



Către: **Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor**
Str. Stavropoleos nr. 6, sector 3, București, 030084, România

Spre știință: **Compania Națională de Administrare a Infrastructurii Rutiere S.A.**
Bd. Dinicu Golescu nr. 38, sector 1, București, 010873

Referitor la: **Procedura de atribuire a contractului având ca obiect servicii privind elaborarea studiului de fezabilitate pentru „Drumul expres Cluj-Dej”**

DOMNULE PREȘEDINTE

Subscrișă, **CONSITRANS S.R.L.**, cu sediul în _____ str. _____ nr. _____ sector _____, înregistrată la ONRC sub nr. _____, având _____, telefon _____, reprezentată legal prin președinte _____, iar conventional prin _____, cu sediul în _____ str. _____ nr. _____, sector 1, e-mail _____, adresă la care solicităm, potrivit art. 158 Cod proc. civ., comunicarea tuturor actelor de procedură, persoană însărcinată cu primirea acestor acte fiind d-na _____, **în calitate de contestatoare,**

în contradicție cu

Compania Națională de Administrare a Infrastructurii Rutiere S.A., cu sediul în București, Bd. Dinicu Golescu nr. 38, sector 1, București, înregistrată la Oficiul Național al Registrului Comerțului sub nr. J40/552/15.01.2004, având CUI 16054368, reprezentată prin _____, **în calitate de autoritate contractantă,**

în temeiul art. 8 alin. (1) lit. a) și alin. (2) din Legea nr. 101/2016 formulăm prezenta:

CONTESTAȚIE

față de conținutul documentației de atribuire, respectiv a Fișei de date, Formulelor, Caietului de sarcini și al Contractului având ca obiect de servicii privind elaborarea studiului de fezabilitate pentru „Drumul expres Cluj-Dej” („Contractul de servicii”).

prin care vă solicităm să dispuneți:

- (i) **obligarea autorității contractante la adoptarea de măsuri de remediere privind conținutul Fișei de date, Formulelor, Caietului de sarcini și al Contractului de servicii**, constând fie (i) în punerea acestora în acord cu dispozițiile legale în materie și cu principiile care guvernează achizițiile publice, fie în (ii) anularea procedurii, în situația în care modificarea documentației de atribuire nu este posibilă;

- (ii) **obligarea autorității contractante la plata tuturor cheltuielilor ocazionate de soluționarea prezentei cauze.**

1. Aspecte privind situația de fapt

- 1.1 Prin Anuntul de participare nr. CN1031776 din 11.06.2021, Compania Națională de Administrare a Infrastructurii Rutiere S.A., în calitate de autoritate contractantă, a anunțat organizarea procedurii de achiziție de tipul licitație deschisă pentru atribuirea contractului având ca obiect servicii privind elaborarea studiului de fezabilitate aferent „Drumului expres Cluj-Dej”.

Cu această ocazie, în SEAP, în cuprinsul secțiunii privind *Lista de fișiere care compun documentația de atribuire* au fost publicate următoarele documente:

- Caietul de sarcini;
- Contractul de servicii;
- Fișa de date;
- Formulare;
- Anexa 1 la Documentația de Atribuire;
- DUAE Cerere.

- 1.2 În urma studierii Caietului de sarcini și a Contractului de servicii, subscrisa am identificat o serie de clauze care contravin atât dispozițiilor legale în materia achizițiilor publice, cât și principiilor de drept care o guvernează.

Subscrisa, fiind interesată în a participa la procedură în vederea atribuirii Contractului de servicii, am înțeles să formulăm prezenta contestație, cu scopul remedierii prevederilor Caietului de sarcini și a Contractului de servicii și punerii acestora în concordanță cu dispozițiile legale incidente, astfel cum vom detalia în cele ce urmează.

2. **Capitolul IV din Formularul 3D – Acord de subcontractare din secțiunea Formulare din Documentația de atribuire încalcă prevederile art. 48 alin. (1) teza a II-a din Normele metodologice de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractului de achiziție publică/acordului-cadru din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice aprobate prin Hotărârea guvernului nr. 395/2016, cu modificările și completările ulterioare (“Normele metodologice la Legea nr. 98/2016”) și ale art. 2 alin. (2) lit. c) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, cu modificările și completările ulterioare (“Legea nr. 98/2016”)**

- 2.1 Prin instrucțiunile de completare din Formularul 3D – Acord de subcontractare din secțiunea Formulare din Documentația de atribuire, autoritatea contractantă indică faptul că: *“Continutul minim al acestui formular va fi respectat numai în situația în care subcontractantul are și calitatea de tert sustinator.”*

În capitolul IV din Formularul 3D – Acord de subcontractare din secțiunea Formulare din Documentația de atribuire, autoritatea contractantă a introdus în cadrul Acordului de subcontractare în versiunea utilizată în mod curent ca formular standard în procedurile de achiziție publică o secțiune specifică ce include angajamentul ferm al subcontractantului în calitate de tert sustinator, invocând drept temei dispozițiile art. 48 alin. (1) din Normele metodologice la Legea nr. 98/2016.

2.2 Or, potrivit art. 48 alin. (1) din Normele metodologice la Legea nr. 98/2016: “În cazul în care ofertantul/candidatul își demonstrează situația economică și financiară, respectiv capacitatea tehnică și profesională, invocând suportul unui/unor terț/terți, în condițiile Legii, atunci acesta are obligația de a dovedi susținerea de care beneficiază prin prezentarea unui angajament ferm al persoanei respective, prin care se confirmă faptul că acesta va pune la dispoziția ofertantului/candidatului resursele invocate. Subcontractanții pe a căror capacități ofertantul/candidatul se bazează pentru demonstrarea îndeplinirii anumitor criterii de calificare și selecție sunt considerați și terți susținători, caz în care acordul de subcontractare reprezintă, în același timp, și angajamentul ferm.” (sublinierea noastră)

2.3 Prin urmare legea a prevăzut **două instrumente distincte pentru demonstrarea susținerii de care beneficiază ofertantul pentru demonstrarea capacității tehnice și profesionale, fiecare dintre acestea fiind circumstanțiate strict tipului de susținere invocată, respectiv:**

- dacă susținerea capacității tehnice și profesionale provine din partea unui terț susținător, aceasta se va demonstra prin prezentarea unui angajament ferm al terțului susținător, prin care acesta confirmă faptul că va pune la dispoziția ofertantului resursele invocate;
- dacă susținerea capacității tehnice și profesionale provine din partea unui subcontractant, acordul de subcontractare va demonstra că subcontractantul va pune la dispoziția ofertantului resursele invocate.

Această reglementare este explicabilă prin necesitatea adaptării instrumentelor respective la specificul instituțiilor terțului susținător, respectiv subcontractantului și regimului juridic diferit al acestora.

Așadar, odată ce există 2 instrumente distincte aplicabile în situații distincte, crearea de către autoritatea contractantă a unui instrument care înglobează ambele instrumente încalcă prevederile art. 48 alin. (1) teza a II-a din Normele metodologice la Legea nr. 98/2016.

2.4 Mai mult, în contextul reglementării exprese din art. 48 alin. (1) teza a II-a din Normele metodologice la Legea nr. 98/2016, includerea în acordul de subcontractare a angajamentului ferm al terțului susținător încalcă principiul proporționalității prevăzut de art. 2 alin. (2) lit. e) din Legea nr. 98/2016 care presupune ca:

- măsurile luate de instituții nu trebuie să depășească limitele a ceea ce este adecvat și necesar în scopul realizării obiectivelor urmărite;
- în cazul în care este posibilă o alegere între mai multe măsuri adecvate, trebuie să se recurgă la cea mai puțin constrângătoare, iar inconveniente cauzate nu trebuie să fie disproporționate în raport cu scopurile urmărite.

2.5 În acest sens, subliniem că, potrivit legii, scopul urmărit de autoritatea contractantă (demonstrarea că ofertantul dispune de resursele invocate) este obținută prin semnarea unui acord de subcontractare cu conținutul prevăzut în capitolele I-III. Subcontractantul se obligă potrivit art. 2.1 coroborat cu art. 3.1. (eroare de redactare a autorității contractante) să realizeze părți sau activități enumerate expres din contractul

de achiziție publică ce va fi încheiat între Contractant și CNAIR în aceleași condiții ca cele stipulate în respectivul contract.

Acest angajament este suficient și adecvat pentru demonstrarea de către ofertant a faptului că dispune de resursele subcontractantului propus.

- 2.6 Este excesivă introducerea în capitolul IV al Acordului de subcontractare a declarației subcontractantului de la art. 6 în sensul că în situația în care contractantul întâmpină dificultăți pe parcursul derulării contractului de încheiat cu CNAIR, subcontractantul garantează autorității contractante, necondiționat și irevocabil, acordarea susținerii necesare pentru îndeplinirea contractului conform ofertei prezentate și a obligațiilor asumate de Contractant prin contractul ce urmează a fi încheiat între acesta și CNAIR.

Art. 6 din Acordul de subcontractare încalcă principiul proporționalității, deoarece subcontractantul nu poate garanta necondiționat și irevocabil că va acorda susținerea necesară pentru îndeplinirea contractului principal. Subcontractantul se obligă să execute exclusiv partea de contract subcontractată. Acesta nu răspunde solidar cu contractantul în fața autorității contractante nici chiar pentru partea din contractul principal pe care o execută, ci răspunde exclusiv față de contractant. Contractantul răspunde pentru subcontractant în fața autorității contractante. Răspunderea contractantului, respectiv a subcontractantului în sensul arătat reiese inclusiv din art. 7.12 și 7.14 din Contractul de servicii, parte din documentația de atribuire.

- 2.7 Este excesivă introducerea în capitolul IV al Acordului de subcontractare a declarației subcontractantului de la art. 6 în sensul că în situația în care contractantul întâmpină dificultăți pe parcursul derulării contractului de încheiat cu CNAIR, subcontractantul răspunde direct față de autoritatea contractantă și se obligă *“în mod ferm, necondiționat și irevocabil, să pună la dispoziția Contractantului resursele necesare pentru îndeplinirea integrală, reglementară și la termen a contractului de achiziție publică, pentru partea/partile de contract pe care urmează să le realizăm potrivit art. 2.”*

Art. 7 din Acordul de subcontractare încalcă principiul proporționalității, în primul rând pentru că implicarea subcontractantului este angajată independent dacă contractantul are sau nu dificultăți sau nu în derularea contractului. Prin urmare ipoteza declarației nu corespunde regimului juridic al implicării subcontractantului, deoarece,

În al doilea rând, potrivit art. 218 alin. (6) din Legea nr. 98/2016¹ și art. 1852 alin. (2) din Codul civil², subcontractantul nu răspunde direct față de autoritatea contractantă, ci față de contractant. Raporturile juridice dintre contractant și subcontractant sunt reglementate prin contractul de subcontractare al cărui conținut minim obligatoriu este stabilit de autoritatea contractantă prin art. 3.1. și 3.2. din Acordul de subcontractare (eroare de redactare a autorității contractante). Dincolo de acest conținut obligatoriu, intervenția autorității contractante în relațiile dintre contractant și subcontractant este nu numai excesivă, dar și neavenită.

- 2.8 Este excesivă introducerea în capitolul IV al Acordului de subcontractare a declarației subcontractantului de la art. 8 în sensul că, în situația în care contractantul întâmpină

¹ Art. 218 alin. (6) din Legea nr. 98/2016 prevede următoarele: „Dispozițiile prevăzute la alin. (1) - (5) nu diminuează răspunderea contractantului în ceea ce privește modul de îndeplinire a viitorului contract de achiziție publică/acord-cadru.”

² Art. 1852 alin. (2) din Codul civil prevede următoarele: “În raporturile cu beneficiarul, antreprenorul răspunde pentru fapta subantreprenorului la fel ca pentru propria sa faptă.”

dificultăți pe parcursul derulării contractului de încheiat cu CNAIR, acesta va invoca susținerea acordată de subcontractant pentru îndeplinirea contractului și garantează materializarea aspectelor ce fac obiectul susținerii acordate de subcontractant.

Art. 7 din Acordul de subcontractare încalcă principiul proporționalității, deoarece, astfel cum am arătat, obligația subcontractantului de a executa partea de contract subcontractată se naște independent dacă contractantul are sau nu dificultăți sau nu în derularea contractului, în baza contractului de subcontractare. Prin urmare ipoteza declarației contractantului nu corespunde regimului juridic al subcontractării. Apoi, contractantul răspunde pentru executarea părții de lucrări subcontractată față de autoritatea contractantă în temeiul contractului de achiziție publică, nefiind necesară o declarație expresă că garantează executarea subcontractului de către subcontractant. De altfel, contractantul nici nu poate garanta materializarea aspectelor ce fac obiectul susținerii acordate de subcontractant (în speță executarea lucrărilor subcontractate de către un anumit subcontractant), cîtă vreme, potrivit art. 161 din Normele metodologice stabilește că: *“În situația prevăzută la art. 151 lit. c), în cazul în care un contract de subcontractare este denunțat unilateral/reziliat de către una din părți, contractantul are obligația de a prelua partea/părțile din contract aferente activității subcontractate sau de a înlocui acest subcontractant cu un nou subcontractant în condițiile art. 151 lit. a).”* (sublinierea noastră)

- 2.9 Este excesivă introducerea în capitolul IV al Acordului de subcontractare a declarației subcontractantului de la art. 9 în sensul recunoașterii de către contractant a dreptului autorității contractante de a urmări orice pretenție la daune pe care contractantul ar putea să o aibă împotriva subcontractantului pentru nerespectarea de către acesta a obligațiilor asumate prin acordul de subcontractare- Formularul 3D, în conformitate cu prevederile contractului de achiziție publică.

Dacă subcontractantul nu mai semnează contractul de subcontractare, deși a semnat Acordul de subcontractare, art. 151 lit. a și c) din Normele metodologice preluate în art. 7.2 lit. a) și c) permit înlocuirea subcontractantului, astfel încât nici contractantul, nici autoritatea contractantă nu ar suferi niciun prejudiciu.

Dacă subcontractantul reziliază/denunță contractul de subcontractare, deși a semnat Acordul de subcontractare, potrivit art. 161 din Normele metodologice stabilește că: *“În situația prevăzută la art. 151 lit. c), în cazul în care un contract de subcontractare este denunțat unilateral/reziliat de către una din părți, contractantul are obligația de a prelua partea/părțile din contract aferente activității subcontractate sau de a înlocui acest subcontractant cu un nou subcontractant în condițiile art. 151 lit. a).”*

- 2.10 **Prin urmare, nici contractantul nici autoritatea contractantă nu ar suferi niciun prejudiciu.**
- 2.11 Chiar dacă contractantul ar suferi un prejudiciu ca urmare anerespectării de către subcontractant a obligațiilor asumate prin Acordul de subcontractare, ar fi total inechitabil și excesiv ca contractantul care este direct răspunzător față de autoritatea contractantă pentru neexecutarea de către subcontractant a contractului de subcontractare (art. 218 alin. (6) din Legea nr. 98/2016, art. 1852 alin. (2) din Codul civil, art. 7.2. lit. b), 7.12 și 7.14 din Contractul de servicii, parte din documentația de atribuire) să recunoască dreptul autorității contractante de a urmări orice pretenție la daune pe care contractantul ar putea să o aibă împotriva subcontractantului pentru nerespectarea de către acesta a obligațiilor asumate prin acordul de subcontractare-

Formularul 3D. Nu există nicio prevedere legală care să recunoască un astfel de drept autorității contractante.

Mai mult, dacă s-ar recunoaște acest drept de către contractant, acesta ar rămâne obligat față de autoritatea contractantă pentru executarea lucrărilor subcontractate și ar fi în imposibilitatea de a atrage răspunderea subcontractantului pentru neexecutarea obligațiilor din contractul de subcontractare care materializează în etapa executării contractului de achiziție angajamentul dat în etapa derulării procedurii de atribuire. În mod total nerezonabil, autoritatea contractantă ar putea să obțină atât executarea lucrărilor subcontractate fie de contractant, fie de un subcontractant înlocuitor, cât și despăgubiri de la subcontractantul care încalcă prevederile respectivului Acord.

Art. 10 și 11 din Acordului de subcontractare sunt strâns legate de art. 6-9, iar prezența acestora nu se justifică în condițiile în lăturării acestora din cauza caracterului excesiv.

Pentru motivele prezentate, **solicităm obligarea autorității contractante la modificarea Formularului 3D – Acord de subcontractare din secțiunea Formulare din Documentația de atribuire în sensul eliminării Capitolului IV.**

3. Formularul 4 – Declarație de disponibilitate, Anexa nr. 2, punctul nr. 4 și Nota 1 din secțiunea Formulare din Documentația de atribuire încalcă prevederile art. 2 alin. (2) lit. a), b), d) și e) din Legea nr. 98/2016

3.1 Prin Documentația de atribuire, autoritatea contractantă a stabilit reperele esențiale pentru modalitatea în care se va asigura personalul de către Prestator, modalitatea și momentul în care se va demonstra disponibilitatea personalului, subliniind libertatea Prestatorului de a înlocui personalul-cheie și momentul în care acesta poate face o astfel de înlocuire.

Punctul 1 din Formularul 4 – Declarație de disponibilitate, Anexa nr. 2 este suficient și adecvat scopului urmărit de autoritatea contractantă, deoarece asigură autoritatea contractantă că ofertantul a făcut demersuri și a obținut acordul experților-cheie pentru implicarea lor în executarea contractului și, potrivit art. 18.3 din Contractul de servicii, autoritatea s-a asigurat că nemenținerea personalului nominalizat în ofertă este sancționată cu plata unei penalități de 10.000 lei.

Cu toate acestea, prin Formularul 4 – Declarație de disponibilitate, Anexa nr. 2, punctul nr. 4 din secțiunea Formulare din Documentația de atribuire, autoritatea contractantă impune expertului-cheie să depună o declarație pe proprie răspundere prin care să declare în ce contracte aflate în derulare cu ea se află mobilizat/angrenat/implicat la data declarației.

În plus, prin Nota 1 în cadrul acestui formular, autoritatea precizează următoarele: *„Expertul va prezenta perioada în care își desfășoară activitatea în cadrul contractelor menționate mai sus, iar Autoritatea Contractanta va analiza modalitatea în care poate fi asigurată disponibilitatea expertului, fara a fi afectata derularea contractului/contractelor în care este angrenat/implicat/mobilizat.*

În cazul în care disponibilitatea expertului, nu poate fi asigurata fără a fi afectata derularea contractului/contractelor în care este angrenat/implicat/mobilizat, oferta poate fi respinsa ca neconformă în condițiile art. 137 alin. (3) lit. a) din Normele de aplicare a Legii nr. 98/2016, aprobate prin H.G. nr. 395/2016.”

3.2 Aceste condiții se traduc în fapt în obligarea ofertantului de a angaja personal-cheie dedicat executării contractului de achiziție publică încă din etapa depunerii ofertei, pentru a se asigura că oferta sa nu va fi respinsă ca neconformă ceea încalcă principiul proporționalității reglementat prin art. 2 alin. (2) lit. e) din Legea nr. 98/2016 care presupune ca:

- măsurile luate de instituții nu trebuie să depășească limitele a ceea ce este adecvat și necesar în scopul realizării obiectivelor urmărite;
- în cazul în care este posibilă o alegere între mai multe măsuri adecvate, trebuie să se recurgă la cea mai puțin constrângătoare, iar inconvenientele cauzate nu trebuie să fie disproporționate în raport cu scopurile urmărite.

În speță, autoritatea contractantă urmărește să se asigure că Prestatorul va asigura personal-cheie care are experiența punctată în cadrul factorilor de evaluare pe durata executării Contractului de servicii. După cum am arătat, acest scop este îndeplinit prin prezentarea Declarației de disponibilitate, punctul 1 și sancționarea drastică a Prestatorului dacă nu poate menține personalul – cheie nominalizat pe perioada executării contractului.

3.3 Este o cerință excesivă a impune suplimentar ofertantului sub sancțiunea respingerii ofertei ca neconformă ca, la data depunerii ofertei, să fi angajat deja tot personalul specific necesar pentru executarea unui contract ce nu numai că nu i-a fost atribuit fără însă a-l fi implicat în activitatea specifică, contract a cărui încheiere valabilă face obiectul îndeplinirii condiției suspensive a obținerii finanțării de către aceeași autoritate contractantă. În acest sens, conform secțiunii VI.3 Informații suplimentare din Fișa de date, autoritatea contractantă precizează următoarele: *“Avand în vedere faptul ca proiectul este finantabil din Fonduri Europene Nerambursabile, fara insa a fi incheiat un Contract de finantare la acest moment, incheierea contractului de achizitie publica este conditionata de obtinerea/ aprobarea finantarii serviciilor din fonduri de la bugetul de stat si/ sau fonduri europene nerambursabile, semnarea contractului fiind posibilu doar in situatia in care se respecta dispozitiile referitoare la angajarea cheltuielilor din bugetele care intra sub incidenta legislatiei privind finantele publice. In cazul in care, indiferent de motive, obtinerea/aprobarea finantarii serviciilor din fonduri de la bugetul de stat si/ sau fonduri europene nerambursabile nu se realizeaza. Autoritatea Contractanta va aplica prevederile art. 212 alin (1) lit. c) teza a II-a din Legea nr. 98/2016, fiind imposibilă încheierea contractului de achiziție publică. Autoritatea Contractanta estimeaza ca va obtine finantarea necesara semnarii contractului in trimestrul IV al anului 2021.”*

Caracterul excesiv al acestei cerințe apare și prin raportare la faptul că autoritatea contractantă a prevăzut în Caietul de sarcini că lasă libertatea Prestatorului de a-și stabili strategia proprie privind personalul, astfel încât să se asigure personalul pe toată durata contractului (Secțiunea Personalul și baza tehnico-materială a Prestatorului din Caietul de sarcini, pag. 22, punctul Personalul implicat în derularea contractului).

3.4 În aceste condiții, în plus față de caracterul excesiv al cerinței, se ridică problema încălcării principiilor nediscriminării și al tratamentului egal prevăzute de art. 2 alin. (2) lit. a) și b) din Legea nr. 98/2016, deoarece ofertantul care nominalizează un expert-cheie angajat/implicat într-un alt contract cu autoritatea contractantă se va confrunta cu respingerea ofertei ca neconformă pentru că nu asigură disponibilitatea personalului

pentru executarea contractului, iar acela care, deși nominalizează personal-cheie care respectă această cerință excesivă a autorității contractante, totuși nu poate executa din orice motive contractul cu personalul nominalizat, are dreptul de a executa contractul plătind însă penalitățile contractuale. Eșecul similar al ofertantului și al prestatorului sunt sancționate diferit în etape diferite ale achiziției, mult mai drastic fiind sancționat ofertantul, deși eventualul prejudiciu suferit de autoritatea contractantă este identic.

Prin urmare, respingerea ca neconformă a ofertei unui ofertant care nominalizează experți-cheie care sunt implicați în executarea altor contracte încheiate cu CNAIR nu protejează autoritatea contractantă de situația în care ofertantul câștigător nu ar putea menține personalul-cheie nominalizat în ofertă, astfel încât scopul urmărit prin impunerea acestei cerințe nu este îndeplinit.

- 3.5 Un alt aspect relevant care ține de caracterul excesiv al prevederii constă în faptul că autoritatea contractantă își atribuie în mod nepermis dreptul de a restrânge accesul unui expert-cheie la muncă, dreptul acestuia de a schimba angajatorul, locul sau felul muncii, deoarece ofertanții ar vor evita nominalizarea unui expert-cheie care este implicat într-un alt contract cu CNAIR de teama respingerii ca neconformă a ofertei.

Or, implicarea expertului în executarea unui contract la data depunerii ofertei nu demonstrează că nu ar putea fi disponibil în viitor în executarea contractului de achiziție publică. Expertul se poate afla în situația în care dorește să schimbe angajatorul sau locul / felul muncii la același angajator, spre exemplu. Nicio prevedere legală nu împiedică demisia, schimbarea angajatorului sau a locului / felului muncii. Dimpotrivă, a impune unui expert – cheie să renunțe la un post pentru a putea face parte din echipa de proiect desemnată într-o ofertă, neavând certitudinea implicării efective în respectivul proiect (certitudine care intervine abia după atribuirea contractului către ofertantul care îl desemnează ca expert-cheie) este o îngrădire nepermisă a dreptului la muncă, la alegerea locului și felului muncii de către expert, drepturi fundamentale garantate prin art. 41 alin. (1) din Constituția României și art. 3 alin. (1) –(2) din Codul muncii.

- 3.6 De asemenea, sunt încălcate principiile nediscriminării și al tratamentului egal prevăzute de art. 2 alin. (2) lit. a) și b) din Legea nr. 98/2016 în condițiile în care autoritatea contractantă se raportează pentru a analiza disponibilitatea personalului-cheie și a respinge ca neconforme ofertele care nominalizează experți angajați/implicați într-un alt contract încheiat exclusiv cu CNAIR. Dacă angajarea/implicarea unui expert-cheie într-un alt contract la data depunerii ofertei este o piedică reală în executarea contractului încheiat cu autoritatea contractantă, atunci această situație nu trebuie circumstanțiată exclusiv la implicarea în raporturi contractuale care au ca beneficiar CNAIR, ci în orice raporturi contractuale, de orice tip, cu oricare altă autoritate contractantă sau operator economic, indiferent dacă activează în sectorul construcții sau nu.

Nu în ultimul rând, prevederea din Declarația de disponibilitate în sensul analizării de către autoritatea contractantă a modalității în care poate fi asigurată disponibilitatea expertului, fără a fi afectată derularea contractului/contractelor în care este angrenat/implicat/mobilizat acesta și a dreptului acesteia de a respinge pe baza acestei analize oferta încalcă principiul transparenței prevăzut de art. 2 alin. (2) lit. d) din Legea nr. 98/2016, deoarece autoritatea nu indică în ce va consta analiza respectivă și care vor

fi criteriile obiective care vor sta la baza deciziei sale de a respinge oferta ca neconformă.

Or, potrivit art. 3 alin. (1) lit. z) din Legea nr. 98/2016, documentația de atribuire „cuprinde cerințele, criteriile, regulile și alte informații necesare pentru a asigura operatorilor economici o informare completă, corectă și explicită cu privire la cerințe sau elemente ale achiziției, obiectul contractului și modul de desfășurare a procedurii de atribuire, inclusiv specificațiile tehnice ori documentul descriptiv, condițiile contractuale propuse, formatele de prezentare a documentelor de către candidați/ofertanți, informațiile privind obligațiile generale aplicabile”. (sublinierea noastră)

Pentru motivele arătate, solicităm obligarea autorității contractante la modificarea Formularului 4 – Declarație de disponibilitate, Anexa nr. 2 din din secțiunea Formulare din Documentația de atribuire în sensul eliminării punctului nr. 4 și Notei 1.

4. Prevederile Caietului de sarcini în privința delegării către Prestator a obligației de a asigura verificatori atestați încalcă dispoziții din Codul civil, din Legea nr. 10/1995 din Legea nr. 10/1995, din Regulamentul privind verificarea tehnică a proiectelor, din Legea nr. 98/2016 și din Normele metodologice la Legea nr. 98/2016

În secțiunea Stabilirea criteriilor, cerințelor și etapelor de proiectare, subsecțiunea Verificarea proiectelor din Caietul de sarcini se menționează următoarele: “Beneficiarul delegă Prestatorului obligația de a asigura verificatorii de proiecte atestați impuși de legislația în vigoare”.

Terminologia utilizată de autoritatea contractantă generează confuzie. Termenul a delega înseamnă a împuternici, însă din cuprinsul subsecțiunii reiese că autoritatea contractantă urmărește să pună în sarcina ofertantului câștigător selectarea verificatorilor de proiecte și plata serviciilor prestate de aceștia.

4.1 Prevederea încalcă dispozițiile art. 11 din Codul civil

Obligațiile și răspunderea părților implicate în proiectarea, verificarea tehnică, execuția, recepția, exploatarea construcțiilor în scopul asigurării calității construcțiilor sunt stabilite prin prevederi de ordine publică cuprinse în Legea nr. 10/1995 privind calitatea în construcții, republicată cu modificările și completările ulterioare (“Legea nr. 10/1995”).³

Conform prevederilor art. 22 lit. c) din Legea nr. 10/1995⁴, autoritatea contractantă în calitate de investitor are obligația legală și poartă răspunderea asigurării verificării proiectelor prin specialiști verificatori de proiecte atestați.

În aplicarea acestor norme imperative, art. 6 alin. (2) și (3) din Regulamentul privind verificarea și expertizarea tehnică a proiectelor, expertizarea tehnică a execuției

³ Interesul public general urmărit prin prevederile Legii nr. 10/1995 este enunțat în art. 3 după cum urmează: “În prezenta lege se instituie sistemul calității în construcții, care să conducă la realizarea și exploatarea unor construcții de calitate corespunzătoare, în scopul protejării vieții oamenilor, a bunurilor acestora, a societății și a mediului înconjurător.”

⁴ Conform art. 22 lit. c) din Legea nr. 10/1995: “Investitorii sunt persoane fizice sau juridice care finanțează și realizează investiții sau intervenții la construcțiile existente în sensul legii și au următoarele obligații principale referitoare la calitatea construcțiilor: f.) asigurarea verificării proiectelor prin specialiști verificatori de proiecte atestați.”

lucrărilor și a construcțiilor, precum și verificarea calității lucrărilor executate aprobat prin HG nr. 925/1995, cu modificările ulterioare ("Regulamentul privind verificarea tehnică a proiectelor") reiterează obligația investitorului de a asigura verificarea proiectelor și clarifică aceste prevederi stabilind că verificatorul de proiecte este angajat al acestuia (în sensul de a fi contractat de investitor).⁵

Dimpotrivă, în sfera verificării proiectelor tehnice, singura răspundere a proiectantului constă în prezentarea proiectelor elaborate în fața specialiștilor verificatori de proiecte atestați, stabiliți de către investitor, precum și soluționarea neconformităților și neconcordanțelor semnalate.⁶

În sistemul de asigurare a calității construcțiilor, fiecare factor implicat are obligații și răspunderi specifice de care nu se poate deroba, respectiv nu este exonerat.

În condițiile în care aceste prevederi legale sunt norme de ordine publică de la care nu se poate deroga prin convenții conform art. 11 din Codul civil⁷, prevederile Caietului de sarcini care prevăd delegarea obligației de a asigura verificatorii de proiecte atestați către proiectant sunt nule absolut.

4.2 Prevederea încalcă dispozițiile art. 22 lit. c) și art. 26 alin. (1) din Legea nr. 10/1995 din Legea nr. 10/1995, art. 6 alin. (2) și (3) din Regulamentul privind verificarea tehnică a proiectelor și art. 185 alin. (1) din Legea nr. 98/2016

Prestatorul nu ar putea asigura verificarea proiectelor tehnice de verificatori de proiecte atestați în cadrul juridic stabilit prin Regulamentul privind verificarea tehnică a proiectelor și dispozițiile Legii nr. 98/2016.

Conform art. 5 din Regulamentul privind verificarea tehnică a proiectelor, verificatorii de proiecte pot presta servicii specifice fie ca persoană fizică autorizată, fie ca acționar/angajat/asociat al unei persoane juridice care are respectivul obiect de activitate.⁸

⁵ Art. 6 alin. (2) și (3) din Regulamentul privind verificarea tehnică a proiectelor prevede următoarele:

"Art. 6

(2) Verificarea tehnică a proiectelor se realizează potrivit legii, prin grija și responsabilitatea investitorului / proprietarului / administratorului, după caz, pe domenii/subdomenii de construcții și specialități pentru instalațiile aferente construcțiilor, corespunzător cerințelor fundamentale aplicabile stabilite de proiectant/proiectanți și precizate în proiect.

(3) Verificatorul de proiecte este angajat al investitorului/proprietarului/administratorului și efectuează verificări numai pentru domeniile/subdomeniile de construcții și specialitățile pentru instalațiile aferente construcțiilor pentru care este atestat, corespunzător cerințelor fundamentale aplicabile."

⁶ Potrivit art. 23 lit. c) din Legea nr. 10/1995: "Proiectanții de construcții răspund de îndeplinirea următoarelor obligații principale referitoare la calitatea construcțiilor:

c) prezentarea proiectelor elaborate în fața specialiștilor verificatori de proiecte atestați, stabiliți de către investitor, precum și soluționarea neconformităților și neconcordanțelor semnalate;"

⁷ Art. 11 din Codul civil prevede următoarele: "Nu se poate deroga prin convenții sau acte juridice unilaterale de la legile care interesează ordinea publică sau de la bunele moravuri."

⁸ Art. 5 din Regulamentul privind verificarea tehnică a proiectelor prevede următoarele: "Specialiștii cu activitate în construcții, prevăzuți la art. 2, își pot desfășura activitatea în condițiile legii, ca:

a) persoană fizică autorizată să desfășoare activități în mod individual și independent, conform prevederilor Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 44/2008 privind desfășurarea activităților economice de către persoanele fizice autorizate, întreprinderile individuale și întreprinderile familiale, aprobată cu modificări și completări prin Legea nr. 182/2016,

b) acționar/angajat/asociat al unei persoane juridice care are ca obiect de activitate inclusiv cod CAEN 71 Activități de arhitectură și inginerie; activități de testări și analiză tehnică."

Față de prevederile Legii nr. 98/2016⁹, modalitățile în care ar putea fi asigurate astfel de servicii de către un ofertant constau în prezentarea unei oferte comune în asociere cu verificatorul de proiecte sau subcontractarea serviciilor către acesta.

Or, în oricare dintre cele două situații verificatorul de proiecte este lipsit de independența și obiectivitatea ce constituie fundamentul obligațiilor și răspunderii sale ca factor implicat în sistemul de asigurare a calității construcțiilor.

Mai mult, participarea sa la procedura de achiziție publică pentru atribuirea unui contract de servicii alături de ofertantul prezintă o ofertă atât pentru servicii de proiectare, cât și pentru servicii de verificare de proiecte generează reale probleme de compatibilitate din perspectiva răspunderii ce-i revine verificatorului de proiecte, pe de o parte în cadrul contractului de servicii față de proiectant și beneficiar, iar pe de altă din perspectiva răspunderii legale.

În acest sens, arătăm că, în situația în care verificatorul de proiecte participă la procedura de atribuire în calitate de asociat al proiectantului, verificatorul va răspunde în solidar cu proiectantul față de beneficiar inclusiv pentru prestarea serviciilor de proiectare¹⁰. Or, nu întâmplător, răspunderea legală a verificatorului de proiecte se limitează la răspunderea solidară cu proiectantul exclusiv pentru asigurarea nivelului de calitate corespunzător proiectului.¹¹ În plus, verificatorului de proiecte îi este interzis să verifice proiecte pe care le-a elaborat în calitate de proiectant sau la realizarea cărora a participat.¹² Reiese că beneficiarul nu va putea exercita dreptul de a cere executarea în natură a serviciilor de proiectare față de verificatorul de proiecte.

Suplimentar, verificatorul de proiecte și proiectantul vor avea un scop comun de a obține și împărți beneficiile realizate în urma executării contractului de servicii în baza acordului de asociere dintre ei, ceea ce știrbește independența și obiectivitatea verificatorului de proiecte și intră în conflict cu interesul public general urmărit prin Legea nr. 10/1995 prin reglementarea sistemului calității construcțiilor într-o manieră care să asigure, separarea rolurilor factorilor implicați și reglementarea expresă a obligațiilor și responsabilităților fiecăruia dintre aceștia, controlul unora asupra activității celorlalți etc..

Totodată verificatorul de proiecte va avea față de proiectant în cadrul raportului contractual născut în baza acordului de asociere în participațiune o serie de responsabilități ce implică prestarea serviciilor de verificare de proiecte în condițiile agreeate de părți, cu presiunea răspunderii contractuale față de proiectant, ceea ce

⁹ Art. 53 alin. (1) din Legea nr. 98/2016 prevede următoarele: "Au dreptul de a participa la procedurile de atribuire prevăzute la art. 68, în calitate de ofertant individual/ofertant asociat/candulat/terț subordonat/subcontractant, operatorii economici definiți la art. 3 alin. (1) lit. j)";

¹⁰ Art. 185 alin. (1) din Legea nr. 98/2016 prevede următoarele: "În cazul în care mai mulți operatori economici participă în comun la procedura de atribuire, îndeplinirea criteriilor privind capacitatea tehnică și profesională, precum și cea privind situația economică și financiară, se demonstrează prin luarea în considerare a resurselor tuturor membrilor grupului, iar autoritatea contractantă solicită sa aceștia să răspundă în mod solidar pentru executarea contractului de achiziție publică/acordului-cadru";

¹¹ Art. 26 alin. (1) din Legea nr. 10/1995 prevede următoarele: "Specialiștii verificatori de proiecte atestăți răspund în mod solidar cu proiectantul în ceea ce privește asigurarea nivelului de calitate corespunzător cerințelor proiectului";

¹² Art. 8 lit. a) din Regulamentul privind verificarea tehnică a proiectelor: "În conformitate cu prevederile art. 13 alin. (1), coroborate cu art. 26 alin. (1) și art. 30 din Legea nr. 10/1995, republicată, cu completările ulterioare, potrivit domeniului/domeniilor și/sau subdomeniului/subdomeniilor de construcții și/sau specialități/specialităților pentru instalațiile aferente construcțiilor pentru care a fost atestat, verificatorul de proiecte:

a) nu poate verifica, semna și stampila proiectul/proiectele întocmite de el, proiectul/proiectele la a căror elaborare a participat sau proiectul/proiectele pentru care, în calitate de expert tehnic atestat, a elaborat raportul de expertiză tehnică."

crează o dată în plus în mod rezonabil un dubiu cu privire la capacitatea acestuia de a presta aceste servicii în condiții de independență și obiectivitate.

În situația în care verificatorul de proiecte participă la procedura de atribuire în calitate de subcontractant, proiectantul va răspunde față de beneficiar pentru prestarea corespunzătoare a serviciilor de către verificatorul de proiecte. Or, reiterăm că verificatorul de proiecte răspunde potrivit legii în solidar cu proiectantul pentru asigurarea nivelului de calitate corespunzător proiectului. Și în acest caz, verificatorul de proiecte va avea față de proiectant în cadrul raportului contractual născut în baza contractului de subcontractare o serie de responsabilități ce implică prestarea serviciilor de verificare de proiecte în condițiile agreeate de părți, cu presiunea răspunderii contractuale față de proiectant, ceea ce ridică dubii serioase cu privire la capacitatea sa de a presta serviciile în condiții de independență și obiectivitate.

4.3 Prevederea încalcă dispozițiile art. 50 alin. (1) din Legea nr. 98/2016 și ale art. 11 alin. (1) din Normele metodologice la Legea nr. 98/2016

Deși Legea nr. 10/1995 și Normele privind verificarea tehnică a proiectelor obligă autoritatea contractantă în calitate de investitor / administrator al construcției să asigure verificarea proiectelor contractând în acest scop un verificator de proiecte atestat, prin Caietul de sarcini, autoritatea contractantă pune în sarcina Prestatorului selectarea verificatorilor de proiecte și plata serviciilor prestate de aceștia.

Această prevedere încalcă nu numai Legea nr. 10/1995 și Normele privind verificarea tehnică a proiectelor, ci și legislația aplicabilă în materia achizițiilor publice care enumeră limitativ modalitățile prin care autoritatea poate achiziționa produse, servicii sau lucrări, delegarea atribuției de achiziție a unor servicii nenumărându-se printre acestea.

În acest sens, conform art. 50 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, autorității contractante nu îi este permis să conceapă sau să structureze o achiziție publică sau elemente ale acesteia cu scopul de a a exclude respectiva achiziție de la aplicarea legislației achizițiilor publice.¹³

Totodată, potrivit art. 11 alin. (1) din Normele metodologice la Legea nr. 98/2016, autoritatea contractantă are obligația de a realiza un proces de achiziție publică fie prin intermediul departamentului său specializat în derularea procedurilor de achiziție publică, fie prin recurgerea la unități centralizate de achiziție, fie prin intermediul unui furnizor de servicii de achiziție selectat potrivit legii.¹⁴

Aceasta nu poate delega obligația sa de a contracta un verificator de proiecte Prestatorului care nu are calitatea de furnizor de servicii de achiziție.

¹³ Art. 50 alin. (1) din Legea nr. 98/2016 prevede următoarele: „Autoritățile contractante nu vor concepe sau structura achizițiile ori elemente ale acestora cu scopul excluderii acestora de la aplicarea dispozițiilor prezentei legi ori al restrângerii artificiale a concurenței.”

¹⁴ Art. 11 alin. (1) din Normele metodologice la Legea nr. 98/2016 prevede următoarele: „Autoritatea contractantă are obligația de a realiza un proces de achiziție publică prin utilizarea uneia dintre următoarele abordări:

a) cu resursele profesionale necesare celor trei etape mai sus identificate existente la nivel de autoritate contractantă;

b) prin recurgerea la unități centralizate de achiziție înființate prin hotărâre a Guvernului, în condițiile art. 40 din Lege;

c) cu ajutorul unui furnizor de servicii de achiziție, selectat în condițiile legii.”

Autoritatea contractantă trebuie să deruleze ea însăși o procedură pentru achiziția serviciilor de verificare de proiecte, ceea ce presupune în mod obligatoriu includerea în obiectul achiziției a codului CPV corespunzător acestui tip de servicii.

Pentru motivele prezentate **solicităm obligarea autorității contractante la modificarea Caietului de sarcini, secțiunea Stabilirea criteriilor, cerințelor și etapelor de proiectare prin eliminarea subsecțiunii Verificarea proiectelor.**

- 4.4 **În subsidiar, în măsura în care veți decide respingerea cererii de obligare a autorității contractante la modificarea Caietului de sarcini, secțiunea Stabilirea criteriilor, cerințelor și etapelor de proiectare prin eliminarea subsecțiunii Verificarea proiectelor, invocăm nelegalitatea prevederilor secțiunii II.2.4 Descrierea achiziției publice din Fișa de date pentru încălcarea prevederilor art. 2 alin. (2) lit. d) și ale art. 154 din Legea nr. 98/2016**

Caietul de sarcini, secțiunea Stabilirea criteriilor, cerințelor și etapelor de proiectare, subsecțiunea Verificarea proiectelor obligă ofertantul să depună o ofertă care include servicii de verificare tehnică a proiectelor, dar secțiunea II.2.4 Descrierea achiziției publice din Fișa de date a achiziției nu menționează aceste servicii. În aceste condiții, documentația de atribuire încalcă prevederile art. 154 din Legea nr. 98/2016.¹⁵

Documentația de atribuire trebuie să conțină toate informațiile pentru a asigura informarea completă, corectă și precisă cu privire la cerințele achiziției și obiectul contractului.

Or, neconcordanța între diferitele documente care fac parte din documentația de atribuire generează confuzie, putând cauza depunerea unor oferte neconforme.

Accaste neconcordanțe încalcă principiul transparenței care stă la baza atribuirii contractelor de achiziție publică prevăzut de art. 2 alin. (2) lit. d) din Legea nr. 98/2016.¹⁶

Pentru motivele prezentate, în subsidiar, în măsura în care veți decide respingerea cererii de obligare a autorității contractante la modificarea secțiunii II.2.4 Descrierea achiziției publice din Fișa de date a achiziției.

¹⁵ Art. 154 din Legea nr. 98/2016 prevede următoarele: "Autoritatea contractantă are obligația de a elabora documentația de atribuire care conține toate informațiile necesare pentru a asigura operatorilor economici o informare completă, corectă și precisă cu privire la cerințele achiziției, obiectul contractului și modul de desfășurare a procedurii de atribuire."

¹⁶ Art. 2 alin. (2) lit. d) din Legea nr. 98/2016 prevede următoarele: "Principiile care stau la baza atribuirii contractelor de achiziție publică și a organizării concursurilor de soluții sunt: (...) a) transparența;"

5. **Anexa 4 la Caietul de sarcini – Ghidul privind implementarea contractelor de servicii pentru elaborarea studiilor de fezabilitate încalcă prevederile art. 2 alin. (2) lit. d) și e) din Legea nr. 98/2016, art. 189 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 și art. 12 lit. c) din instrucțiunea nr. 1/2017 al A.N.A.P.**

- 5.1 În documentația de atribuire Autoritatea Contractantă a introdus documentul intitulat Ghidul privind implementarea contractelor de servicii pentru elaborare studii de fezabilitate (în continuare Ghidul), acesta reprezentând anexa 4 la Caietul de Sarcini.

Ghidul întocmit de C.N.A.I.R. cuprinde 147 de pagini, necesitatea acestuia fiind dată de derularea „unui număr mare de Contracte de servicii de elaborare a Studiilor de fezabilitate, cu Prestatori diferiți” și „are ca scop obținerea unei abordări sistematice”, conform comunicatului de presă publicat pe site-ul C.N.A.I.R. la data de 23.02.2021.

Potrivit respectivului comunicat de presă, „pentru dezvoltarea unor parteneriate bazate pe onestitate, loialitate și colegialitate, în scopul obținerii unor documentații tehnice de calitate în termenele prevăzute în contract”, C.N.A.I.R. a propus spre consultare firmelor de proiectare, la data de 23.02.2021, până la data de 25.02.2021 un nou tip de Caiet de Sarcini și Ghidul menționat anterior.

La capitolul 2 din Ghid „obiectivele ghidului”, secțiunea „scop”, este stipulat faptul că „recomandările având la bază experiențe valide, aplicate cu mare atenție, în funcție de circumstanțele specifice ale fiecărui Contract în parte, constituie o cale pentru a evita greșelile ce ne pândesc la tot pasul”.

De asemenea, obiectivele generale ale Ghidului prevăd că „în vederea îmbunătățirii activității de elaborare a Studiilor de fezabilitate pentru autostrăzi și drumuri expres, trebuie intensificat procesul de cunoaștere și informare reciprocă între Beneficiar și Prestatori”.

Prin elaborarea Ghidului, C.N.A.I.R. a ales „să se implice activ în susținerea Prestatorilor”. „în vederea eliminării confuziilor, diminuării riscurilor și preîntâmpinării apariției unor blocaje/întârzieri”, Ghidul ajutând la „evitarea confuziei și neînțelegerea cerințelor și a necesităților Proiectului de către părțile interesate” (pag. 7).

Elaborarea Ghidului își propune atingerea următoarelor obiective specifice: „(1) distincție clară între obiectivele proiectului și mijloacele de realizare a acestora; (2) definire clară și realistă a scopului Proiectului; (3) detalieri a cerințelor Beneficiarului; (4) buna planificare a resurselor; (5) creșterea eficienței; (6) formalizare/uniformizare; (7) sprijin constant pentru Prestatori”.

- 5.2 Așadar, **Ghidul ar reprezenta o lucrare de specialitate** menită să ofere Prestatorilor un set de recomandări generale și să contureze o imagine mai clară asupra cerințelor și necesităților C.N.A.I.R., fiind un mecanism suplimentar de „cunoaștere și informare reciprocă între Beneficiar și Prestatori”.

- 5.3 Cu toate acestea, **prin includerea Ghidului în anexele Caietului de Sarcini și prin trimiterile succesive la anexa 4, Autoritatea Contractantă instituie în sarcina operatorilor economici mai multe obligații privind modalitatea de**

întocmire/prezentare a studiilor/rapoartelor etc. ce vizează activitatea desfășurată de Prestatori în cadrul contractului.

Astfel, în Caietul de Sarcini sunt inserate următoarele **clauze**:

- a) „temele de proiectare pentru realizarea investigațiilor de teren vor respecta formatul cadru din Ghidul pentru Prestatori privind implementarea contractelor de servicii pentru elaborarea Studiilor de fezabilitate – ANEXA 4 (pag. 7) ”
- b) „detalierea modului de realizare a Studiului topografic este prevăzută în Ghidul pentru Prestatori privind implementarea contractelor de servicii pentru elaborarea Studiilor de fezabilitate – ANEXA 4 (pag. 8) ”
- c) „detalierea modului de realizare a Studiului geotehnic este prevăzută în Ghidul pentru Prestatori privind implementarea contractelor de servicii pentru elaborarea Studiilor de fezabilitate – ANEXA 4 (pag. 8) ”
- d) „detalierea modului de realizare a Studiului hidrolic și hidrologic este prevăzută în Ghidul pentru Prestatori privind implementarea contractelor de servicii pentru elaborarea Studiilor de fezabilitate – ANEXA 4 (pag. 8) ”
- e) „detalierea modului de realizare a Studiului de trafic este prevăzută în Ghidul pentru Prestatori privind implementarea contractelor de servicii pentru elaborarea Studiilor de fezabilitate – ANEXA 4 (pag. 9) ”
- f) „detalierea modului de realizare a Studiului arheologic este prevăzută în Ghidul pentru Prestatori privind implementarea contractelor de servicii pentru elaborarea Studiilor de fezabilitate – ANEXA 4 (pag. 9) ”
- g) „detalierea modului de realizare a Studiului privind ocuparea terenurilor, identificarea proprietarilor și a suprafețelor de teren afectate este prevăzută în Ghidul pentru Prestatori privind implementarea contractelor de servicii pentru elaborarea Studiilor de fezabilitate – ANEXA 4 (pag. 10) ”
- h) „detalierea modului de realizare a Studiilor privind identificarea/relocarea/protejarea instalațiilor/utilităților este prevăzută în Ghidul pentru Prestatori privind implementarea contractelor de servicii pentru elaborarea Studiilor de fezabilitate – ANEXA 4 (pag. 10) ”
- i) „detalierea modului de realizare a Activităților de proiectare este prevăzută în Ghidul pentru Prestatori privind implementarea contractelor de servicii pentru elaborarea Studiilor de fezabilitate – ANEXA 4 (pag. 10) ”
- j) „proiectarea structurilor poduri/pasaje/viaducte, se va face aplicând în totalitate legislația în vigoare (...) naționale și europene, precum și cu aplicarea prevederilor cuprinse în Ghidul pentru Prestatori privind implementarea contractelor de servicii pentru elaborarea Studiilor de fezabilitate – ANEXA 4 (pag. 12) ”
- k) „prestatorul va proiecta sistemele de comunicații și cerințele sistemelor de transport inteligent (ITS). Ca un minim, se vor respecta cerințele cuprinse în Ghidul pentru Prestatori privind implementarea contractelor de servicii pentru elaborarea Studiilor de fezabilitate – ANEXA 4” (pag. 13).
- l) „detalierea modului de realizare a activităților de evaluare a impactului asupra mediului este prevăzută în Ghidul pentru Prestatori privind implementarea

contractelor de servicii pentru elaborarea Studiilor de fezabilitate – ANEXA 4 (pag. 14)”

- m) „detalierea modului de realizare a Activităților de obținere a autorizațiilor/avizelor și acordurilor este prevăzută în Ghidul pentru Prestatori privind implementarea contractelor de servicii pentru elaborarea Studiilor de fezabilitate – ANEXA 4 (pag. 17)”*
- n) „detalierea modului de realizare a Analizei Cost-Beneficiu este prevăzută în Ghidul pentru Prestatori privind implementarea contractelor de servicii pentru elaborarea Studiilor de fezabilitate – ANEXA 4 (pag. 18)”*
- o) „raportul de început va respecta formatul cadru prezentat în Ghidul pentru Prestatori privind implementarea contractelor de servicii pentru elaborarea Studiilor de fezabilitate – ANEXA 4 (pag. 28)”*
- p) „rapoartele de progres cât și minutele ședințelor vor respecta formatele cadru prezentate în Ghidul pentru Prestatori privind implementarea contractelor de servicii pentru elaborarea Studiilor de fezabilitate – ANEXA 4 (pag. 29)”*
- q) „rapoartele financiare intermediare vor respecta cadrul prezentat în Ghidul pentru Prestatori privind implementarea contractelor de servicii pentru elaborarea Studiilor de fezabilitate – ANEXA 4 (pag. 29)”*
- r) „la predarea livrabilelor, Prestatorul va respecta structura Studiului de fezabilitate, pe volume, precum și celelalte livrabile conform structurii în Ghidul pentru Prestatori privind implementarea contractelor de servicii pentru elaborarea Studiilor de fezabilitate – ANEXA 4 (pag. 29)”*

- 5.4** Mai mult, deși în cuprinsul Caietului de Sarcini sunt trimiteri punctuale la prevederi ale unui document întocmit ca set de recomandări, în cadrul ultimului paragraf din Caietul de Sarcini, Autoritatea Contractantă precizează că „*cerințele cuprinse în Ghidul pentru Prestatori privind implementarea contractelor de servicii pentru elaborarea Studiilor de fezabilitate sunt minim obligatorii.*”
- 5.5** **Așadar, prin modalitatea de redactare a ultimei clauze din Caietul de Sarcini, Autoritatea Contractantă solicită operatorilor economici să respecte prevederile întregului document cu un volum impresionant de pagini în care sunt inserate cerințe ale Beneficiarului cu referire la toate aspectele achiziției.**
- 5.6** Potrivit dispozițiilor art. 20 alin. (10) din HG. Nr. 395/2016 privind aprobarea normelor metodologice de aplicare a prevederilor legii nr. 98/2016, „caietul de sarcini conține, în mod obligatoriu, specificații tehnice care reprezintă cerințe, prescripții, caracteristici de natură tehnică ce permit fiecărui produs, serviciu sau lucrare să fie descris, în mod obiectiv, astfel încât să corespundă necesității autorității contractante”.

Rezultă așadar că în caietul de sarcini trebuie cuprinse toate datele necesare în vederea dimensionării propunerilor tehnice și financiare, neputându-se face trimitere la un document distinct care să cuprindă cerințe suplimentare, în permanentă schimbare (versiunea 1 din 13.04.2021, Ghid revizuit ca urmare a adresei ANCPPI nr. 8169/19.03.2021).

- 5.7 Mai mult, **părți ale conținutului Caietului de sarcini se suprapun cu cele cuprinse în Ghidul anexat acestuia, ceea ce creează confuzie** și amplificând cea mai cunoscută și frecventă cauză generatoare de contestații și, implicit întârzieri, respectiv enunțarea cerințelor asupra aceluiași subiect în mai multe locuri, în mod diferit.

Din parcurgerea Ghidului se poate observa că acesta cuprinde, la un nivel foarte mare de detaliu din punct de vedere tehnic, cerințe care, deși apar ca fiind „recomandări”, în esență sunt veritabile obligații stabilite de CNAIR în sarcina Prestatorilor, fiind precizat în mod expres în caietul de sarcini că „cerințele din Ghid sunt minim obligatoriu”.

Cerințele cuprinse în documentația de atribuire **trebuie să fie clare**, astfel încât orice operator economic să poată înțelege necesitățile autorității contractante și să își dimensioneze oferta cunoscând în totalitate obligațiile care îi revin.

- 5.8 Art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice prevede:

„Principiile care stau la baza atribuirii contractelor de achiziție publică și a organizării concursurilor de soluții sunt: [...]

d) transparența;

e) proporționalitatea; [...]”.

- 5.9 **Principiului transparenței**, aplicabil atât în cursul procedurii de atribuire a contractului de achiziții publice, cât și pe perioada derulării acestuia, este unul dintre principiile care constituie baza directivelor comunitare în materia contractelor de achiziții publice, alături de principiul egalității de tratament.

Pe perioada desfășurării procedurii de atribuire a contractului, acest principiu presupune (i) formularea tuturor informațiilor cu privire la procedura de achiziție în mod clar, precis, univoc în documentația de atribuire, (ii) în scopul garantării eliminării riscului de comportament arbitrar din partea autorității contractante.

- 5.10 **Principiul proporționalității**, definit de Curtea de Justiție a Uniunii Europene în Cauza National Farmers' Union impune ca măsurile adoptate de autoritățile contractante să nu depășească limitele a ceea ce este adecvat și necesar în scopul realizării obiectivelor urmărite, înțelegându-se că, în cazul în care este posibilă o alegere între mai multe măsuri adecvate, trebuie să se recurgă la cea mai puțin constrângătoare, iar inconvenientele cauzate nu trebuie să fie disproporționate în raport cu scopurile urmărite.

Prin inserarea în cadrul documentației de atribuire a unui document cu un volum de pagini impresionant raportat la Caietul de Sarcini, care cuprinde cerințe privind toate aspectele achiziției și pe care Autoritatea Contractantă le solicită ca fiind respectate, reprezentând „cerințe minime obligatorii”, **CNAIR încalcă în mod vădit principiile transparenței și proporționalității.**

- 5.11 Mai mult, apreciem că prin includerea în documentația de atribuire a respectivului Ghid este generată și o **lipsă de previzibilitate**, ceea ce, de asemenea, aduce atingere principiului proporționalității, întrucât **respectivul set de așa-zise recomandări constituie un document în permanentă schimbare, având mai multe versiuni și**

putând fi revizuit fără ca Prestatorul să poată fi consultat, Ghidul fiind integral opera CNAIR.

- 5.12 În raport de cele de mai sus, rezultă că **autoritatea contractantă încearcă ca, printr-o anexă la Caietul de Sarcini, care depășește de 3 ori volumul acestuia din urmă, să se impună în sarcina Prestatorilor o serie de obligații neclare, disproporționate, nelăsând nicio posibilitate operatorilor economici de a-și întocmi ofertele în funcție de propria apreciere, ci trasând linii directoare extrem de rigide ce trebuie în mod obligatoriu respectate în totalitate.**
- 5.13 O astfel de conduită a CNAIR este abuzivă, încălcând în mod evident principiile fundamentale ale achizițiilor publice, realizată cu scopul de a constrânge operatorii economici să întocmească ofertele prin preluarea în integralitate a cerințelor autorității la care doar să adauge un preț, determinând astfel o **departajare a acestora exclusiv prin aprecierea ofertelor financiare.**
- 5.14 Potrivit fișei de date a achiziției, pct. II. 2.5 – Criterii de atribuire, factorul de evaluare este reprezentat de „cel mai bun raport calitate-preț”, ponderea fiecărui criteriu fiind următoarea:
- a) **Demonstrarea unei metodologii adecvate de prestare a serviciilor** – reprezentând abordarea propusă privind implementarea contractului prin prisma metodologiei de prestare a serviciilor – **pondere de 18%**
 - b) **Experiența managerului de proiect** – cu o pondere de 8%
 - c) **Experiența deținută de specialistul de drumuri** – pondere 6%
 - d) **Experiența deținută de specialistul de poduri** – pondere 6%
 - e) **Experiența deținută de specialistul în geotehnică și fundații** – pondere 6%
 - f) **Experiența deținută de specialistul în domeniul protecției mediului** – pondere 4%
 - g) **Prețul ofertei** – **pondere 40%**
 - h) **Planificarea adecvată a resurselor tehnice și umane în corelare cu specificul și complexitatea activităților desfășurate în cadrul contractului** - reprezentând abordarea propusă privind planificarea resurselor tehnice și umane în corelare cu specificul și complexitatea activităților desfășurate în cadrul contractului – **pondere 12%**

Așadar, deși autoritatea contractantă ar puncta „abordarea propusă” de către operatorii economici privind implementarea contractului prin prisma metodologiei de prestare a serviciilor și privind planificarea resurselor tehnice și umane, **prin impunerea ca „cerințe minime obligatorii” a modalității de acoperire a „nevoilor” autorității într-o manieră extrem de rigidă, factorii de evaluare de la punctele a și h sunt, în realitate înlăturați.**

Prin trasarea liniilor directoare extrem de rigide cu privire la ce și cum ar trebui prestat de către operatorii economici în îndeplinirea contractului, CNAIR nu mai dă posibilitatea operatorilor economici de a-și întocmi oferta printr-o „abordare” personală, ci îi constrânge pe aceștia de a prelua în integralitate „cerințele minime obligatorii” din Ghid cărora să le stabilească un preț.

- 5.15 **Potrivit dispozițiilor art. 189 din Legea nr. 98/2016, „(1) Autoritatea contractantă nu are dreptul de a utiliza factori de evaluare care să conducă la o libertate de apreciere nelimitată. (2) În sensul alin. (1), factorii de evaluare utilizați de autoritatea**

contractantă trebuie să asigure o concurență reală între operatorii economici și să fie însoțiți de prevederi care să permită verificarea efectivă a informațiilor furnizate de către ofertanți, în scopul aplicării factorilor de evaluare.”

De asemenea, conform art. 12 din Instrucțiunile nr. 1/2017 emise de ANAP „Atunci când stabilește factorii de evaluare privind calificarea, experiența profesională și/sau modul de organizare a experților-cheie, autoritatea/entitatea contractantă se asigură că: c) factorii de evaluare referitori la modul de organizare a activităților necesare a fi desfășurate pentru implementarea contractului sunt corelați cu complexitatea acestuia și se raportează la modalitățile pe care prestatorul le are în vedere pentru executarea contractului în cauză, având asociată o metodologie de punctare obiectivă, care urmărește aceste elemente calitative descrise în propunerea tehnică, toate acestea fiind descrise prin strategia de contractare”

- 5.16 Față de toate acestea, rezultă că includerea Ghidului în documentația de atribuire și stabilirea, prin acesta, a unor obligații în sarcina Prestatorilor, reprezintă o conduită abuzivă, lipsită de transparență și proporționalitate, din partea CNAIR, sens în care solicităm, **în principal**, eliminarea acestuia din cadrul documentației de atribuire și revizuirea, în mod corespunzător a Caietului de Sarcini, iar **în subsidiar** eliminarea ultimului paragraf din cuprinsul Caietului de Sarcini potrivit căruia cerințele cuprinse în ghid reprezintă cerințe minim obligatorii.

6. **Clauze cuprinse în Contractul de servicii ce contravin prevederilor Legii nr. 98/2016, respectiv Codului civil, după caz**

6.1 Prevederile art. 7.16 din Contractul de servicii stabilesc:

„Introducerea unui nou subcontractant, orice schimbare a subcontractantului, sau orice încredințare a activităților stabilite în cadrul prezentului contract de către subcontractant către terțe părți, fără aprobarea prealabilă în scris a Autorității Contractante, va fi considerată o încălcare a contractului, situație care îndreptățește Autoritatea Contractantă la aplicarea unei penalități Prestatorului, în cuantum de 20% din suma alocată pentru activitățile subcontractate, pentru fiecare caz în parte, așa cum reiese din contractul de subcontractare.”

Autoritatea contractantă stabilește aplicarea de penalități Prestatorului pentru situații ce nu se află în controlul acestuia din urmă, mai exact dacă unul din subcontractanți ar încredința activități stabilite în sarcina sa către terți.

Această prevedere aduce atingerea principiilor care guvernează desfășurarea procedurii de atribuire a contractelor de achiziții publice, prin lipsa de transparență și proporționalitate din partea Autorității contractante.

- 6.1.1 Principiul proporționalității, definit de Curtea de Justiție a Uniunii Europene în Cauza *National Farmers' Union* impune ca măsurile adoptate de autoritățile contractante să nu depășească limitele a ceea ce este adecvat și necesar în scopul realizării obiectivelor urmărite, înțelegându-se că, în cazul în care este posibilă o alegere între mai multe măsuri adecvate, trebuie să se recurgă la cea mai puțin constrângătoare, iar inconvenientele cauzate nu trebuie să fie disproportionale în raport cu scopurile urmărite.

Pe cale de consecință, prin raportare la aceste considerente, clauza în discuție este lipsită de predictibilitate și de proporționalitate, Prestatorul neputând fi obligat la plata de penalități către Autoritatea contractantă pentru conduita adoptată de unul dintre subcontractanții săi, de cele mai multe ori Prestatorul neavând cunoștință despre astfel de situații.

6.2 Dispozițiile art. 18.3 din Contractul de servicii prevăd faptul că:

„În cazul în care Prestatorul nu își îndeplinește obligația de la Articolul 17.6 (respectiv nu menține Personalul nominalizat în ofertă și/sau aprobat ulterior, pe întreaga durată a contractului), pentru fiecare expert înlocuit, acesta va fi obligat la plata către Autoritatea Contractantă a unei penalități în cuantum de 10.000 Lei, pentru fiecare caz în parte, excepție făcând situațiile indicate la Articolul 18.1 alin. (2) lit.a), lit.b), lit.c) și lit. g). Situațiile menționate la Articolul 18.1 alin. (2) lit.d), lit.e) și lit.f), respectiv demisia experților, încetarea activității acestora în cadrul prezentului Contract și desfacerea disciplinară a Contractului de Muncă a acestora nu exonerează Prestatorul de aceasta obligație și consecințele încălcării ei.”

Prin intermediul acestei clauze, Autoritatea contractantă stabilește în sarcina Prestatorului obligația de a suporta plata penalităților atunci când personalul nominalizat în ofertă este înlocuit urmare a ivirii unor **situații ce sunt independente de voința prestatorului, mai exact atunci când a intervenit demisia personalului sau desfacerea disciplinară a contractului individual de muncă al personalului în discuție.**

6.2.1 O astfel de reglementare este lipsită de proporționalitate, ținând seama de faptul că în timp ce Prestatorul nu are dreptul să perceapă penalități, Autoritatea contractantă este îndreptățită să perceapă o serie de penalități, în funcție de criterii stabilite în mod discreționar de aceasta.

Art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice prevede că:

„Principiile care stau la baza atribuirii contractelor de achiziție publică și a organizării concursurilor de soluții sunt:

[...]

d) transparența;

e) proporționalitatea; [...].”

Principiului transparenței, aplicabil atât în cursul procedurii de atribuire a contractului de achiziții publice, cât și pe perioada derulării acestuia, este unul dintre principiile care constituie baza directivelor comunitare în materia contractelor de achiziții publice, alături de principiul egalității de tratament¹⁷.

Pe perioada desfășurării procedurii de atribuire a contractului, acest principiu presupune (i) formularea tuturor informațiilor cu privire la procedura de achiziție în mod clar,

¹⁷ CJUE C-213/07, Hotărârea Curții din 16 decembrie 2008, Michaniki, punctele 44 și 45;

precis, univoc în documentația de atribuire, (ii) în scopul garantării eliminării riscului adoptării unui comportament arbitrar din partea autorității contractante.

Cât timp situațiile în care Prestatorul va fi obligat la plata de penalități nu pot fi prevăzute sau preîntâmpinate de acesta (cum ar fi demisia sau desfacerea disciplinară a contractului individual de muncă), acest lucru îi permite Autorității contractante să perceapă penalități care excedează situațiilor pe care Prestatorul le-ar putea anticipa și controla, cu nesocotirea principiului transparenței.

În plus, această clauză aduce atingere și principiului proporționalității, deoarece întinderea și modalitatea de calcul a penalităților sunt disproporționate în raport de situațiile care le-ar genera.

- 6.2.2 Față de faptul că prin intermediul acestei clauze Autoritatea contractantă prevede penalități în sarcina Prestatorului în situația în care unul dintre salariați săi își dă demisia (cu toate că **demisia reprezintă un act unilateral de voință** al salariatului, angajatorul neputând refuza înregistrarea acesteia¹⁸) ori atunci când Prestatorul este obligat de dispozițiile Codului muncii să desfacă disciplinar contractul individual de muncă, reiese că Autoritatea contractantă penalizează în mod discreționar Prestatorul pentru conduite pe care acesta este obligat să le adopte conform dispozițiilor legale în vigoare.

Acesta situație ar conduce la ipoteza constrângerii Prestatorului la încălcarea unor dispoziții legale imperative pentru a nu îi fi imputate penalități de Autoritatea contractantă în derularea Contractului de servicii.

- 6.2.3 Impunerea de penalități în situații care nu sunt în controlul Prestatorului și care nu produc prejudicii în sarcina Autorității contractante, din vreme ce respectivul personal este înlocuit de alte persoane care au aceeași pregătire profesională cu cel înlocuit, încalcă inclusiv prevederile art. 1540 alin. (2) C. civ., potrivit cărora *"Penalitatea nu poate fi cerută atunci când executarea obligației a devenit imposibilă din cauze neimputabile debitorului"*.

- 6.3 Prevederile art. 20.2 din Contractul de servicii stabilesc următoarele:

„În completarea Articolului 20.1 (4) și prin excepție de la prevederile Articolului 5.1, conform opțiunii din Instrucțiuni către Ofertanti, pentru evitarea blocajelor, obținerea documentației necesare și finalizarea contractului, durata contractului poate fi prelungită și din unul sau mai multe din motivele de mai jos, prin Act Adițional, fără suplimentarea valorii contractului și fără a afecta dreptul Autorității Contractante de a aplica penalități de întârziere sau de a solicita despăgubiri:

a) necesitatea completării documentației realizate de Prestator. Autoritatea Contractantă poate solicita completări suplimentare la documentație, chiar dacă aceasta este întocmită în conformitate cu prevederile legale, datorită exigențelor MTI, MFE, pentru

¹⁸ „Art. 81

(1) Prin demisie se înțelege actul unilateral de voință al salariatului care, printr-o notificare scrisă, comunică angajatorului încetarea contractului individual de muncă, după împlinirea unui termen de preaviz.

(2) Angajatorul este obligat să înregistreze demisia salariatului.

realizarea unei documentații cu nivel ridicat de acuratețe/încredere.”

Această clauză oferă posibilitatea Autorității contractante de a solicita Prestatorului prestarea de servicii suplimentare prin raportare la obiectul contractului, exclusiv în funcție de criterii lipsite de predictibilitate și cu cenzurarea dreptului Prestatorului de a solicita suplimentarea valorii contractului.

- 6.3.1** „Realizarea unei documentații cu nivel ridicat de acuratețe/încredere” este o sintagmă lipsită de previzibilitate și claritate și permite adoptarea unui comportament arbitrar din partea Autorității contractante și care i-ar permite acesteia să solicite Prestatorului servicii ce excedează obiectului contractului, cu perceperea de penalități și fără suplimentarea prețului contractului.

- 6.3.2** Din cuprinsul clauzei rezultă faptul că Autoritatea contractantă poate modifica discreționar obligațiile Prestatorului.

Modalitatea în care clauza contractuală este redactată, respectiv de acordare către Autoritatea contractantă a posibilității modificării contractului fără a suplimenta prețul, transformă un contract esențialmente comutativ într-unul aleatoriu.

Or, de esența contractului de achiziție publică este caracterul comutativ - potrivit art. 1 din Instrucțiunea ANAP nr. 1/2016 rezultă faptul că Autoritatea contractantă și operatorul/operatorii economic/economici stabilesc, prin semnarea contractului de achiziție publică, ca urmare a acordului de voință exprimat, care este întinderea drepturilor și obligațiilor pe care și le asumă, cu respectarea regulilor și limitelor impuse prin acesta și prin legislația în domeniul achizițiilor publice.

Aceste prevederi dovedesc dincolo de orice îndoială faptul că ne aflăm în fața unui contract esențialmente comutativ.

Orice posibilitate de modificare a contractului trebuie să fie stabilită numai în urma determinării unor limite.

- 6.3.3** Pe cale de consecință, prin modalitatea de redactare a acestei clauze se atribuie o natură echivocă și nedeterminabilă a obligației Prestatorului de a completa documentația realizată de acesta.

Astfel, clauza sus referită este excesiv de împovărătoare, imprevizibilă, discreționară și la îndemâna exclusivă a Autorității contractante, aducând atingere principiului proporționalității și transparenței, analizat pe larg în sub-secțiunile anterioare.

- 6.4** Art. 25 din Contractul de servicii prevede următoarele:

„1.3. Studiul Geotehnic

Plata Studiului Geotehnic se va realiza după cum urmează:

a) Plati parțiale/intermediare aferente Studiului Geotehnic, în procent cumulativ de până la maxim 90% din valoarea Studiului Geotehnic stabilită în Anexa la Propunerea Financiară.

Acestea se vor realiza după predarea de catre Prestator și aprobarea de către Autoritatea Contractantă/ Beneficiar a partilor din Studiul Geotehnic si numai dupa aprobarea Raportului financiar aferent de catre Beneficiar.

Valoarea Platilor partiale/ intermediare ale Studiului Geotehnic se va calcula atat pe baza cantitatilor real executate (metri liniari) de Prestator pentru fiecare foraj executat aferent fiecarei categorii de lucrari in parte cat si pe baza activitatilor, investigatiilor si analizelor de laborator geotehnice din cadrul Anexei la formularul de Propunere Financiara (Fundamentarea pretului).

[...]

b) Plata diferenței de minim 10% din valoarea Studiului Geotehnic stabilita de Prestator în Anexa la Propunerea Financiară, se va realiza după predarea si aprobarea intregului Studiu Geotehnic de catre Beneficiar, însoțit de Referatul privind verificarea de calitate la cerinta Af, întocmit de către un Verificator Af si in urma aprobarii Raportului financiar intermediar aferent.

[...]

1.4. Studiul Arheologic

Platile se vor realiza dupa cum urmeaza:

O plata reprezentand 50% din valoarea Studiului Arheologic se va realiza dupa predarea si aprobarea de catre Beneficiar a Raportului privind evaluarea preliminara (Etapa I) si aprobarea de catre Beneficiar a Raportului financiar aferent.

O plata, reprezentand 50% din valoarea Studiului Arheologic se va realiza după obținerea avizelor de la Direcțiile Județene pentru Cultură sau Ministerul Culturii însoțite de documentația aferentă si predarea acestora catre Beneficiar, precum si după aprobarea de către Beneficiar a Studiului Arheologic pentru intregul proiect si a aprobarii Raportului financiar aferent de catre Beneficiar.

1.5. Documentația pentru ocuparea terenurilor

Platile se vor realiza dupa cum urmeaza:

O plata reprezentand 70% din valoarea Documentatiei pentru ocuparea terenurilor se va realiza dupa predarea si aprobarea de catre Beneficiar a documentatiei pentru intregul proiect cuprinzand coridorul avizat O.C.P.I., lista imobilelor si proprietarii acestora avizata de Primărie si/sau O.C.P.I., raportul/rapoartele de evaluare pentru imobile si suprafețe si dupa aprobarea de catre Beneficiar a Raportului financiar aferent.

O plata, reprezentand 30% din valoarea Documentatiei pentru ocuparea terenurilor se va realiza numai emiterea Hotararii Guvernului de expropriere si după aprobarea de catre Beneficiar a Raportului financiar aferent.

[...]

1.6 Documentația de mediu (Studiul de Evaluare a Impactului asupra Mediului - RIM, SEA, SEICA, SSpm, Studiul privind impactul proiectului asupra climei si Analiza vulnerabilitatii proiectului fata de schimbarile climatice, PMM)

Platile se vor efectua dupa cum urmeaza:

Se vor efectua plati intermediare in procent cumulat de pana la maxim 70% din valoarea Documentatiei de Mediu, stabilita in Anexa la Propunerea Financiara.

Aceste plati se vor realiza dupa predarea de catre Prestator a partilor/livrabilelor aferente Documentatiei de Mediu si numai dupa aprobarea de catre Beneficiar a Raportului Financiar aferent.

Plata diferentei de minim 30% din valoarea Documentatiei de Mediu, stabilita in Anexa la Propunerea Financiara se va realiza numai dupa obtinerea si emiterea Acordului de Mediu si dupa aprobarea Raportului Financiar de catre Beneficiar, care va contine documentatiile complete si toata corespondenta care a stat la baza emiterii Acordului de Mediu, cat si a celorlalte acte de reglementare obtinute in timpul procedurii de mediu.

[...]

2. Documentatia de atribuire (doar Documentatia Tehnica) a contractului/contractelor de proiectare si executie lucrari si Raport financiar pentru Asistenta Tehnica acordata Beneficiarului in perioada cuprinsa intre momentul publicarii Anuntului/Anunturilor de Participare si termenul/termenele limita de depunere a ofertelor

Vor fi efectuate maxim doua plati in functie de serviciile solicitate si prestate dupa cum urmeaza:

2.1 O plata pentru asistenta tehnica acordata Beneficiarului/ Autoritatii Contractante pe durata procedurii/lor de achizitie publica (inclusiv pregatirea documentatiei tehnice a contactului/lor de executie lucrari), pentru perioada cuprinsa intre momentul initierii pregatirii documentatiei de atribuire si data publicarii anuntului/lor de participare.

Plata se va face dupa predarea documentatiei tehnice catre Beneficiar si numai dupa publicarea Anuntului/lor de Participare, precum si dupa aprobarea de catre Beneficiar a Raportului financiar aferent.

2.2 O plata pentru asistenta tehnica Beneficiarului/ Autoritatii Contractante pentru perioada cuprinsa intre data publicarii anuntului/lor de participare si termenul/e limita de depunere a ofertelor.

Plata se va face dupa predarea Raspunsului/Raspunsurilor Consolidate la solicitarile de clarificare formulate de catre operatorii economici, si numai dupa implinirea termenului de depunere a ofertelor precum si dupa aprobarea de catre Beneficiar a Raportului financiar aferent.

3. Depunerea si sustinerea Aplicatiei de finantare si asistenta tehnica acordata Beneficiarului/Autoritatii Contractante pe parcursul evaluarii Cererii de finantare

Vor fi efectuate maxim doua plati in functie de serviciile solicitate si prestate dupa cum urmeaza:

3.1 O plata pentru asistenta tehnica acordata Beneficiarului/ Autoritatii Contractante pentru pregatirea documentatiei in vederea transmiterii Aplicatiei de finantare.

Plata se va face dupa depunerea si sustinerea Aplicatiei de finantare, si numai dupa aprobarea de catre Beneficiar a Raportului financiar aferent.

3.2 () plata pentru asistenta tehnica acordata Beneficiarului/ Autoritatii Contractante pe parcursul verificarii/evaluarii Aplicatiei de finantare (completari, clarificari, modificari, revizuri) si pana la aprobarea Cererii de finantare.

Plata se va face dupa aprobarea Cererii de finantare, ulterior finalizarii evaluarii Cererii de finantare, si numai dupa aprobarea de catre Beneficiar a Raportului financiar aferent.

- 6.4.1 Prin intermediul clauzelor citate – 25.1.3, 25.1.4, 25.1.5, 25.1.6, 25.2, 25.3 – Autoritatea contractantă stabilește modalitatea de plată a serviciilor prestate de către Prestator, în principiu, în două tranșe, cea de-a doua tranșă fiind condiționată de situații ce nu depind de Prestator.

Prin această modalitate de reglementare a efectuării plăților către Prestator, impusă de Autoritatea contractantă, se creează, echivalează cu condiționarea efectuării plăților către Prestator de îndeplinirea corespunzătoare a obligațiilor contractuale.

Or, o astfel de prevedere este excesivă și inechitabilă, cât timp, în situația în care Prestatorul nu îndeplinește, îndeplinește cu întârziere sau nu îndeplinește corespunzător obligațiile contractuale, din culpa sa, Autoritatea contractantă are la îndemână garanția de bună execuție constituită de Prestator, asupra căreia poate emite pretenții, potrivit art. 27.6 din Contractul de servicii.

Este important de menționat, de asemenea, faptul că potrivit art. 27.1 din Contractul de servicii, Autoritatea contractantă prevede obligația Prestatorului de a constitui garanția de bună execuție în cuantum de 10% din prețul contractului, fără TVA.

Ținând seama de faptul că valoarea garanției de bună execuție este prevăzută în cuantumul maxim admis de dispozițiile art. 39 alin. (4)¹⁹ din Norme Metodologice de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractului de achiziție publică/ acordului-cadru din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 395/2016.

reținerea de către Autoritatea contractantă a unor procente din sumele datorate Prestatorului pentru serviciile prestate, astfel cum rezultă din clauzele citate în prezenta secțiune, Autoritatea contractantă are deschisă posibilitatea, pe de-o parte de a reține tranșe din prețul datorat Prestatorului, dar și de a executa garanția de bună-execuție, ambele pentru ace

- 6.5 Prevederile art. 29.6 din Contractul de servicii stabilesc că:

„Prestatorul își va asuma riscurile ce decurg din participarea sa la procedura de atribuire și prin semnarea contractului de servicii și nu va avea nicio pretenție în cazul apariției acestora, cu excepția cazurilor în care culpa se datorează unor terțe parti sau unor

¹⁹ Art. 39 alin. (4) *Autoritatea contractantă stabilește valoarea garanției de bună execuție prin raportare la complexitatea contractului de achiziție publică/contractului subsecvent care urmează a fi executat, care însă nu trebuie să depășească 10% din prețul contractului, fără TVA.*

motive neimputabile acestuia. Lipsa culpei va trebui sa fie dovedita de catre Prestator. ”

Ținând seama de faptul că nu i s-ar putea impune niciuneia dintre părți să dovedească un fapt negativ, se impune amendarea acestei clauze – s-ar putea prevedea în sarcina Prestatorului, cel mult, dovedirea existenței culpei unei terțe persoane cu scopul exonerării de răspundere.

6.6 Art. 30.2 din Contractul de servicii prevede următoarele:

„(1) Dacă Prestatorul nu prezintă unul sau mai multe Rapoarte sau orice alte documente menționate în prezentul Contract, în perioadele specificate în Anexa I: Caietul de Sarcini si anexele acestuia, la prezentul contract, sau în Ordinele Administrative. Autoritatea Contractantă va fi îndreptățită, fără a mai fi necesară nicio notificare în acest sens, la sume reprezentând penalități de întârziere, pentru fiecare zi de întârziere, care va trece din momentul expirării termenului de transmitere prevăzut în Caietul de Sarcini si anexele acestuia (Anexa I la prezentul contract) până în momentul efectiv al transmiterii acestor documente.

„(2) Valoarea penalităților este de 0,01%/ zi de întârziere din Pretul Contractului până la îndeplinirea corespunzătoare a obligațiilor.”

Stabilirea penalităților din valoarea totală a contractului este de natură să creeze un dezechilibru contractual, prin perceperea de Autoritatea contractantă de penalități a căror valoare este disproporționată în raport de obligația neexecutată.

Astfel, în mod curent, în desfășurarea contractelor de achiziții publice, valoarea penalităților pe care le-ar aplica Autoritatea contractantă se raportează la valoarea lucrărilor ce nu au fost executate, iar nu la valoarea totală a contractului.

Prin modalitatea de reglementare a acestei clauze se aduce atingere principiului proporționalității ce guvernează desfășurarea procedurii de atribuire a contractului de achiziție publică, prin stabilirea de obligații excesive în sarcina Prestatorului.

6.7 Prevederile art. 31.2 stabilesc următoarele:

„Pe cheltuiala sa, Prestatorul va despăgubi, proteja și apăra Autoritatea Contractantă, agentii și salariații acestuia, pentru și împotriva tuturor actiunilor în justitie, revendicarilor, pierderilor și pagubelor rezultate din executarea Contractului de Servicii de către Prestator, în condițiile în care:

a) Prestatorul este notificat de către Autoritatea Contractantă despre asemenea acțiuni, revendicări, pierderi sau pagube, după ce Autoritatea Contractantă a luat cunostință despre acestea;

b) Plafonul maxim al răspunderii Prestatorului va fi limitat la o sumă egală cu Pretul Contractului, dar acest plafon maxim nu se

va aplica pentru pierderi ori pagube cauzate terților de către Prestator ori ca urmare a abaterilor săvârșite de Prestator.”

- 6.7.1** Este inechitabilă stabilirea în sarcina Prestatorului de obligații precum „apărarea și protejarea” Autorității contractante, cât și a agenților și salariaților acesteia, acestea având un înțeles mult prea general, iar Prestatorul neavând capacitatea de a se angaja la a îndeplini astfel de obligații, prin raportare la rațiunea încheierii contractului și la obligațiile contractuale asumate.

Stabilirea unei răspunderi nelimitate a Prestatorului pentru situațiile în care s-ar produce pagube terților prezintă un caracter impredictibil, lăsând loc adoptării unei conduite arbitrare de Autoritatea contractantă, care va putea stabili cuantumul despăgubirilor la care se consideră îndreptățită la o valoare ce depășește prețul contractului în executarea căreia Prestatorul ar fi produs respectivul prejudiciu.

- 6.7.2** Prin urmare, apare că prin modalitatea de redactare a acestei clauze se aduce atingere (i) atât principiului transparenței, prin lipsa de predictibilitate din partea Autorității contractante, aceasta putând să oblige Prestatorul la plata de penalități într-un cuantum excesiv, stabilit în mod discreționar, cât și (ii) principiului proporționalității, deoarece impunerea în sarcina Prestatorului a unor obligații de apărare și protejare a Autorității contractului, a angajaților și agenților săi excedează rațiunii contractului de achiziție publică ce va fi încheiat între părți.

Pentru toate cele ce preced vă solicităm obligarea autorității contractante la adoptarea de măsuri de remediere privind conținutul Fișei de date, Formulelor, Caietului de sarcini și al Contractului de servicii, constând, fie (i) în punerea acestora în acord cu dispozițiile legale în materie și cu principiile care guvernează achizițiile publice, fie în (ii) anularea procedurii, în situația în care modificarea documentației de atribuire nu este posibilă.

CONSITRANS S.R.L

prin avocat,