit. g) din Ordonanța de Urgență a Guvernului nr. 92/1997 privind stimularea investițiilor directe (*„**OUG nr. 92/1997**"*) prevede, cu privire la garanțiile acordate investitorilor, că:

„Investitorii în România beneficiază, în principal, de următoarele garanții și facilități:

g) dreptul investitorilor de a alege instanțele judecătorești sau arbitrale competente pentru soluționarea eventualelor litigii."

33. Posibilitatea prevăzută de Legea nr. 101/2016 și, respectiv, garanția acordată investitorilor prin OUG nr. 92/1997 sunt încălcate prin impunerea unilaterală, de către Autoritatea contractantă, a competenței instanțelor de contencios administrativ. Această competență exclusivă înlătură de plano orice posibilitate a Antreprenorului de a utiliza procedura alternativă de soluționare a disputelor.

34. Această încălcare a legislației primare este vătămătoare, în mod special, pentru antreprenorii străini, astfel cum este și contestatoarea, întrucât procedura de soluționare a disputelor, prevăzută de condițiile FIDIC și compatibilă cu Legea nr. 101/2016 și cu OUG nr. 92/1997, este utilizată în mod uzual, în plan internațional, în domeniul proiectelor de infrastructură, deci este general cunoscută antreprenorilor care își desfășoară activitatea în acest domeniu, indiferent de naționalitate. De asemenea, această procedură standardizată la nivel internațional garantează antreprenorilor accesul la foruri imparțiale pentru soluționarea disputelor, indiferent de statul în care se execută contractul.

35. În concluzie, art. 8 din Acordul contractual este nevalabil și prin aceea că, încălcând legislația primară, suprimă posibilitatea utilizării procedurii alternative de soluționare a disputelor, producând vătămări, prin aceasta, mai ales antreprenorilor străini.

B. Art. 16 din Acordul contractual

36. Art. 16 din Acordul contractual, care modifică Sub-clauza 11.9 (Procesul-verbal de Recepție Finală) din Condițiile Speciale ale Contractului, este nevalabil deoarece încalcă Ordinul nr. 146/2011 și HG nr. 1405/2010.

37. Astfel, conform Sub-clauzei 11.9 [Procesul Verbal de Recepție Finală], în forma dată de Ordinul nr. 146/2011, care a detaliat, sub acest aspect, clauza corespunzătoare din condițiile generale aprobate prin HG nr. 1405/2010, emiterea Certificatului de Recepție Finală, de către Inginer, se face:

i. *„[s]ub rezerva primirii deciziei Beneficiarului bazată pe recomandările făcute în Procesul Verbale de Recepție Finală"* (i.e., procesul-verbal emis conform procedurii administrative prevăzute de Hotărârea Guvernului nr. 273/1994 pentru aprobarea Regulamentului privind recepția construcțiilor), și

ii. *„în termen de 28 de zile de la expirarea celei din urmă Perioade de Notificare a Defectelor, sau cât mai repede după acest termen cu condiția ca Antreprenorul să fi furnizat toate Documentele Antreprenorului și să fi terminat și testat toate Lucrările, inclusiv remedierea oricăror defecte"*

38. Prin urmare, emiterea Certificatului de Recepție Finală depinde, potrivit reglementărilor menționate, de împlinirea Perioadei de Notificare a Defectelor (de garanție), de parcurgerea procedurii administrative de recepție finală și de îndeplinirea de către Antreprenor a obligațiilor asumate, prin furnizarea documentelor cerute conform contractului, finalizarea și testarea tuturor lucrărilor, și remedierea eventualelor defecte.

39. Or, art. 16 din Acordul contractual schimbă radicat acest mecanism al Sub-clauzei 11.9, pentru că se prevede, în plus față de condițiile deja enumerate, și o cerință complet independentă de Antreprenor și de lucrarea care îi este încredințată: *„[e]miterea Procesului Verbal de Recepție Finală este condiționată de emiterea Procesului Verbal de Recepție Finalăa lucrărilor ce fac obiectul contractului nr. 92/79372/20.11.2013 „Construcția variantei de ocolire Târgu Jiu"*. Textul pare din art. 16 pare să conțină și o eroare materială în sensul că ar trebui să se refere la Certificatul de Recepție Finală, iar nu la procesul-verbal emis în procedura administrativă de recepție. Însă, întrucât cel din urmă este, la rândul său, o condiție pentru emiterea Certificatului de Recepție Finală, concluzia nevalabilității art. 16 din Acordul contractual se menține indiferent dacă este înțeles ca referindu-se la Certificatul de Recepție Finală sau la procesul-verbal de recepție finală, emis în procedura administrativă, conform HG nr. 273/1994.

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

C. Art. 20.2 din Acordul contractual

41. Art. 20.2 din Acordul contractual este nevalabil pentru că, prin mecanismul instituit pentru plata Certificatelor Interimare de Plată către Antreprenor, încalcă: (i) condițiile contractuale impuse, cu caracter obligatoriu, prin Ordinul nr. 1406/2011; (ii) Legea nr. 72/2013; (iii) Legea nr. 98/2016.

1. Art. 20.2 din Acordul contractual încalcă Ordinul nr. 146/2011

42. Sub aspectul termenelor de plată a facturilor emise de către Antreprenor, Ordinul nr. 1406/2011 prevede, în Sub-clauza 14.7, că:

„Beneficiarul vă plăti Antreprenorului:

a) valoarea specificată în fiecare factură corespunzătoare fiecărui Certificat Interimar de Plată, în termen de 28 de zilel de la data primirii facturii de către Beneficiar (...);

b) valoarea specificată în fiecare factură corespunzătoare Certificatului Final de Plată, în termen de 56 de zile de la data primirii facturii de către Beneficiar (...)."

43. Art. 20.2 din Acordul contractual derogă nepermis de la aceste prevederi obligatorii, stipulând un termen de plată de 60 de zile, care curge fie de la data primirii facturii (dacă certificatul de plată aferent a fost aprobat deja de către Beneficiar), fie de la data aprobării, de către Beneficiar, a certificatului de plată aferent (dacă factura a fost emisă anterior aprobării certificatului).

44. Derogarea privește atât durata termenului, cât și momentul de început al acestuia. Sub cel din urmă aspect, art. 20.2 din Acordul contractual imprimă termenului de plată un caracter cu totul incert, pentru că acesta depinde în totalitate de voința Beneficiarului, care trebuie să aprobe certificatul de plată și care, în consecință, poate să întârzie oricât de mult plata prin simplul refuz de a aproba certificatul corespunzător.

2. Art. 20.2 din Acordul contractual încalcă Legea nr. 72/2013

45. Potrivit art. 6 și 7 din Legea nr. 72/2013:

Art. 6 – Termenul legal de plată

(1) Autoritățile contractante execută obligația de plată a sumelor de bani rezultând din contractele încheiate cu profesioniști cel târziu la:

a) 30 de zile calendaristice de la data primirii facturii sau a oricărei altei cereri echivalente de plată;

b) 30 de zile calendaristice de la data recepției bunurilor sau prestării serviciilor, dacă data primirii facturii ori a unei cereri echivalente de plată este incertă sau anterioară recepției bunurilor sau prestării serviciilor;

c) 30 de zile calendaristice de la recepție sau verificare, dacă prin lege sau prin contract se stabilește o procedură de recepție ori de verificare pentru certificarea conformității mărfurilor sau serviciilor, iar autoritatea contractantă a primit factura ori cererea echivalentă de plată la data recepției sau verificării ori anterior acestei date.

(2) Procedura de recepție sau verificare prevăzută la alin. (1) lit. c) nu poate depăși 30 de zile calendaristice de la data primirii bunurilor sau prestării serviciilor. Prin excepție, în cazuri justificate în mod obiectiv de natura sau caracteristicile contractului, procedura de recepție sau verificare poate avea o durată mai mare de 30 de zile calendaristice, dacă sunt stabilite expres în contract și în documentația achiziției atât termenul de recepție, cât și motivele obiective, sub rezerva ca această clauză să nu fie abuzivă, în sensul art. 12.

(3) Părţile nu pot conveni cu privire la data emiterii/primirii facturii. Orice clauză prin care se stipulează un termen de emitere/primire a facturii este lovită de nulitate absolută.

(4) În cazul instituţiilor publice din domeniul sănătăţii şi entităţilor publice care furnizează servicii medicale de sănătate, termenul legal de plată pentru obligaţiile băneşti rezultând din contracte încheiate cu profesionişti este de cel mult 60 de zile calendaristice, care se calculează potrivit prevederilor alin. (1).

Art. 7 - Termenul contractual de plată

(1) Termenele de plată stabilite în contract pentru executarea obligaţiilor autorităţilor contractante nu pot fi mai mari decât termenele stabilite potrivit art. 6 alin. (1). În mod excepţional, părţile pot stipula un termen de plată de maximum 60 de zile calendaristice, dacă acesta este stabilit expres în contract şi în documentaţia achiziţiei şi este obiectiv justificat, ţinând cont de natura sau caracteristicile specifice ale contractului, sub rezerva ca această clauză să nu fie abuzivă, în sensul art. 12.

(2) Dispoziţiile art. 5 alin. (2), privitoare la plăţile eşalonate, se aplică în mod corespunzător.

46. De asemenea, conform art. 12-15 din Legea nr. 72/2013:

Art. 12 - Noţiune

Practica sau clauza contractuală prin care se stabileşte în mod vădit inechitabil, în raport cu creditorul, termenul de plată, nivelul dobânzii pentru plata întârziată sau al daunelor-interese suplimentare este considerată abuzivă.

Art. 13 - Calificarea clauzelor şi a practicilor abuzive

În determinarea caracterului abuziv al unei clauze sau practici, instanţa ţine cont de toate circumstanţele cauzei, în special de:

a) abaterile grave de la practicile statornicite între părţi sau de la uzanţele conforme ordinii publice sau bunelor moravuri;

b) nerespectarea principiului bunei-credinţe şi a principiilor de diligenţă în executarea obligaţiilor;

c) natura bunurilor sau serviciilor;

d) neprevederea motivelor obiective de derogare de la termenele de plată sau de la rata dobânzii, potrivit prezentei legi;

e) poziţia dominantă a cocontractantului în raport cu o întreprindere mică sau mijlocie.

Art. 14 - Clauze calificate de lege ca abuzive

Sunt calificate ca abuzive, nefiind necesară verificarea existenţei circumstanţelor prevăzute la art. 13 sau a altor circumstanţe specifice cauzei, clauzele contractuale care:

a) exclud posibilitatea aplicării de dobânzi penalizatoare sau stabilesc dobânzi penalizatoare inferioare dobânzii legale penalizatoare;

b) fixează o obligație de punere în întârziere pentru a opera curgerea dobânzilor;

c) prevăd un termen mai mare de la care creanța produce dobânzi decât cel prevăzut la art. 3 alin. (3) sau, după caz, la art. 6 și art. 7 alin. (1);

d) fixează, în contractele dintre profesioniști și autorități contractante, un termen de plată mai mare decât cel prevăzut la art. 7 alin. (1);

e) elimină posibilitatea plății de daune-interese suplimentare;

f) stabilesc un termen pentru emiterea/primirea facturii.

Art. 15 - Sancțiuni

(1) Clauzele abuzive sunt lovite de nulitate absolută.

(2) Răspunderea patrimonială pentru prejudiciile cauzate de clauzele și practicile abuzive este atrasă potrivit prevederilor Legii nr. 287/2009, republicată, cu modificările ulterioare.

47. Se poate observa că mecanismul de plată prevăzut în documentația de atribuire a fost astfel conceput încât să fie, aparent, compatibil cu art.7 raportat la art. 6 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 72/2013, în sensul că se prevede un termen convențional de plată, de 60 de zile, a cărui curgere depinde de parcurgerea unei proceduri contractuale de verificare (aprobarea Certificatului de Plată de către Beneficiar).

48. În realitate, art. 20.2 din Acordul contractual încalcă dispozițiile menționate deoarece orice procedură contractuală de verificare ar trebui, conform art. 6 alin. (2) din Legea nr. 72/2013, să aibă un termen clar de desfășurare, permițând, mai departe, un termen rezonabil și sigur în ceea ce privește plata facturii. Termenul procedurii contractuale de verificare ar trebui să fie de maxim 30 de zile; excepțional, acesta poate fi extins la cel mult 60 de zile, dar numai dacă este prevăzut expres în contract, este motivat prin circumstanțe obiective și nu este abuziv conform art. 12.

49. Or, Acordul contractual din documentația de atribuire nu prevede niciun termen pentru verificarea și aprobarea certificatelor de plată de către Beneficiar, care își rezervă, astfel, facultatea discreționară de a amâna oricât de mult o plată, prin neemiterea unei aprobări a certificatului.

50. Ca atare, în lipsa oricărei circumstanțieri a procedurii și a termenului pentru aprobarea din partea Beneficiarului, termenele de plată prevăzute de Art. 20.2 din Acordul contractual încalcă art. 7 raportat la art. 6 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 72/2013. Ele sunt, prin urmare, abuzive chiar prin calificarea legii [art. 14 lit. d)], putând fi extinse oricât prin manifestarea unilaterală de voință a Beneficiarului, contrar restricțiilor din art. 6-7 din Legea nr. 72/2013.

51. În concluzie, Art. 20.2 din Acordul contractual încalcă dispozițiile Legii nr. 72/2012 și este nevalabil conform art. 15 din acest act normativ.

3. Art. 20.2 din Acordul contractual încalcă Legea nr. 98/2016

52. Prin stabilirea unui termen incert de plată – dependent de manifestarea unilaterală de voință a Beneficiarului, pentru care nu se prevede vreo condiție sau vreun termen –Acordul contractual afectează în mod disproporționat, fără vreo justificare obiectivă, antreprenorii de mici dimensiuni, interesați de atribuirea Contractului.

53. Astfel de antreprenori, cum este și contestatoarea, dispun de resurse financiare mai limitate și, în consecință, depind într-o mai mare măsură, pentru a putea executa o lucrare, de un flux previzibil de plăți aferente lucrărilor efectuate.

54. În consecință, termenele incerte de plată îi descurajează în mod special pe antreprenorii de mici dimensiuni, fiind astfel discriminatorii și încălcând art. 2 și 49-50 din Legea nr. 98/2016.

D. Art. 23 și 24 din Acordul contractual

55. Art. 23 din Acordul contractual modifică Sub-clauza 20.1 [Revendicările Antreprenorului], privitor la procedura (inclusiv termenele) de formulare a revendicărilor Antreprenorului și la soluționarea acestora de către Inginer. Această prevedere este nevalabilă din cel puțin două motive.

56. ***În primul rând***, art. 23 încorporează mecanismul Sub-clauzei 3.5 [Stabilirea Modului de Soluționare], în forma dată de art. 8 din Acordul contractual, în sensul că, pentru soluționarea unei revendicări a Antreprenorului, se procedează conform celei din urmă prevederi (e.g., Inginerul ar urma să pronunțe o soluție „imparțială", preluând rolul Comisiei de Adjudecare a Disputelor, iar Antreprenorul ar putea ataca soluția în termenul de decădere convențional de 42 de zile de la emiterea unei înștiințări de nemulțumire). Rezultă că art. 23 din Acordul Contractual este nevalabil pentru toate motivele deja arătate în legătură cu art. 8 (secțiunea III.A, paragrafele 18-35 *supra*).

57. ***În al doilea rând***, în art. 23 a fost strecurată o modificare cu un impact deosebit de grav asupra drepturilor contractuale ale Antreprenorului. Pentru explicarea contextului acestei modificări, precizăm că, potrivit condițiilor generale și speciale aprobate prin HG nr. 1405/2010 și Ordinului nr. 146/2011 (Sub-clauza 20.1), atunci când are pretenții privind prelungirea termenului de executare a obligațiilor sau îndreptățirea la plata de costuri suplientare, Antreprenorul trebuie să facă două notificări:

i. Întâi, trebuie să notifice Inginerului cu privire la evenimentele sau circumstanțele care au determinat apariția revendicării (a pretenției), în termen în de 28 de zile de la data la care a cunoscut sau trebuia să cunoască aceste evenimente sau circumstanțe. Acest termen este unul de decădere, în sensul că, în caz de nerespectare, Antreprenorul nu va mai avea dreptul la prelungirea termenului sau la costuri suplimentare.

ii. Apoi, în termen de 42 de zile după ce a cunoscut sau trebuia să cunoască evenimentele sau circumstanțele din care decurge pretenția sa, Antreprenorul trebuie să transmită Inginerului și o revendicare detaliată, în care, în esență, să motiveze pretențiile formulate. Spre deosebire de situația primei notificări (a revendicării), nerespectarea termenului de 42 de zile pentru revendicarea detaliată nu atrage pierderea automată a dreptului în ceea ce privește

pretențiile formulate, ci, potrivit ultimei părți a Sub-clauzei 20.1, exercitarea ulterioară a drepturilor Antreprenorului va fi afectată numai în măsura în care transmiterea întârziată a revendicării detaliate (sau lipsa acesteia) a prejudiciat procesul de investigare a revendicării. Această prevedere este firească deoarece, în domeniul proiectelor de infrastructură supuse condițiilor FIDIC, adesea, Antreprenorul nu poate determina toate aspectele pretențiilor sale în acest termen de 42 de zile (de exemplu, adesea, prejudiciul poate fi determinat doar la un moment ulterior).

58. Or, art. 23 din Acordul contractual derogă în mod nepermis de la acest mecanism firesc, specific contractelor FIDIC, și prevede decăderea automată a Antreprenorului din drepturile sale și în cazul în care acesta nu reușește să transmită revendicarea detaliată în termenul de 42 de zile: *„[d]acă Antreprenorul nu reușește să transmită revendicarea detaliată în termenele prevăzute la paragraful anterior, Durata de Execuție a Lucrărilor nu va fi prelungită, Antreprenorul nu va avea dreptul la plăți suplimentare, iar Beneficiarul va fi exonerat de orice responsabilitate legată de revendicarea respectivă."*

59. Această extindere a decăderii automate a Antreprenorului din posibilitatea de a-și valorifica pretențiile derivate din Contract este o restrângere nerezonabilă a drepturilor Antreprenorului, stipulată cu încălcarea HG nr. 1405/2010 și a Ordinului nr. 146/2011.

60. În ceea ce privește art. 24 din Acordul FIDIC, nevalabilitatea este manifestă și decurge din înlocuirea clauzelor 20.2-20.8, astfel cum acestea rezultă din HG nr. 1405/2010 și din Ordinul nr. 146/2011, cu o prevedere unică, prin care toate litigiile sunt date în competența instanței de contencios administrativ.

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

E. Art. 28.2 din Acordul contractual

62. Prevederea prin care Beneficiarului i se conferă dreptul de a denunța unilateral Contractul ca urmare a sistării alocării de resurse financiare este nevalabilă pentru două motive principale.

63. ***În primul rând***, ca și în cazul celorlalte prevederi din documentația de atribuire, vizate de prezenta contestație, art. 28.2 din Acordul contractual derogă de la regulile obligatorii aprobate prin HG nr. 1405/2010 și prin Ordinul nr. 146/2011, care nu prevăd vreun drept de denunțare pentru pretinsa lipsă a finanțării. Dimpotrivă, de vreme ce condițiile contractuale FIDIC fac referire, în special în Clauza 14, doar la obligația Beneficiarului de a plăti prețul Contractului, fără să prevadă vreo exonerare sub motiv că este oprită alocarea de resurse financiare, este implicită o obligație de rezultat a Beneficiarului de a-și asigura resursele financiare necesare pentru realizarea proiectului în legătură cu care se încheie Contractul.

64. ***În al doilea rând***, această prevedere încalcă reglementări financiar-fiscale cu caracter obligatoriu, pentru că premisa acestui caz de denunțare este aceea a încheierii Contractului și a angajării

cheltuielilor corespunzătoare peste limita unor credite de angajament aprobate. Or, potrivit art. 4 din Legea nr. 500/2002 privind finanțele publice:

(...)

(2) Sumele aprobate, la partea de cheltuieli, sub forma creditelor de angajament și creditelor bugetare, în cadrul cărora de angajaează,se ordonanțează și efectuează plăți, reprezintă limite maxime care nu pot fi depășite.

(3) Angajarea cheltuielilor din bugetele prevăzute la art. 1 alin. (2) se face numai în limita creditelor de angajament și în scopurile pentru care au fost aprobate.

(...)

(5) Pentru acțiunile anuale și multianual se înscriu în buget, distinct, creditele de angajament și creditele bugetare.

(6) În vederea realizării acțiunilor anuale și multianuale, ordonatorii de credite încheie angajamente legale, în limita creditelor de angajament aprobate prin buget pentru anul bugetar respectiv.

65. Aceste principii de execuție bugetară presupun îndatorirea Autorităților contractante de a încheia angajamente legale numai în limita surselor de finanțare, deci, implicit, de a se asigura că, pentru angajamentul care urmează a fi contractat, dispun/vor dispune de resursele financiare necesare. O astfel de îndatorire este incompatibilă cu un drept al Beneficiarului de a denunța Contractul, discreționar, sub motiv că nu mai dispune de resurse financiare pentru continuarea proiectului.

F. Penalitățile stabilite în Anexa la Ofertă (anexa nr. 1 la formularul nr. 7)

66. Anexa la Ofertă stabilește mai multe categorii de penalități vădit excesive: 1,500 de lei pentru fiecare zi de întârziere în mobilizarea utilajelor, începând cu a șasea zi de la data transmiterii Ordinului de mobilizare; 10,000 de lei pentru fiecare zi de întârziere în degajarea șantierului de obstacole inutile; 1,500 de lei pentru fiecare zi de întârziere în mobilizarea personalului, începând cu a șasea zi de la data transmiterii Ordinului de mobilizare; 40,000 de lei pentru fiecare persoană înlocuită din categoria personalului-cheie; 4,000 de lei pe zi pentru întârzierea în actualizarea programului de execuție; și 100,000 de lei pe zi pentru întârzierea în remedierea defectelor.

67. Aceste penalități excesive afectează și sunt de natură să descurajeze, în mod disproporționat, antreprenorii de mici dimensiuni, ale căror resurse financiare nu permit expunerea la riscul plății unor penalități atât de ridicate, aplicabile chiar pentru neexecutări neînsemnate (de exemplu, Antreprenorul ar datora 100,000 de lei pentru o singură zi de întârziere în remedierea defectelor lucrării).

68. În consecință, efectul acestor penalități este de descuraja și de a înlătura, din procedura de achiziții publice, antreprenorii de mici dimensiuni. Or, acest efect implică o discriminare bazată pe capacitatea financiară a antreprenorilor, penalitățile fiind, astfel, contrare principiului nediscriminării, prevăzut în art. 2 și 49-50 din Legea nr. 98/2016.

69. În plus, penalitățile vădit excesive sunt nevalabile prin prisma dreptului comun, pentru obiect ilicit, după cum rezultă din reglementarea clauzei penale. Art. 1541 alin. (1) lit. b) C. civ. prevede posibilitatea reducerii penalității atunci când aceasta este vădit excesivă față de prejudiciul care putea fi prevăzut la data încheierii contractului. Având în vedere că de la această prevedere nu se poate deroga, sub sancțiunea considerării clauzei ca nescrisă [art. 1541 alin. (3) C. civ.], reducerea penalității trebuie privită ca o aplicație a nevalabilității penalității vădit excesive, din cauza obiectului ilicit al acesteia.

70. Raționamentul este aplicabil și pentru penalitățile prevăzute, în speță, prin Anexa la Ofertă, care trebuie considerate nevalabile deoarece sunt vădit excesive față de prejudiciul care ar putea fi prevăzut în legătură cu neexecutarea obligațiilor corespunzătoare acestor penalități. Aceasta este, de exemplu, situația penalității de 100,000 de lei pentru simpla întârziere de o zi în remediere unor defecte ale lucrării, sau a penalității de 40,000 de lei pentru simpla înlocuire a unei persoane din categoria personalului cheie, chiar dacă aceasta ar fi înlocuită cu o persoană care are aceleași aptitudini profesionale și chiar dacă, prin urmare, Beneficiarul nu ar suferi niciun prejudiciu.

G. Valoarea minimă a Certificatelor Interimare de Plată

71. Anexa la Ofertă prevede, în legătură cu Sub-clauza 14.6 [Emiterea Certificatelor de Plată Interimare], că valoarea minimă a Certificatelor Interimare de Plată va fi de 25% din întreaga valoare acceptată a contractului.

72. Efectul acestei prevederi este similar celui produs de termenele incerte de plată a facturilor, în sensul că antreprenorii de mici dimensiuni, cu resurse financiare limitate și mai dependenți, în consecință, de un flux de plăți regulate făcute în baza Contractului, sunt înlăturați de facto din procedura de achiziție publică. Aceștia nu și-ar putea permite să finanțeze desfășurarea lucrărilor din propriile resurse, deci să „crediteze" Beneficiarul, până la concurența a 25% din întreaga valoare a Contractului.

73. Acest prag valoric foarte ridicat al Certificatelor Interimare de Plată nu are vreo justificare obiectivă și, având în vedere efectul descris, constituie o discriminare contrară art. 2 și 49-50 din Legea nr. 98/2016.

H. Cerința nr. 2 din Fișa de Date a Achiziției (pagina 8)

74. Conform cerinței nr. 2 din Fișa de Date, *„[o]fertantul trebuie să demonstreze că are la dispoziție/are acces la următoarele utilaje, instalații și echipamente tehnice pentru execuția lucrărilor: a) laborator autorizat de minim grad II conform Ordinului Ministerului Dezvoltării și Turismului nr. 1497/2011."*

75. Condiția accesului la un laborator autorizat, în România, de către Institutul de Stat în Construcții, dezavantajează antreprenorii străini și de mici dimensiuni (cu resurse financiare mai reduse), fiind astfel contrară art. 2 și 49-50 din Legea nr. 98/2016.

I. Sub-clauza 8.1 din Condițiile Speciale

76. Prin Sub-clauza 8.1 din Condițiile Speciale, se prevede că Data de Începere a Lucrărilor „nu va depăși cu mai mult de 365 de zile data semnării Acordului contractual."

77. Această prevedere este profund prejudiciabilă pentru antreprenorii interesați de depunerea unei oferte, astfel cum este și subscrisa, deoarece face imposibil de prevăzut perioada de execuție necesară din punct de vedere practic. Dacă ordinul de începere poate fi dat și la 1 an de la semnarea Acordului contractual, Durata de Execuție se poate suprapune ulterior, teoretic, și cu două perioade nelucrătoare, deoarece perioada de execuție preconizată se situează între 6 și 9 luni, conform pct. VI.3) din anunțul de participare (orice interval de 6 până la 9 luni se poate suprapune cu două sezoane nelucrătoare).

78. În consecință, contestatoarea nu poate oferta, în mod realist, o perioadă mai mică de 9 luni, pentru că orice perioadă mai scurtă ar presupune un risc prea ridicat de nefinalizare a lucrării în termen și de expunere la penalități, din cauza suprapunerii cu sezoanele nelucrătoare, suprapunere imprevizibilă ca urmare a intervalului de 1 an în care poate fi emis ordinul de începere a lucrărilor.

79. Ca atare, subscrisa s-ar vedea nevoită să oferteze la nivelul perioadei maxime de execuție prevăzută în anunț (9 luni), pierzând automat din punctajul corespunzător criteriului duratei de execuție (9 puncte, 9% din punctajul total).

80. În mod special, această prevedere din Condițiile Speciale îi prejudiciază pe antreprenorii de mici dimensiuni, care sunt afectați în mod disproporționat de riscul ca, în cazul în care ar încerca să oferteze o perioadă de execuție mai mică de 9 luni, să nu poată finaliza lucrarea în termen și să fie expus penalităților de întârziere. Astfel de antreprenori au resurse financiare mai reduse și, implicit, suferă un impact mai mare, relativ la situația lor financiară, ca urmare a expunerii la plata de penalități.

IV. Suspendarea procedurii de atribuire

81. În contextul deja prezentat, solicităm respectuos Consiliului să dispună suspendarea procedurii de atribuire până la soluționarea contestației. În acest scop, învederăm că sunt îndeplinite condițiile art. 22 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

82. Astfel, în primul rând, există un caz bine justificat pentru suspendarea procedurii de atribuire. Noțiunea de *„caz bine justificat"* este definită de Legea nr. 554/2004, cu referirea la suspendarea actului administrativ, iar această definiție legală se aplică, pentru identitate de rațiune, și în materia suspendării procedurii de achiziții publice conform Legii nr. 101/2016.

83. Art. 2 alin. (1) lit. t) din Legea nr. 554/2004 definește cazurile bine justificate ca fiind *„împrejurările legate de starea de fapt și de drept, care sunt de natură să creeze o îndoială serioasă în privința legalității actului administrativ."* Această condiție presupune că, pe baza probelor administrate, există indicii suficiente și aparente pentru răsturnarea prezumției de legalitate a actului administrativ, fără a se analiza, pe fond, conținutul acestuia (ICCJ, decizia nr. 433 din 25 ianuarie 2007, disponibilă în baza de jurisprudență a instanței supreme, www.scj.ro)

84. În speță, pentru motivele dezvoltate în secțiunea II a prezentei cereri, există o puternică aparență de nelegalitate a documentației de atribuire pe care se bazează procedura de achiziții publice. Fără a relua motivele prezentate, subliniem doar că prevederile vizate de prezenta contestație încalcă în mod manifest: Legea nr. 98/2016, Legea nr. 101/2016, Legea 554/2004, Legea nr. 72/2013, OUG nr. 92/1997, HG nr. 1205/2010, Ordinul nr. 146/2011.

85. În al doilea rând, suspendarea este necesară pentru prevenirea unei pagube iminente. Potrivit art. 2 alin. (1) lit. ș) din Legea contenciosului administrativ nr. 554/2004, paguba iminentă reprezintă *„prejudiciul material viitor și previzibil sau, după caz, perturbarea previzibilă gravă a funcționării unei autorități publice sau a unui serviciu public"*.

86. Potrivit pct. IV.3..4) din anunțul de participare, termenul limită pentru depunerea ofertelor este 21 septembrie 2017. Prin urmare, în lipsa suspendării procedurii de atribuire, subscrisa va fi în imposibilitate de a pregăti și depune o ofertă competitivă, pe baza unei documentații de atribuire conforme legii, până la termenul limită din 21 septembrie 2017, având în vedere și procedura de soluționare a contestației (art. 24 și urm. din Legea nr. 101/2016).

87. Așadar, întrucât este foarte probabil că prezenta procedură de contestație nu se va soluționa până la împlinirea termenului de depunere a ofertelor, ceea ce ar conduce la aplicarea, pentru oferte, a condițiilor nelegale din documentația de atribuire în forma sa actuală, este întemeiată solicitarea de suspendare a procedurii de atribuire.

Pentru toate motivele prezentate, solicităm respectuos CNSC să dispună:

1. Cu titlul de măsuri de remediere:
   a. Eliminarea art. 8 din Acordul contractual, prin care este modificată Sub-clauza 3.5 [Stabilirea Modului de Soluționare] din Condițiile Speciale ale Contractului;
   b. Eliminarea art. 16 din Acordul contractual, prin care este modificată Sub-clauza 11.9 [Procesul-verbal de Recepție Finală] din Condițiile Speciale ale Contractului;
   c. Eliminarea art. 20.2 din Acordul contractual, prin care este modificată implicit clauza 14.7 din Condițiile Speciale ale Contractului;
   d. Eliminarea art. 23 și 24 din Acordul contractual, prin care este este modificată Clauza 20 [Revendicări, Dispute și Arbitraj] din Condițiile Speciale ale Contractului;
   e. Eliminarea art. 28.2 din Acordul contractual și a referirii pe care art. 28.3 o face la art. 28.2;
   f. Dispunerea modificării prevederilor din Anexa la Ofertă (anexa nr. 1 la formularul nr. 7) în ceea ce privește penalitățile stipulate în legătură cu Sub-clauzele 4.17, 4.23, 6.1, 11.1 din contract, în sensul reducerii acestor penalități;
   g. Dispunerea modificării prevederilor din Anexa la Ofertă (anexa nr. 1 la formularul nr. 7) în ceea valoarea minimă a certificatului interimar de plată, la care se referă Sub-clauza 14.6 din Condițiile Speciale ale Contractului;
   h. Eliminarea cerinței nr. 2 din Fișa de Date a Achiziției.
   i. Dispunerea modificării Sub-clauzei 8.1 din Condițiile Speciale în sensul diminuării perioadei în care se poate emite ordinul de începere a lucrărilor.

2. Suspendarea procedurii de atribuire până la soluționarea prezentei contestații.

În drept, prezenta contestație este întemeiată, în principal, pe: Legea nr. 98/2016, Legea nr. 101/2016, Legea 554/2004, Legea nr. 72/2013, OUG nr. 92/1997, HG nr. 1205/2010, Ordinul nr. 146/2011.

Pentru probarea motivelor contestației, înțelegem să depunem, anexate contestației, dovada privind înregistrarea contestatoarei și obiectul de activitate, precum și documentația de atribuire cuprinzând:

- Notificare prealabila si dovada comunicare catre autoritatea contractanta
- Anunțul de participare
- Fisa de date a achizitiei
- Acordul contractual Contractul de Executie Lucrari
- Conditiile Speciale ale contractul pentru constructii cladiri si lucrari ingineresti proiectate de catre Beneficiar
- Anexa la Oferta pentru contractul de executie lucrari – Anexa 1 la Formularul nr.7

Prin administrator