COMPANIA NATIONALA DE ADMINISTRARE A INFRASTRUCTURII RUTIERE S.A.
Bdul Dinicu Golescu 38, sector 1, Bucuresti, Romania, 010873
Tel.: (+4 021) 264 32 00 Fax: (+4 021) 312.09.84
Email: office@andnet.ro
CUI 16054368; J40/552/15.01.2004; Capital social 16.377.920 RON
Operator de date cu caracter personal nr.16562

DIRECTIA GENERALA DEZVOLTARE INFRASTRUCTURA RUTIERA

INFORMARE

cu privire la procedura de atribuire:

„Consolidarea terenului de fundare aferent sectorului Estic al Variantei de Ocolire Tg. Jiu”

Va informam ca pentru procedura de atribuire a contractului ***„Consolidarea terenului de fundare aferent sectorului Estic al Variantei de Ocolire Tg. Jiu”,*** a fost formulata, in data de 26.10.2017, **Plangere si Cerere de suspendare** a procedurii de atribuire impotriva deciziei CNSC nr. 2610/C3/3215/05.10.2017.

CURTEA DE APEL BUCUREŞTI
SECŢIA A VIII-A DE CONTENCIOS ADMINISTRATIV ŞI FISCAL

Compania Naţională de Administrare a Infrastructurii Rutiere - S.A.
26 OCT. 2017
Nr. înregistrare 92/ 84060

DOMNULE PREŞEDINTE,

Subscrisa, , societate de naţionalitate cu sediul în str. nr. , , , , , având codul de identificare fiscală , telefon , cu sediul ales pentru comunicarea acteor de procedură în nr. , bl. , sc. , et. , ap. , sector , , reprezentată legal prin domnul în calitate de administrator, potrivit dovezii ataşate cererii,

În contradictoriu cu **Compania Naţională de Administrare a Infrastructurii Rutiere SA** (*„CNAIR"*), cu sediul în Bd. Dinicu Golescu nr. 38, sector 1, Bucureşti, având codul de identificare fiscală RO16054368 şi numărul de ordine în Registrul comerţului J40/552/2004, reprezentată legal prin domnul Ioniţă Ştefan, în calitate de director general,

În temeiul art. 29 şi urm. din Legea nr. 101/2016 privind remediile şi căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziţie publică, a contractelor sectoriale şi a contractelor de concesiune de lucrări şi concesiune de servicii, precum şi pentru organizarea şi funcţionarea Consiliului Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor (*„Legea nr. 101/2016"*), formulăm prezenta

PLÂNGERE ŞI CERERE DE SUSPENDARE A PROCEDURII DE ATRIBUIRE

împotriva deciziei CNSC nr. 2610/C3/3215 din date de 5.10.2017, comunicată petentei în data de 11.10.2017, prin care s-a admis în parte contestaţia împotriva documentaţiei de atribuire elaborate de CNAIR în vederea încheierii contractului de achiziţie publică având ca obiect *„Consolidarea terenului de fundare aferent sectorului estic al variantei de ocolire Tg. Jiu"*, cu anunţ de participare nr. 178160, publicat în SEAP în data de 18.08.2017

Solicităm respectuos instanţei de judecată să admită plângerea, să modifice în tot decizia CNSC şi, în consecinţă, să dispună următoarele măsuri de remediere:

1. **Eliminarea art. 8 din Acordul contractual revizuit, prin care este modificată Sub-clauza 3.5 [Stabilirea Modului de Soluţionare] din condiţiile speciale ale contractului;**

2. **Eliminarea art. 18.2 din Acordul contractual revizuit (art. 19.2 anterior publicării, de către CNAIR, a măsurilor de remediere adoptate ca urmare a deciziei CNSC), prin care este modificată implicit clauza 14.7 [Plăţile] din Condiţiile Speciale ale Contractului;**

3. **Eliminarea art. 21-23 din Acordul contractual (art. 22-24 anterior publicării, de către CNAIR, a măsurilor de remediere adoptate ca urmare a deciziei CNSC), prin care este modificată Clauza 20 [Revendicări, Dispute şi Arbitraj] din Condiţiile Speciale ale Contractului;**

4. **Eliminarea art. 28 alin. (1) lit. b) din Acordul contractual revizuit, care instituie un caz de denunţare unilaterală a Contractului;**

5. **Obligarea autorităţii contractante la stabilirea unui nou termen până la care să poată fi depuse ofertele în concordanţă cu documentaţia de atribuire revizuită potrivit hotărârii instanţei.**

De asemenea, solicităm suspendarea procedurii de achiziţie publică până la soluţionarea cauzei.

În continuare, după o prezentare succintă a procedurii de achiziţie publică şi a deciziei CNSC (***secţiunea I***), vom dezvolta motivele invocate în susţinerea plângerii (***secţiunea a II-a***), precum şi solicitarea de suspendare a procedurii de achiziţie publică până la soluţionarea cauzei (***secţiunea a III-a***).

I. Procedura de achiziţie publică vizată de plângere

1. Procedura vizată de prezenta plângere are ca obiect contractul intitulat *„Consolidarea terenului de fundare aferent sectorului Estic al Variantei de Ocolire Tg. Jiu"*. Anunţul de participare a fost publicat sub nr. 178160, în data de 18.08.2017, iar termenul limită modificat pentru depunerea ofertelor este 30 octombrie 2017 (***Anexa C1*** – anunţul de participare).

2. Conform pct. II.1.5 [Descrierea succintă a contractului sau a achiziţiei/achiziţiilor], Contractul preconizat este bazat pe *„Condiţiile contractului pentru clădiri şi lucrări inginereşti proiectate de către beneficiar"* (Cartea Roşie FIDIC). În dreptul român, aceste condiţii contractuale au fost adoptate, **cu caracter obligatoriu,** prin:

   i. Hotărârea Guvernului nr. 1405 din 28 decembrie 2010 privind aprobarea utilizării unor condiţii contractuale ale Federaţiei Internaţionale a Inginerilor Consultanţi în Domeniul Construcţiilor (FIDIC) pentru obiective de investiţii din domeniul infrastructurii de transport de interes naţional, finanţate din fonduri publice (anexa nr. 2 la acest normativ) (în continuare, ***„HG nr. 1405/2010"***);

   ii. Ordinul ministrului transporturilor nr. 146 din 1 martie 2011 privind aprobarea condiţiilor contractuale speciale ale contractelor pentru echipamente şi construcţii, inclusiv proiectare, şi ale contractelor pentru construcţii clădiri şi lucrări inginereşti proiectate de către beneficiar ale Federaţiei Internaţionale a Inginerilor Consultanţi în Domeniul Construcţiilor (FIDIC), pentru obiective din domeniul infrastructurii rutiere de transport de interes naţional, finanţate din fonduri publice (în continuare, ***„Ordinul nr. 146/2011"***),

3. Prin notificarea adresată CNAIR (***Anexa C2***) și, apoi, prin contestația formulată la CNSC (***Anexa C3***), subscrisa a atacat o serie de prevederi ale documentației de atribuire, care, încălcând reglementările aplicabile – în special Legile nr. 98/2016 și 101/2016, HG nr. 1405/2010 și Ordinul nr. 146/2011 – sunt prejudiciabile pentru entitățile interesate de participarea în procedura de achiziții publice, inclusiv pentru contestatoare.

4. Prin măsurile de remediere publicate în SEAP la data de 30.08.2017 (***Anexa C4***), CNAIR a înlăturat sau a modificat o parte dintre prevederile atacate, publicând un Acord contractual și o Anexă la ofertă revizuite (***Anexa C5***). În consecință, prin precizările depuse în data de 8.09.2017 (***Anexa C6***), subscrisa a indicat că înțelege să nu mai susțină contestația în privința anumitor prevederi care făcuseră obiectul măsurilor de remediere, motivând, totodată, de ce își menține contestația în privința celorlalte prevederi atacate, păstrate sau doar modificate necorespunzător în urma măsurilor de remediere.

5. Prin decizia atacată (***Anexa C7***), CNSC a admis în parte contestația subscrisei, astfel cum obiectul acesteia fusese restrâns, și, în consecință:

- A dispus eliminarea art. 15 din Acordul contractual revizuit (art. 16 în forma inițială a Acordului contractual), prin care realizarea recepției finale pentru lucrarea care face obiectul contractului era condiționată de recepția finală a lucrărilor ce fac obiectul unui alt contract (nr. 92/79372/20.11.2013, privind construcția variantei de ocolire Târgu-Jiu);
- A dispus modificarea art. 19.1 și a art. 19.2 din Acordul contractual revizuit (art. 20.1 și 20.2 în forma inițială a Acordului contractual) în ceea ce privește termenul maxim de plată, în sensul aplicării unui termen de 30 de zile, conform art. 6 din Legea nr. 72/2013;
- A respins contestația în ceea ce privește restul solicitărilor contestatoarei.

6. În urma deciziei atacate, autoritatea contractantă a publicat un nou set de măsuri de remediere privind conținutul Acordului contractual și al Anexei la Ofertă (***Anexa C8***). În cadrul Acordului contractual revizuit, CNAIR a eliminat art. 15 (cu renumerotarea articolelor) și a redus termenul maxim de plată la 30 de zile (art. 18.2, după renumerotarea clauzelor), păstrând prevederile atacate prin contestația precizată. Dintre acestea, prezenta plângere vizează următoarele prevederi care încalcă, după caz, Legea nr. 98/2016, Legea nr. 101/2016, HG nr. 1405/2010 și Ordinul nr. 146/2011:

7. ***În primul rând,*** în ceea ce privește art. 8 din Acordul contractual (referitor la Sub-clauza 3.5 [Stabilirea modului de soluționare]), deși nu se mai prevede termenul de decădere – foarte scurt, de 42 de zile – pentru formularea acțiunii ulterioare unei determinări a Inginerului (sau lipsei acesteia) și nici competența exclusivă a instanțelor de contencios administrativ, **este suprimat, în continuare, rolul Comisiei de Adjudecare a Disputelor**, entitate imparțială investită cu soluționarea disputelor părților în cadrul unei proceduri prearbitrale. De asemenea, se prevede o **competență alternativă în favoarea Curții de Arbitraj Comercial Internațional *sau* în favoarea instanței de contencios administrativ**, mecanism care nu este doar nepractic în mod manifest, ci și nelegal, astfel cum vom arăta.

8. ***În al doilea rând***, art. 21, 22 și 23 din Acordul contractual în forma revizuită, care modifică Sub-clauzele 20.1 [Revendicările antreprenorului], elimină Sub-clauzele 20.2-20.5 și 20.7-20.8, și, respectiv, modifică Sub-clauza 20.6 [Arbitrajul], prevăd aceeași alternativă între procedura de drept comun și arbitraj. De asemenea, art. 21, în forma modificată, prevede, în continuare, sancțiunea decăderii Antreprenorului din dreptul de a valorifica o pretenție dacă nu transmite revendicarea sa detaliată în termen de 42 de zile de la data la care a cunoscut sau trebuia să cunoască împrejurările care au generat pretențiile. Pentru motivele arătate în continuare, aceasta este o restrângere nerezonabilă a drepturilor Antreprenorului, stipulată cu încălcarea HG nr. 1405/2010 și a Ordinului nr. 146/2011.

9. ***În al treilea rând***, art. 28 alin. (1) lit. b) din Acordul contractual menține, contrar Legii nr. 500/2002, Codului civil, HG nr.1405/2010 și Ordinului nr. 146/2011, prevederea care permite autorității contractante să denunțe unilateral contractul, cu consecințe prejudiciabile pentru antreprenor, sub motiv că s-a sistat finanțarea.

10. În continuare, vom arătat motivele pentru care dispozițiile menționate, cuprinse în documentația de atribuire, sunt nelegale, impunându-se înlăturarea sau modificarea lor în sensul arătat în prezenta plângere.

II. Nelegalitatea prevederilor atacate din documentația de atribuire

A. Observație preliminară – aplicarea HG nr. 1405/2010 și a Ordinului nr. 146/2011

11. În p. 11 (paragraful 3) din decizia atacată, CNSC a reținut că:

> *„(...) autoritatea contractantă a înțeles să utilizeze, ca parte a documentației de atribuire, condiții contractuale ce se regăsesc în Anexa 2 a HG nr. 1405/2010 privind aprobarea utilizării unor condiții contractuale ale Federației Internaționale a Inginerilor Consultanți în Domeniul Contrcuțiilor (FIDIC) pentru obiective de investiții din domeniul infrastructurii de transport de interes național, finanțate din fonduri publice."*

12. Formularea CNSC sugerează că utilizarea condițiilor contractuale reglementate de HG nr. 1405/2010 și a Ordinului nr. 146/2011 era o simplă opțiune pentru autoritatea contractantă, care putea, în consecință, să modifice liber aceste condiții contractuale.

13. Dimpotrivă, învederăm că **CNAIR avea obligația, iar nu doar facultatea de a utiliza condițiile contractuale reglementate de cele două acte normative menționate.** În consecință, autoritatea contractantă nu putea opera, discreționar, modificări ale condițiilor contractuale, cu atât mai mult cu cât unele dintre modificările cuprinse în Acordul contractual revizuit afectează esența clauzelor contractuale reglementate de HG nr. 1405/2010 și de Ordinul nr.

146/2011 (de exemplu, clauzele privind soluționarea disputelor și cele referitoare la mecanismul efectuării plăților).

14. În acest sens, în art. 2 din HG nr. 1405/2010, a fost încorporat pragul valoric prevăzut de art. 124 lit. c) din OUG nr. 34/2006, adică pragul de 4,845,000 euro, dincolo de care folosirea condițiilor contractuale prevăzute de acest act normativ (și de Ordinul nr. 146/2011) este obligatorie:

> *„Toate unitățile aflate în subordinea sau sub autoritatea Ministerului Transporturilor și Infrastructurii **au obligația de a folosi condițiile contractuale prevăzute la art. 1 la încheierea contractelor de lucrări pentru obiective de investiții din domeniul infrastructurii de transport de interes național, finanțate din fonduri publice, atunci când valoarea estimată a contractului depășește pragul valoric prevăzut de art. 124 lit. c) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006** privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii, aprobată cu modificări și completări prin Legea nr. 337/2006, cu modificările și completările ulterioare."*

15. Aplicând cursul valutar utilizat de către autoritatea contractantă (cursul mediu al BNR pentru luna iunie 2017, 1 euro = 4.5714 lei), rezultă că pragul relevant pentru obligativitatea condițiilor contractuale adoptate prin HG nr. 1405/2010 și Ordinul nr. 146/2011 este de 22,057,005 lei.

16. Or, valoarea estimată a contractului preconizat este de 23,227,100.23 lei. **Așadar, valoarea contractului depășește pragul încorporat în HG nr. 1405/2010.** La aceeași concluzie s-ar ajunge și dacă s-ar folosi cursul maxim publicat de către BNR în anul 2017 (1 euro = 4.5991 lei, curs publicat în data de 29.09.2017; la acest curs, pragul de obligativitate a condițiilor contractuale adoptate prin HG nr. 1405/2010 ar fi de 22,190,657.5 lei, tot inferior valorii estimate a contractului).

17. Prin urmare, în toate ipotezele, valoarea estimată a contractului este superioară pragului valoric dincolo de care, conform art. 2 din HG nr. 1405/2010, este obligatorie utilizarea condițiilor contractuale reglementate de acest normativ. În temeiul art. 3 din HG nr. 1405/2010, tot obligatorii sunt și condițiile contractuale speciale adoptate prin Ordinul nr. 146/2011.

18. **Ca atare, diferitele derogări de la HG nr. 1405/2010 și Ordinul nr. 146/2011, prevăzute în documentația de atribuire, sunt nevalabile întrucât încalcă aceste acte administrative cu caracter normativ. Autoritatea contractantă nu avea facultatea de a opera orice fel de modificări în condițiile contractuale.**

19. Mai precizăm doar că această concluzie nu este afectată de abrogarea OUG nr. 34/2006 prin Legea nr. 98/2016, căci această abrogare nu ar putea însemna decât fie menținerea pragului încorporat în HG nr. 1405/2010 (valoarea prevăzută, anterior, de art. 124 lit. c) din OUG nr. 34/2006), fie abrogarea implicită a trimiterii la pragul reglementat de OUG nr. 34/2006, cu consecința obligativității generale a condițiilor contractuale standardizate, indiferent de

valoarea estimată a contractului, în temeiul art. 65 alin. (5) teza a II-a din Legea nr. 24/2000 (*„Abrogările parțiale sunt asimilate modificărilor de acte normative, actul normativ abrogat parțial rămânând în vigoare prin dispozițiile sale neabrogate"*).

B. Art. 8 din Acordul contractual (referitor la Sub-clauza 3.5 [Stabilirea modului de soluționare])

20. În forma revizuită a Acordului contractual, art. 8 are, în prezent, următorul conținut:

„Ori de câte ori aceste Condiții stipulează că Inginerul va acționa în conformitate cu prevederile Sub-Clauzei 3.5 pentru a conveni sau a stabili modul de soluționare a unei probleme, Inginerul se va consulta cu fiecare Parte în încercarea de a ajunge la un acord.

*Dacă nu se ajunge la un acord în termen de 70 de zile de la data transmiterii unei revendicări detaliate, în conformitate cu prevederile Sub-Clauzei 2.5 [Revendicările Beneficiarului] sau Sub-Clauzei 20.1 [Revendicările Antreprenorului], **Inginerul va stabili o soluționare imparțială în conformitate cu prevederile Contractului,** în termen de 84 de zile de la data transmiterii unei revendicări detaliate în conformitate cu prevederile Sub-Clauzei 2.5 [Revendicările Beneficiarului] sau Sub-Clauzei 20.1 [Revendicările Antreprenorului] luând în considerare toate circumstanțele relevante.*

Inginerul va înștiința ambele Părți cu privire la fiecare acord sau stabilire a modului de soluționare, prezentând motivația de susținere. Fiecare Parte se va conforma oricărui acord.

Dacă, în absența unui acord al Părților, Inginerul nu a stabilit un mod de solutionare în conformitate cu prevederile acestei Sub-Clauze în termen de 84 de zile de la data transmiterii revendicării detaliate, oricare Parte poate, în termen de 30 zile, să transmită o înștiințare de nemulțumire celeilalte Părți.

Înștiințarea de nemulțumire va menționa că este emisă în conformitate cu prevederile acestei Sub-Clauze și va prezenta obiectul revendicării și motivul (motivele) de nemulțumire. În termenul legal de la transmiterea unei înștiințări de nemulțumire în conformitate cu prevederile acestei Sub-Clauze, Partea

nemulțumită se va adresa instantei judecatoresti de contencios administrativ si fiscal romana sau Curtii de Arbitraj Comercial Internațional, in conformitate cu OUG 92/1997 cu modificarile si completarile ulterioare.

În cazul în care nu a fost transmisa o înștiințare de nemulțumire în termen, sau a fost transmisa o instiintare de nemultumire dar niciuna dintre Parti nu s-a adresat instantelor de judecata romane sau Curtii de Arbitraj in termenul legal sau contractual, se consideră că Partea reclamantă și-a anulat revendicarea și

Partea reclamată va fi exonerată de orice responabilitate legată de revendicarea respectivă. Anularea revendicarii va deveni definitivă, irevocabilă și obligatorie pentru ambele Părți de la acel termen.

*Dacă vreuna dintre Părți nu este mulțumită de stabilirea modului de solutionare emis de Inginer, atunci acea Parte poate, în termen de 30 zile de la primirea acestuia să transmită o înștiințare de nemulțumire celeilalte Părți. Înștiințarea de nemulțumire va menționa că este emisă în conformitate cu prevederile acestei Sub-Clauze și va prezenta obiectul revendicării și motivul (motivele) de nemulțumire. **În termenul legal de la transmiterea unei înștiințări de nemulțumire în conformitate cu prevederile acestei Sub- Clauze, Partea nemulțumită se va adresa instantelor de judecata romane sau Curtii de Arbitraj.** În cazul în care niciuna dintre Părți nu transmite o înștiințare de nemulțumire în termen, sau a fost transmisa o instiintare de nemultumire dar niciuna dintre Parti nu s-a adresat instantelor de judecata romane sau Curtii de Arbitraj, in termenul legal sau contractual mentionat mai sus, stabilirea modului de soluționare emisă de către Inginer va deveni definitivă si obligatorie pentru ambele Părți de la acel termen."*

21. Astfel formulat, art. 8 din Acordul contractual revizuit rămâne o prevedere nelegală a documentației de atribuire pentru cel puțin două motive.

1. Nelegalitatea soluției de eliminare a procedurii CAD și de preluare a rolului CAD de către Inginer

22. În primul rând, art. 8 din Acordul contractual revizuit, astfel cum a fost menținut de către CNSC, tinde să deroge nepermis de la HG nr. 1405/2010 și de la Ordinul nr. 146/2011 în ceea ce privește existența procedurii prearbitrale din fața Comisiei de Adjudecare a Disputelor („*CAD*") și rolurile distincte îndeplinite de CAD și de Inginer.

23. Astfel, Inginerul preia rolul pe care, conform reglementărilor obligatorii menționate, îl are CAD, 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.**

24. Din acest punct de vedere, este greșită interpretarea CNSC (p. 12 din decizie) în sensul că Sub-clauza 20.6 [Arbitrajul] și următoarele din cuprinsul HG nr. 1405/2010 ar permite învestirea Curții de Arbitraj în lipsa parcurgerii procedurii din fața Comisiei de Adjudecare a Disputelor („*CAD*"), care, mai mult, ar putea lipsi integral.

25. Dimpotrivă, din etapele procedurii de soluționare a disputelor, reglementată de Sub-clauzele 20.1-20.8 (HG nr. 1405/2010 și Ordinul nr. 146/2011), rezultă cu certitudine că **procedura prearbitrală în fața „CAD" este obligatorie în sistemul condițiilor contractuale FIDIC, preluat**

în HG nr. 1405/2010 și în Ordinul nr. 146/2011. Mai exact, după ce Sub-clauzele 20.2-20.5 reglementează procedura CAD, Sub-clauza 20.6 prevede, în primul paragraf, că:

> *„Exceptând cazurile în care disputele se soluționează pe cale amiabilă, **orice dispută pentru care decizia CAD (dacă există) nu a devenit finală și obligatorie** va fi soluționată prin arbitraj internațional."*

26. Sintagma *„dacă există"*, pe care a avut-o în vedere CNSC, nu se referă la pretinsa neobligativitate a procedurii CAD, adică la facultatea părților de a se adresa direct arbitrajului dacă doresc, ci la ipotezele în care Comisia nu s-a putut constitui sau a expirat perioada sa de funcționare, ori în care Comisia, deși constituită, nu a emis decizia CAD în termenul prevăzut în condițiile contractuale (84 de zile). În acest sens, Sub-clauza 20.6 trebuie corelată cu Sub-clauza 20.8, care prevede:

> *„Dacă între Părți apare o dispută referitoare la sau în legătură cu Contractul sau cu execuția Lucrărilor **și nu există o CAD, din cauză că perioada de funcționare a CAD a expirat, sau din alte cauze**:*
>
> *(a) prevederile Sub-Clauzei 20.4 [Obținerea Deciziei Comisiei de Adjudecare a Disputelor] și Sub-Clauzei 20.5 [Soluționarea pe Cale Amiabilă] nu se vor aplica, și*
>
> *(b) **disputa poate fi prezentată direct la arbitraj** potrivit prevederilor Sub-Clauzei 20.6 [Arbitrajul]."*

27. **Așadar, în sistemul condițiilor contractuale FIDIC preluate în HG nr. 1405/2010, există CAD, iar procedura CAD este obligatorie pentru a se putea accede la arbitraj, în afara unor cazuri excepționale în care CAD nu se poate constitui, a expirat sau nu își îndeplinește rolul conform contractului.**

28. Pe de altă parte, în măsura în care CNSC s-a referit la faptul că părțile sunt libere, în principiu, să prevadă o altă procedură de soluționare a disputelor decât cea din condițiile contractuale standard, raționamentul din decizie este greșit deoarece, **odată implementate prin HG nr. 1405/2010 și prin Ordinul nr. 146/2011, aceste condiții contractuale nu mai au simpla natură a unor clauze-tip pe care părțile le pot încorpora în contract, ci sunt norme obligatorii, cu forța juridică a actelor administrative cu caracter normativ care le reglementează.**

29. Ca atare, cât timp însăși HG nr. 1405/2010 și, mai departe, Ordinul nr. 146/2011, prevăd existența CAD și obligativitatea procedurii CAD, autoritatea contractantă nu poate stipula, prin documentația de atribuire, clauze contractuale care modifică acest mecanism de soluționare a disputelor, pentru că nu poate, prin documentația de atribuire, să deroge de la aceste două acte normative.

2. Competența alternativă stipulată în mod nelegal

30. De asemenea, art. 8 din Acordul contractual revizuit este nevalabil pentru că prevede că:

„În termenul legal de la transmiterea unei înștiințări de nemulțumire în conformitate cu prevederile acestei Sub-Clauze, Partea nemulțumită se va adresa instanțelor de judecata romane sau Curtii de Arbitraj."

31. Or, cu toate că, în urma măsurilor de remediere luate de către CNAIR ulterior notificării subscrisei, se prevede o opțiune formală în ceea ce privește forul învestit cu soluționarea litigiilor – instanțele de contencios administrativ sau arbitrajul – acest sistem nepractic încalcă atât HG nr. 1405/2010 și Ordinul nr. 146/2011, care prevăd doar arbitrajul, cât și art. 553 C. proc. civ.

32. Astfel, întâi, această clauză de competență alternativă în favoarea arbitrajului sau a instanței de judecată române încalcă HG nr. 1405/2010 și Ordinul nr. 146/2011, **ambele acte normative reglementând, în Sub-clauza 20.6, doar clauza compromisorie prin care toate disputele sunt date în competența arbitrajului.** Sub acest aspect, CNSC a omis, din nou, să constate că aceste dispoziții ale HG nr. 1405/2010 și ale Ordinului nr. 146/2011 nu sunt aplicabile ca simple modele de clauze contractuale standardizate, de la care autoritatea contractantă poate să deroge sau nu, ci ca norme obligatorii pentru autoritatea contractantă, cu forța juridică a actelor administrative cu caracter normativ în care sunt cuprinse.

33. Apoi, clauza de competență alternativă încalcă art. 553 C. proc. civ., care dispune că:

„Încheierea convenției arbitrale exclude, pentru litigiul care face obiectul ei, competența instanțelor judecătorești."

34. În p. 13 din decizia atacată, CNSC reține că art. 553 C. proc. civ. ar stabili tocmai *„contrariul susținerilor contestatoarei"*, deci că din această dispoziție ar rezulta că părțile pot să prevadă o convenție arbitrală în care litigiile sunt date fie în competența arbitrajului, fie în competența instanțelor de drept comun.

35. Interpretarea CNSC este manifest nefondată. Nicio parte a art. 553 C. proc. civ. nu prevede că o clauză arbitrală poate stabili în mod valabil o competență alternativă între arbitraj și instanțele de drept comun. **Dimpotrivă, norma este clară în sensul că, prin simpla stipulare a arbitrabilității unui litigiu (*„[î]ncheierea convenției arbitrale"*), este exclusă în mod necesar competența instanțelor judecătorești pentru acel litigiu.** Prin chiar conținutul său literal – folosirea termenului *„exclude"* – art. 553 C. proc. civ. determină ca o clauză arbitrală valabil stipulată să echivaleze cu o clauză de alegere a competenței exclusive a arbitrajului.

36. **Or, clauza prin care se prevede că litigiul va fi deferit arbitrajului, dar care păstrează în același timp alternativa cererii în fața instanțelor judecătorești, încalcă această dispoziție imperativă privind efectul obligatoriu al unei clauze arbitrale, fiind nulă ca urmare a nevalabilității obiectului său (nepermis de lege).**

37. În realitate, ignorând Codul de procedură civilă, HG nr. 1405/2010 și Ordinul nr. 146/2011, CNSC s-a bazat pe o interpretare literală, dar manifest eronată, a unor dispoziții din Ordonanța de Urgență a Guvernului nr. 92/1997 privind protecția investițiilor directe (*„OUG nr. 92/1997"*) și din Legea nr. 101/2016.

38. Astfel, art. 4 alin. (2) din OUG nr. 92/1997 prevede, între drepturile de care beneficiază investitorii în România, de *„dreptul (...) de a alege instanțele judecătorești sau arbitrale competente pentru soluționarea eventualelor litigii."* Această nu are și nu poate avea – contrar interpretării aparent date de către CNSC – semnificația că, întotdeauna, investitorul are o opțiune în ceea ce privește forul competent pentru soluționarea litigiilor la care devine parte în România. Norma nu înlătură nici regulile Codului de procedură civilă privind competența alternativă și nici regimul clauzelor arbitrale, nefiind de conceput o posibilitate nelimitată a investitorului de a-și alege instanța competentă chiar dacă ar exista reguli de competență exclusivă aplicabile, sau de a recurge la arbitraj chiar și în lipsa unei clauze arbitrale.

39. În realitate, acest drept al investitorilor trebuie interpretat și în lumina art. 4 alin. (1) din OUG nr. 92/1997, care interzice măsurile discriminatorii împotriva investitorilor. Art. 4 alin. (2) nu are altă semnificație decât aceea că, presupunând că sunt incidente cazuri de competență alternativă a instanțelor ori că este aplicabilă o clauză arbitrală, drepturile care decurg pentru investitor din astfel de dispoziții ori de clauze nu pot fi restrânse, în mod discriminatoriu, de către stat sau de către autoritățile acestuia.

40. Pe de altă parte, art. 11 din OUG nr. 92/1997, la care, de asemenea, s-a raportat CNSC, nu are sensul de a institui o opțiune generală a investitorului între instanțele judecătorești și arbitraj, ci este **o normă specială aplicabilă strict litigiilor privind drepturile reglementate de regimul special al protecției investițiilor directe, în capitolele II și V din OUG nr. 92/1997**. Tocmai din acest motiv, procedurile arbitrale utilizabile sunt cele ale Convenției pentru reglementarea diferendelor relative la investiții între state și persoane ale altor state (ICSID) sau ale UNCITRAL.

41. În plus, art. 11 din OUG nr. 92/1997 nu susține opinia CNSC și pentru simplul motiv că, în ipoteza acestei norme, nu este în discuție o competență alternativă (între arbitraj și instanțele judecătorești) stipulată printr-o clauză sau o convenție arbitrală – precum ar fi cea introdusă de către CNAIR în documentația de atribuire – ci o competență alternativă prevăzută chiar de lege. Or, faptul că legea însăși prevede, într-un caz special, o asemenea competență alternativă, nu este pertinent pentru a stabili dacă legea permite, în alte cazuri, stabilirea prin contract a unei asemenea competențe alternative. În cea din urmă ipoteză, este aplicabil art. 553 C. proc. civ., clauza fiind nulă.

42. În fine, același tip de interpretare literală greșită a fost aplicat de către CNSC și în privința art. 57 din Legea nr. 101/2016, care dispune că:

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

43. Or, nu se înțelege cum s-ar putea susține că această normă permite o clauză de competență alternativă între arbitraj și instanțele judecătorești. **Dimpotrivă, sensul clar al dispoziției este acela că, după ce reglementează regulile de competență a instanțelor în materia litigiilor privind achizițiile publice, Legea nr. 101/2016 permite părților ca, printr-o clauză arbitrală, să înlăture această competență a instanțelor și să prevadă competența unui tribunal arbitral. Art. 57 nu prevede că părțile pot conveni ca litigiile enumerate să fie soluționate prin arbitraj**

sau prin cerere adresată instanţelor judecătoreşti, ci numai că, în locul competenţei instanţelor – nu simultan cu aceasta – părţile pot să prevadă o clauză arbitrală.

44. Aşadar, art. 8 din Acordul contractual revizuit încalcă Codul de procedură, HG nr. 1405/2010 şi Ordinul nr. 146/2011, iar dispoziţiile OUG nr. 92/1997 şi ale Legii nr. 101/2016 nu afectează această concluzie. În plus, subliniem că un asemenea sistem de competenţă alternativă ar fi profund nepractic din mai multe motive. Întâi, chiar şi dacă s-ar admite raţionamentul CNSC, se observă că opţiunea dintre arbitraj şi procedura judiciară revine ambelor părţi, cu urmarea că există riscul ca fiecare parte să fie stimulată să blocheze opţiunea celeilalte, adresându-se prima organului de jurisdicţie pe care îl preferă şi fixând competenţa acestuia pentru litigiul respectiv, indiferent de preferinţa celeilalte părţi. Clauza este de natură să creeze, astfel, o „cursă" a părţilor în sesizarea organului de jurisdicţie preferat, pentru a preîntâmpina opţiunea celeilalte părţi. Totodată, se poate ajunge la situaţia în care unele litigii izvorâte din contract sunt deferite instanţelor judecătoreşti, în timp ce altele sunt deferite arbitrajului, apărând inevitabil probleme precum competenţa organului jurisdicţional sesizat prin raportare la obiectul litigiului dedus procedurii alternative sau suspendarea uneia dintre cele două proceduri până la finalizarea celeilalte. Asemenea consecinţe imprevizibile în ceea ce priveşte soluţionarea litigiilor nu sunt compatibile cu cerinţa unei informări complete, corecte şi precise cu privire la contractul de achiziţie publică (art. 154 din Legea nr. 98/2016).

45. În concluzie, stipularea, în art. 8 din Acordul contractual revizuit, a unei alternative între competenţa arbitrajului şi aceea a instanţelor judecătoreşti, este nelegală, impunându-se înlăturarea sa.

C. Art. 18.2 din Acordul contractual revizuit

46. Art. 18.1 şi 18.2 din Acordul contractual, în forma rezultată din măsurile de remediere dispuse după pronunţarea deciziei CNSC, prevăd că:

> *"18.1 Sub-clauzei 14.7 [Plăţile], Sub-clauzei 14.8 [Întârzieri în efectuarea plăţilor], Sub-clauzei 14.13 [Emiterea Certificatului Final de Plată] şi Sub-clauzei 14.16 [Rambursarea] din Condiţiile Speciale de Contract* ***li se vor aplica prevederile art. 6 din cadrul Legii nr. 72/2013*** *privind măsurile pentru combaterea întârzierii în executarea obligaţiilor de plată a unor sume de bani rezultând din contractele încheiate între profesionişti şi între aceştia şi Beneficiar cu modificări şi completări ulterioare. În situaţia în care există vreo contradicţie între prevederile Condiţiilor Speciale de Contract şi Legea nr. 72/2013 cu modificări şi completări ulterioare, vor prevala dispoziţiile legale incidente.*
>
> *18.2 Beneficiarul va plăti Antreprenorului valoarea specificată în fiecare factură corespunzătoare fiecărui Certificat Interimar de Plată şi Certificatului Final de Plată, în termen de 30 de zile de la data primirii facturii,* ***dacă Certificatul de Plată aferent facturii respective a fost deja aprobat*** *sau în termen de 30 de*

zile de la data aprobării Certificatelor Interimare de Plată/Certificatului Final de Plată de către Beneficiar, în situația în care factura este emisă anterior aprobării Certificatelor."

47. Art. 18.2 din Acordul contractual, care trebuie interpretat alături de art. 18.1, 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. 18.2 din Acordul contractual încalcă Ordinul nr. 146/2011

48. Sub aspectul termenelor de plată a facturilor emise de către Antreprenor, Ordinul nr. 146/2011 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 zile 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 (...)."

49. Art. 18.2 din Acordul contractual revizuit derogă nepermis de la aceste prevederi obligatorii, stipulând, după măsurile de remediere luate de către autoritatea contractantă, un termen de plată de 30 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).

50. **Derogarea privește atât durata termenului, cât și, mai important sub aspect practic, momentul de început al acestuia. CNSC, în pp. 15-16 din decizia sa, s-a raportat numai la durata termenului de plată**, apreciind că prevederea termenului de 60 de zile era nejustificată. În schimb, în mod greșit, CNSC nu a analizat a doua critică a contestatoarei în privința conținutului art. 18.2 din Acordul contractual, anume momentul la care începe să curgă termenul de plată.

51. Or, sub cel din urmă aspect, **art. 18.2 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 – fără să se prevadă un termen pentru această aprobare – și care, în consecință, poate să întârzie oricât de mult plata prin simplul refuz de a aproba certificatul corespunzător.** Astfel cum vom arăta în continuare, consecința acestui moment incert de început al termenului de plată este că, pe lângă HG nr. 1405/2010 și Ordinul nr. 146/2011, art. 18.2 încalcă în continuare și dispozițiile Legii nr. 72/2013.

2. Art. 18.2 din Acordul contractual încalcă Legea nr. 72/2013

52. 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) Părțile 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 instituțiilor publice din domeniul sănătății și entităților publice care furnizează servicii medicale de sănătate, termenul legal de plată pentru obligațiile băneşti rezultând din contracte încheiate cu profesioniști 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 obligațiilor autorităților contractante nu pot fi mai mari decât termenele stabilite potrivit art. 6 alin. (1).** În mod excepțional, părțile 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.

53. 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 obligaţie de punere în întârziere pentru a opera curgerea dobânzilor;

c) prevăd un termen mai mare de la care creanţa produce dobânzi decât cel prevăzut la art. 3 alin. (3) sau, după caz, la art. 6 şi 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.

54. Se poate observa că mecanismul de plată prevăzut în documentația de atribuire revizuită 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 30 de zile, a cărui curgere depinde de parcurgerea unei proceduri contractuale de verificare (aprobarea Certificatului de Plată de către Beneficiar).

55. **În realitate, art. 18.2 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.**

56. **Or, în ciuda cerinței imperative din art. 6 alin. (2) din Legea nr. 72/2013, Acordul contractual revizuit 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.**

57. Ca atare, în lipsa oricărei circumstanțieri a procedurii și a termenului pentru aprobarea din partea Beneficiarului, termenele de plată prevăzute de Art. 18.2 din Acordul contractual încalcă art. 7 raportat la art. 6 alin. (1) lit. c) și alin. (2) din Legea nr. 72/2013. Ele sunt, prin urmare, abuzive chiar prin calificarea legii [art. 14 lit. d)], putând fi extinse oricât de mult prin manifestarea unilaterală de voință a Beneficiarului, contrar restricțiilor din art. 6-7 din Legea nr. 72/2013.

58. Din acest punct de vedere, decizia CNSC este eronată prin aceea că se concentrează exclusiv pe termenul maxim de plată, dar ignoră elementul esențial al momentului de la care acest termen începe să curgă. Cât timp singurul moment prevăzut în Acordul contractual este acela al actului unilateral de aprobare a certificatului de plată de către Beneficiar, fără vreo limită în timp pentru această procedură de verificare, termenul de plată este transformat, în realitate,

într-o condiție potestativă din partea debitorului obligației de plată, care poate să amâne oricât de mult momentul în care începe să curgă termenul de plată. Acest mecanism este, cu certitudine, contrar Legii nr. 72/2013, care, în special prin art. 6 alin. (2), pretinde inclusiv stipularea unei limitări în timp a procedurilor contractuale de verificare de care depinde curgerea termenului de plată, tocmai pentru a preveni situații de natura celei create prin Acordul contractual din speță.

59. În concluzie, și după măsurile de remediere luate în urma deciziei CNSC, Art. 18.2 din Acordul contractual încalcă dispozițiile Legii nr. 72/2012 și este nevalabil conform art. 15 din acest act normativ.

3. Art. 18.2 din Acordul contractual încalcă Legea nr. 98/2016

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

61. 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.

62. 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. 21-23 din Acordul contractual revizuit

63. Art. 21-23 din Acordul contractual revizuit (în renumerotarea presupusă de măsurile de remediere adoptate de către CNAIR ulterior deciziei CNSC) au următorul conținut:

> *21. Prevederile Sub-clauzei 20.1 [Revendicările Antreprenorului] din Conditiile Generale de Contract se modifica dupa cum urmeaza:*
>
> *"Dacă Antreprenorul se considera îndreptățit la o prelungire a Duratei de Execuție si/sau la plăți suplimentare, potrivit prevederilor oricărei Clauze din aceste Condiții sau conform altor prevederi legate de Contract, Antreprenorul va transmite Inginerului o înștiințare în care să descrie evenimentele sau circumstanțele care au determinat apariția revendicării.*

Înstiinţarea va fi trimisă cât mai curând posibil dar nu mai târziu de 28 de zile din momentul în care Antreprenorul a cunoscut sau ar fi trebuit să cunoască evenimentele sau circumstanţele respective.

Dacă Antreprenorul nu reuseste să transmită înstiinţarea cu privire la o revendicare în termen de 28 de zile, Durata de Execuţie a Lucrărilor nu va fi prelungită, Antreprenorul nu va avea dreptul la plăţi suplimentare, iar Beneficiarul va fi exonerat de orice responsabilitate legată de revendicarea respectivă.

În caz contrar se vor aplica următoarele prevederi ale acestei Sub-Clauze.

Antreprenorul va transmite, de asemenea, orice alte înstiinţări cerute prin Contract si va asigura documente justificative cu privire la revendicare, toate făcând referire la evenimentele sau circumstanţele relevante.

Antreprenorul va ţine pe Santier sau în alt loc acceptat de către Inginer acele înregistrări din perioada de execuţie care sunt necesare pentru fundamentarea oricărei revendicări. Aceste înregistrări vor include in mod obligatoriu şi datele financiare, contabile şi altele asemenea, referitoare la costurile suportate de către Antreprenor, in vederea fundamentarii costurilor suplimentare solicitate. După primirea unei înstiinţări potrivit prevederilor acestei Sub-Clauze, Inginerul poate monitoriza păstrarea înregistrărilor si/sau dispune Antreprenorului să continue păstrarea înregistrărilor din perioada de execuţie, fără ca aceasta să aibă semnificaţia acceptării responsabilităţii Beneficiarului. Antreprenorul va permite Inginerului să verifice toate înregistrările si va transmite Inginerului (dacă solicită) copii ale acestora.

Dacă Antreprenorul nu reuseste să transmită revendicarea detaliată în termenele prevăzute în paragrafele anterioare, Durata de Execuţie a Lucrărilor nu va fi prelungită, Antreprenorul nu va avea dreptul la plăţi suplimentare, iar Beneficiarul va fi exonerat de orice responsabilitate legată de revendicarea respectivă.

În termen de 42 de zile după ce Antreprenorul a cunoscut (sau ar fi trebuit să cunoască) evenimentele sau circumstanţele care au determinat revendicarea, Antreprenorul va transmite Inginerului o revendicare detaliată corespunzător care să conţină toate detaliile referitoare la motivul revendicării respective si la prelungirea duratei de execuţie si/sau costurilor suplimentare solicitate. Dacă evenimentele sau circumstanţele care au determinat revendicarea au un efect continuu, atunci:

(a) revendicarea detaliată corespunzător va fi considerată interimară;

(b) Antreprenorul va transmite lunar alte revendicări interimare, care să prezinte întârzierile cumulate si/sau costurile suplimentare solicitate, împreună cu detaliile pe care le poate solicita Inginerul în mod rezonabil, si

(c) Antreprenorul va transmite revendicarea finală în termen de 28 de zile de la sfârsitul perioadei în care s-au înregistrat efecte ca urmare a evenimentelor sau circumstanţelor produse, sau într-un interval de timp propus de către Antreprenor si aprobat de către Inginer.

*În cazul în care Inginerul nu răspunde în termen de 84 de zile, Antreprenorul poate, în termen de 30 zile, să transmită celeilalte Părţi o înştiinţare de nemulţumire. Înştiinţarea de nemulţumire va menţiona că este emisă în conformitate cu prevederile acestei Sub-Clauze şi va prezenta obiectul revendicării şi motivul (motivele) de nemulţumire. În acest caz, în termenul legal sau contractual de la transmiterea înştiinţării de nemulţumire în conformitate cu prevederile acestei Sub-Clauze, **Partea nemulţumită se va adresa instanţelor de judecata romane sau Curtii de Arbitraj Comercial International, in conformitate cu OUG 92/1997, cu modificarile si completarile ulterioare.***

În termen de 84 de zile de la primirea unei revendicări detaliate sau a detaliilor suplimentare care să fundamenteze o revendicare anterioară, Inginerul va răspunde printr-o aprobare sau respingere, prezentând argumente detaliate. Inginerul poate să solicite si alte detalii necesare, dar va transmite oricum, în acest termen, un răspuns referitor la principiile care au fundamentat revendicarea.

Fiecare Certificat de Plată va include acele valori ale revendicărilor care au fost fundamentate în mod rezonabil în conformitate cu prevederile Contractului. Până în momentul în care detaliile furnizate se dovedesc a fi suficiente pentru fundamentarea întregii revendicări, Antreprenorul va avea dreptul de a fi plătit numai pentru partea revendicării care a fost fundamentată corespunzător.

Inginerul va acţiona în conformitate cu prevederile Sub-Clauzei 3.5 [Stabilirea Modului de Soluţionare] pentru a conveni sau stabili (i) prelungirea (dacă este cazul) Duratei de Execuţie a Lucrărilor (înainte sau după expirarea acesteia) în conformitate cu prevederile Sub-Clauzei 8.4 [Prelungirea Duratei de Execuţie a Lucrărilor] si/sau (ii) plata costurilor suplimentare (dacă există) la care este îndreptăţit Antreprenorul, potrivit prevederilor Contractului.

Cerinţele acestei Sub-Clauze se adaugă la cele ale altor Sub-Clauze care se pot aplica unei revendicări.

Dacă Antreprenorul nu respectă prevederile acestei Sub-Clauze sau altor Sub-Clauze referitoare la o revendicare, la stabilirea prelungirii duratei de execuţie si/sau plăţii costurilor suplimentare se va lua în consideraţie măsura în care (dacă este cazul) procesul de investigare corectă a revendicării a fost împiedicat sau prejudiciat, si numai dacă revendicarea nu a fost respinsă conform prevederilor celui de-al doilea paragraf al acestei Sub-Clauze."

22. **Sub- Clauzele 20.2, 20.3, 20.4, 20.5, 20.7 si 20.8 din cadrul Conditiilor Contractuale (Speciale si Generale) nu se aplica.**

Solutionarea litigiilor se va realiza de catre instanta judecatoreasca de contencios administrativ si fiscal romana sau Curtea de Arbitraj Comercial Internațional, in conformitate cu OUG 92/1997 cu modificarile si completarile ulterioare.

Dacă între Părți apare un litigiu (de orice fel) în legătura cu solutionarea revendicarii de catre Inginer, cu executarea Lucrărilor, cu Contractul, sau care decurge din Contract, inclusiv un litigiu referitor la un certificat, stabilire, instrucțiune, opinie sau evaluare a Inginerului, oricare dintre parti poate solicita ca **acesta sa fie solutionat de catre instanta judecatoreasca de contencios administrativ si fiscal în circumscripția căreia se află sediului Autorității Contractante, sau de catre Curtea de Arbitraj Comercial Internațional, in conformitate cu OUG 92/1997 cu modificarile si completarile ulterioare,** transmițând instiintare si Inginerului.

Ambele Părți vor permite accesul pe Santier si vor pune la dispoziția instantei toate informațiile suplimentare necesare.

În afara de cazul în care instanta nu hotaraste altfel sau in cazul in care contractul nu a fost reziliat/denuntat in mod unilateral/anulat/lovit de nulitate, Antreprenorul isi va indeplini obligatiile contractuale pana la finalizarea litigiului.

Decizia ultimei instante devine executorie pentru oricare dintre Parti.

Orice referire din cadrul contractului la disputa se va interpreta in sensul de litigiu.

Orice referire din cadrul contractului cu privire la solutionarea unei dispute prin intermediul Comisiei de Adjudecare a Disputelor, soluționarii pe cale amiabilă sau arbitraj se va interpreta in sensul OUG 92/1997 cu modificarile si completarile ulterioare.

23. Prevederile Sub-clauzei 20.6 [Arbitrajul] din Conditiile Speciale de Contract se modifica dupa cum urmeaza:

"Cu excepția disputelor soluționate pe cale amiabilă, orice dispută decurgând din sau în legătură cu Contractul care va apărea, incluzând fără rezerve orice dispută privind încălcări ale angajamentului, reziliere sau invaliditate, **in cazul in care partea care se considera nedreptatita nu recurge la instanta judecatoreasca de contencios administrativ si fiscal romana, disputa poate fi soluționată în final prin arbitraj la Camera Internațională de Comerț - conform mențiunilor din "Anexa la Ofertă"**. Dacă nu se stabileste altfel de către ambele Părți: (a) disputa va fi soluționată potrivit Regulamentului de

Arbitrare al Camerei Internaţionale de Comerţ, (b)disputa va fi soluţionată de către trei arbitri numiţi în conformitate cu prevederile acestui Regulament, si (c) arbitrajul va fi condus în limba de comunicare definită în Sub-Clauza 1.4 [Legea si Limba]. Arbitrul (arbitrii) vor avea autoritate deplină de a accesa, analiza si revizui orice certificat, stabilire a modului de soluţionare, instrucţiune, opinie sau evaluare făcută de Inginer,. Inginerul nu va putea fi împiedicat de a fi convocat drept martor si a oferi dovezi în faţa arbitrului (arbitrilor) Curtii de Arbitraj referitoare la orice problemă care să aibă relevanţă în dispută. Niciuna dintre Părţi nu va fi limitată în acţiunile sale legale în faţa arbitrului (arbitrilor) Curtii de Arbitraj la dovezile sau argumentele prezentate anterior Inginerului instantei Curtii de Arbitraj, în vederea obţinerii unei decizii, sau la motivele prezentate în nota de nemulţumire. Arbitrajul poate începe înainte sau după terminarea Lucrărilor. Obligaţiile Părţilor, si ale Inginerului nu vor putea fi modificate datorită derulării unui proces de arbitraj în timpul execuţiei Lucrărilor."

64. Precizăm, cu titlu preliminar, că actualele art. 21-23 corespund, ca obiect de reglementare, art. 23-24 din forma inițială a Acordului contractual. Conținutul fostului art. 24, care modifica Sub-clauzele 20.2-20.8 din condițiile speciale ale contractului, prevăzând numai competența instanțelor de contencios administrativ, a fost scindat în două articole (actualele art. 22 și 23) după adoptarea primelor măsuri de remediere de către CNAIR (în art. 22 au rămas dispozițiile privind Sub-clauzele 20.2-20.5 și 20.7-20.8, în timp ce clauza arbitrală – nevalabilă pentru motivele deja arătate – a fost reintrodusă prin art. 23 din Acordul contractual, referitor la Sub-clauza 20.6 din condițiile speciale ale contractului).

65. CNSC a respins fără temei contestația subscrisei în ceea ce privește prevederile cuprinse, în prezent, în art. 21-23 din Acordul contractual revizuit. CNSC nu a oferit considerente explicite pentru respingerea contestației sub acest aspect, ci, după arătarea motivelor pentru care a apreciat că art. 8 din Acordul contractual ar fi legal, a reținut numai că:

„În mod implicit, pentru același raționament juridic, Consiliul va respinge și capătul de cerere privind eliminarea art. 23 și 24 din Acordul contractual, ca nefondat."

66. Această soluție este nelegală cel puțin pentru că ignoră unul dintre motivele invocate în susținerea contestației, anume instituirea nelegală a unui termen contractual de decădere în ceea ce privește drepturile Antreprenorului.

67. Astfel, generalizând, art. 21-23 din Acordul contractual revizuit sunt nelegale deoarece: *(i)* toate prevăd, nelegal, competența alternativă a instanțelor judecătorești sau a instanței arbitrale; *(ii)* în plus, art. 21 prevede, de asemenea în mod nelegal, un termen de decădere căruia îi sunt supuse pretențiile Antreprenorului.

1. Competența alternativă

68. Art. 21-23 din Acordul contractual revizuit reiau dispoziția privind competența alternativă a instanțelor judecătorești sau a tribunalului arbitral, cuprinsă și în art. 8 din Acordul contractual revizuit. În particular, art. 23 reprezintă, formal, clauza compromisorie în care este prevăzută, însă, nu doar procedura arbitrală, ci și, alternativ, procedura judiciară.

69. Nelegalitatea acestei prevederi privind competența alternativă și, în special, a unei clauze compromisorii având un asemenea conținut, a fost arătată în cadrul analizei privitoare la art. 8 din Acordul contractual (**secțiunea II.B *supra***). Toate motivele arătate sunt aplicabile și art. 21-23 din Acordul contractual, dispoziții care, în consecință, sunt nelegale.

2. Decăderea Antreprenorului din drepturile sale

70. În actualul art. 21 din Acordul contractual revizuit a fost strecurată o modificare cu un impact deosebit de grav asupra drepturilor contractuale ale Antreprenorului. CNSC nu a analizat deloc acest aspect, deși motivul fusese invocat prin contestație.

71. 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 suplimentare, 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).

72. 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."*

73. 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.

E. Art. 27 alin (1) lit. b) din Acordul contractual revizuit

74. Art. 27 alin. (1) lit. b) din forma revizuită a Acordului contractual instituie un caz de denunțare unilaterală:

> *(1) Beneficiarul își rezervă dreptul de a denunța unilateral contractul de lucrări, din motiv de exced [sic!] culpei sale, atunci când:*
>
> *(b) în situația în care alocarea resurselor financiare a fost sistată."*

75. 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.

76. ***În primul rând***, ca și în cazul celorlalte prevederi din documentația de atribuire, vizate de prezenta contestație, actualul art. 27 alin. (1) lit. b) 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.**

77. ***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 angajează, 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.***"

78. 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.**

79. Din împrejurările arătate mai sus rezultă și de ce motivele pentru care CNSC a respins contestația în privința acestui caz de denunțare unilaterală sunt manifest nefondate. CNSC s-a bazat, în p. 16 din decizia sa, pe doar două motive: *(i)* ideea că denunțarea unilaterală este compatibilă cu condițiile contractuale FIDIC, care prevăd o asemenea posibilitate în Sub-clauzele 15.2 și 16.2; *(ii)* și afirmația că acest caz de denunțare unilaterală nu face decât să respecte art. 14 alin. (3) din Legea nr. 500/2002, care dispune că *„[n]icio cheltuială din fonduri publice nu poate fi angajată, ordonanțată și plătită dacă nu este aprobată potrivit legii și nu are prevederi bugetare."*

80. Or, primul motiv invocat de către CNSC este greșit deoarece condițiile contractuale FIDIC (HG nr. 1405/2010 și Ordinul nr. 146/2011), prin Sub-clauzele 15.2 [Rezilierea Contractului de către Beneficiar] și 16.2 [Rezilierea Contractului de către Antreprenor] reglementează rezilierea contractului, <u>ca sancțiune pentru neexecutarea obligațiilor</u>, iar nu denunțarea unilaterală de tipul celei reglementate de art. 27 din Acordul contractual revizuit. Cea din urmă este o instituție diferită, care presupune dreptul unei părți de a pune capăt unilateral contractului, în mod discreționar, fără necesitatea unei neexecutări din partea celeilalte părți. **Acest drept nu se regăsește în HG nr. 1405/2010 și în Ordinul nr. 146/2011, fiind incompatibil cu aceste acte normative.**

81. Al doilea motiv este neîntemeiat deoarece dispozițiile Legii nr. 500/2002 susțin concluzia contrară celei adoptate de către CNSC. Într-adevăr, beneficiarul va avea obligația de a nu angaja și efectua cheltuieli publice – inclusiv plăți în baza contractului de achiziție publică – decât în cazul în care cheltuielile sunt aprobate și bugetate conform legii. **Or, aceasta înseamnă tocmai că nu există nicio justificare legală pentru situația în care autoritatea**

contractantă denunță un contract sub motiv că nu mai dispune de finanțare. Premisa unei asemenea situații nu poate fi alta decât aceea că autoritatea nu și-a bugetat în mod corespunzător cheltuielile necesare. Denunțarea unilaterală pentru lipsa finanțării presupune, așadar, ca premisă, o **angajare nelegală a cheltuielilor publice**, peste limita creditelor bugetare aprobate. **Dimpotrivă, absența unui asemenea caz de denunțare este concordantă cu Legea nr. 500/2002, pentru că obligă autoritatea contractantă să se asigure că, prin contractul încheiat, angajează numai cheltuieli publice pentru care sunt bugetate fondurile necesare.**

III. Solicitarea de suspendare a procedurii de atribuire

82. În contextul deja prezentat, solicităm respectuos instanței să dispună suspendarea procedurii de atribuire până la soluționarea plângerii. În acest scop, învederăm că sunt îndeplinite condițiile art. 33 din Legea nr. 101/2016.

83. 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 referire 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.

84. 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)

85. 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 HG nr. 1205/2010, Ordinul nr. 146/2011, dispozițiile Codului de procedură civilă și ale Legilor nr. 98/2016 și 101/2016.

86. ***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"*.

87. La data formulării prezentei plângeri, termenul limită (revizuit) pentru depunerea ofertelor este 30 octombrie 2017 (***Anexa C9***). 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 acest termen limită.

88. Aşadar, întrucât este foarte probabil ca fondul plângerii să nu se soluţioneze până la împlinirea termenului de depunere a ofertelor, ceea ce ar conduce la aplicarea, pentru oferte, a condiţiilor nelegale din documentaţia de atribuire în forma sa actuală, este întemeiată solicitarea de suspendare a procedurii de atribuire.

Pentru toate aceste motive, solicităm respectuos instanţei de judecată să admită plângerea, să modifice în tot decizia CNSC şi, în consecinţă, să dispună următoarele măsuri de remediere:

1. **Eliminarea art. 8 din Acordul contractual revizuit, prin care este modificată Sub-clauza 3.5 [Stabilirea Modului de Soluţionare] din Condiţiile Speciale ale Contractului;**
2. **Eliminarea art. 18.2 din Acordul contractual revizuit (art. 19.2 anterior publicării, de către CNAIR, a măsurilor de remediere adoptate ca urmare a deciziei CNSC), prin care este modificată implicit clauza 14.7 [Plăţile] din Condiţiile Speciale ale Contractului;**
3. **Eliminarea art. 21-23 din Acordul contractual (art. 22-24 anterior publicării, de către CNAIR, a măsurilor de remediere adoptate ca urmare a deciziei CNSC), prin care este modificată Clauza 20 [Revendicări, Dispute şi Arbitraj] din Condiţiile Speciale ale Contractului;**
4. **Eliminarea art. 27 alin. (1) lit. b) din Acordul contractual revizuit, care instituie un caz de denunţare unilaterală a Contractului;**
5. **Obligarea autorităţii contractante la stabilirea unui nou termen până la care să poată fi depuse ofertele în concordanţă cu documentaţia de atribuire revizuită potrivit hotărârii instanţei.**

De asemenea, solicităm admiterea solicitării de suspendare a procedurii de atribuire până la soluţionarea plângerii.

În drept, prezenta plângere şi cerere de suspendare este întemeiată, în principal, pe dispoziţiile Legilor nr. 98/2016 şi 101/2016, ale Codului de procedură civilă, ale HG nr. 1405/2010 şi ale Ordinului ministrului transporturilor nr. 146/2011.

Pentru dovedirea motivelor plângerii şi ale cererii de suspendare a procedurii de atribuire, înţelegem să solicităm administrarea probei cu înscrisurile anexate, precum şi orice alte mijloace de probă admisibile în condiţiile art. 254 alin. (2) C. proc. civ.

Prin administrator