



Nestor Nestor Diclescu Kingston Petersen

SOCIETATE CIVILĂ DE AVOCAȚI

Nestor Nestor Diclescu Kingston Petersen S.C.A.

Nr. IEȘIRE

1725

Ziua

12

Luna

08

Anul

2024

Legal & Tax

Către: **CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR**

Str. Stavropoleos nr. 6, sector 3, București, cod poștal 030084, România

E-mail: office@cnsr.ro

Telefon: +40 213104668

Fax: +40 213104642

Către: **SECTOR 4 (PRIMARIA SECTORULUI 4 BUCUREȘTI)**

Bd. George Coșbuc nr. 6-16, sector 4, București, cod poștal 040532

E-mail: achizitiipublice@ps4.ro / contact@ps4.ro

Telefon: +40 733200457

Fax: +40 213360360

Ref: **Contestație împotriva Răspunsului Consolidat - revizia 1 - CN1068316/00157 înregistrat sub nr. P10.2/1506/02.08.2024, aferent procedurii de achiziție publică organizată prin licitație deschisă a contractului având ca obiect „Extinderea rețelei de metrou Magistrala 4 de metrou, secțiunea Gara de Nord – Gara Progresul”**

Anunț de participare publicat în SEAP nr. CN1068316/26.04.2024

Cerere de suspendare a Procedurii de Atribuire

Cerere de acces la documentele dosarului constituit de CNSC

Data: 12.08.2024

Domnule Președinte,

Subscrisa, **FCC CONSTRUCCION S.A.** („FCC”), cu sediul în Spania, Barcelona, Calle Balmes nr. 36, cod poștal 08007, Tel: +34 91 541 1000, Fax: +34 91 514 1004, înregistrată la Registrul Comerțului din Barcelona sub nr. T.25762, H.173, F. B94500, S.8, CIF A28 / 854727, număr de înregistrare TVA ESA 28854727, prin **FCC CONSTRUCCION S.A. BARCELONA SUCURSALA BUCUREȘTI**, cu sediul în Piața Charles de Gaulle, Nr. 15, Clădirea Charles de Gaulle Plaza, Tronsonul Vestic, Etaj 12, București, cod

BUCUREȘTI

Str. Barbu Văcărescu nr. 201,
Clădirea Globalworth Tower,
Et. 18, Sector 2, București,
Cod postal 020276, România

T +40 21 201 1200, +40 31 225 3300
F +40 21 201 1210, +40 31 225 3310
E office@nndkp.ro, www.nndkp.ro

TIMIȘOARA

T +40 256 202 133
F +40 256 202 146
E office.timisoara@nndkp.ro

CLUJ-NAPOCA

T +40 264 433 527, +40 364 229 000
F +40 364 229 005
E office.cluj@nndkp.ro

SEE

Legal – Athens • Belgrade • Bucharest • Istanbul • Ljubljana • Podgorica • Pristina • Sarajevo • Skopje • Sofia • Tirana • Zagreb

de înregistrare în scopuri TVA 17060007, număr de înregistrare la Registrul Comerțului J40/21384/2004, codul IBAN și banca societății RO 48 BACX 0000 0000 7023 5310 deschis la UNICREDIT TIRIAC BANK, reprezentantă legal prin Carlos Pallares Rodriguez și Amadeo Ceferino Garcia,

reprezentată convențional prin **SCA Nestor Nestor Diculescu Kingston Petersen**, cu sediul profesional în Str. Barbu Văcărescu nr. 201, Clădirea Globalworth Tower, Et. 18, Sector 2, București, Cod poștal 020276, România, fax: 021 201 12 10, **unde solicităm și comunicarea tuturor actelor de procedură conform art. 158 și 162 CPC**, persoanele împuternicite cu primirea corespondenței fiind Av. Adina Chilim-Dumitriu (adina.chilim-dumitriu@nndkp.ro), Av. Răzvan Savin (razvan.savin@nndkp.ro), precum și avocații enumerați în împuternicire,

în calitate de operator economic interesat de participarea în cadrul procedurii de achiziții publice organizate pentru atribuirea prin licitație deschisă a contractului având ca obiect **„Extinderea rețelei de metrou Magistrala 4 de metrou, secțiunea Gara de Nord – Gara Progresul”, anunț de participare nr. CN1068316/26.04.2024** („Procedura” / „Procedura de Atribuire”), organizată de SECTOR 4 (PRIMARIA SECTORULUI 4 BUCUREȘTI) în calitate de autoritate contractantă („Autoritatea” / „Autoritatea Contractantă” / „Sector 4” / „Beneficiar”),

în privința Lotului 1 al Procedurii de Atribuire,

în contradictoriu cu **Autoritatea Contractantă SECTOR 4 (PRIMARIA SECTORULUI 4 BUCUREȘTI) - Sectorul 4 al Municipiului București** cu sediul în Bd. George Coșbuc nr. 6-16, sector 4, București, cod poștal 040532, CUI RO 4316422, e-mail: achizitiipublice@ps4.ro / contact@ps4.ro tel: +40 733200457, fax: +40 213360360, reprezentată legal prin Daniel Băluță în calitate de Primar,

în temeiul art. 4 alin. (1) lit. a) și art. 8 și urm. din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului National de Soluționare a Contestațiilor („Legea 101/2016”), formulăm, în termen legal, prezenta

CONTESTAȚIE

împotriva Răspunsului Consolidat - revizia 1 - CN1068316/00157 înregistrat sub nr. P10.2/1506/02.08.2024 și publicat în SEAP la data de 02.08.2024,

prin care solicităm admiterea contestației și dispunerea luării măsurilor de remediere necesare în vederea restabilirii legalității, prin:

1. **suspendarea Procedurii de Atribuire până la soluționarea prezentei contestații, în temeiul art. 22 din Legea 101/2016,**
2. **anularea Răspunsului Consolidat - revizia 1 - CN1068316/00157 și obligarea Autorității Contractante la modificarea răspunsurilor de clarificare contestate, în sensul luării măsurilor de remediere solicitate prin prezenta contestație,**

pentru următoarele

MOTIVE

1. SINTEZA ARGUMENTELOR

- ✓ Deși procedura de achiziție este una dintre cele mai mari și valoroase organizate vreodată în România, modalitatea neclară, incompletă și nelegală în care Autoritatea Contractantă a înțeles să răspundă la cele 603 de solicitări de clarificare pentru Lotul 1 impune restabilirea echilibrului părților prin intermediul prezentei contestații, autoritatea răspunzând la numeroase solicitări de clarificare în sensul că aspectele vor fi lămurite și discutate în faza de execuție a contractului, la elaborarea proiectului tehnic, doar cu ofertantul declarat câștigător, deși aceste informații sunt absolut necesare ofertanților atât pentru elaborarea ofertelor, cât și autorității pentru compararea și departajarea acestora, fiind o componentă a principiilor transparenței, tratamentului egal și nediscriminării;
- ✓ Prin răspunsul la clarificări, Autoritatea Contractantă transmite în mod nelegal în sarcina Antreprenorului o serie de riscuri care, potrivit HG nr. 1/2018, sunt în sarcina Beneficiarului, aspect ce reprezintă o modificare nelegală și abuzivă a condițiilor contractuale stabilite în mod imperativ de legiuitor sub sancțiunea nulității și o încălcare a principiului asumării răspunderii, afectând astfel legalitatea procedurii și balanța contractuală;
- ✓ Anexa nr. 2 a HG 1/2018 prevede în mod expres că: *"Beneficiarii sunt îndreptățiți să elaboreze Condiții Speciale numai cu privire la subclauzele și numai în legătură cu subiectele listate în tabelul de mai jos. Orice altă Condiție Specială este nulă."*
- ✓ La cele mai multe solicitări de documente suplimentare, autoritatea trimite vag la Studiul de fezabilitate, Caietul de Sarcini și la alte documente din documentația de atribuire, fără a răspunde concret la întrebările adresate, cu încălcarea art. 160 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 potrivit căruia autoritatea are obligația de a răspunde în mod clar și complet solicitărilor de clarificare;
- ✓ În alte cazuri, răspunsurile sunt în sensul că necorelările, deficiențele sau detaliile vor fi decise și lămurite în faza de proiect tehnic, astfel încât Ofertantul/ Antreprenorul nu cunoaște ce trebuie să oferteze precis – la ce nivel de calitate/ cantitate/cerințe minime ale Beneficiarului;
- ✓ Drept consecință, exista riscul ca, chiar și supradimensionând oferta financiară, pentru a încerca să acopere la momentul ofertării cât mai mult din riscurile și costurile care ar putea apărea în faza de PT, în funcție de cerințele Beneficiarului de la acel moment (cu riscul de a nu câștiga procedura), prețul ofertei Antreprenorului să fie insuficient pentru acoperirea acestor riscuri, având în vedere limitarea legislativă a ofertării într-un maxim de 115%, conducând astfel la imposibilitatea implementării unui contract excesiv de oneros pentru Antreprenor.

2. SITUAȚIA DE FAPT

- (1) Autoritatea Contractantă a lansat Procedura de Atribuire prin publicarea la data de 26.04.2024 a anunțului de participare nr. CN1068316 și a documentației de atribuire aferente¹ [ANEXA 1], în vederea organizării procedurii de achiziție publică pentru atribuirea prin licitație deschisă a contractului având ca obiect „Extinderea rețelei de metrou Magistrala 4 de metrou, secțiunea Gara de Nord – Gara Progresul”.
- (2) Conform caietului de sarcini, criteriul de atribuire aplicat este „cel mai bun raport calitate-preț”, iar valoarea estimată este între 9.642.032.746,87 RON și 11.395.129.609,94 RON, procedura fiind astfel una dintre cele mai mari și valoroase proceduri de achiziție publică organizate vreodată în România.
- (3) Observând existența unor neclarități și aspecte incomplete sau contradictorii în privința lucrărilor și cerințelor incluse în documentația de atribuire, au fost formulate solicitări de clarificare, la care s-a răspuns prin Răspunsul Consolidat - revizia 1 - CN1068316/00157 publicat în SEAP la data de 2.08.2024. [ANEXA 2]
- (4) Prin acest răspuns de clarificări care cuprinde 429 de pagini se aduc o serie de modificări care schimbă în mod semnificativ condițiile avute în vedere de ofertanți prin documentația inițială de atribuire.
- (5) Contrar standardelor de diligență impuse de organizarea unei proceduri cu o valoare și importanță atât de mare, Răspunsul Consolidat - revizia 1 - CN1068316/00157 publicat în SEAP introduce condiții abuzive și interpretează în mod nelegal prevederi din documentația de atribuire inițială, care conduc la concluzia că răspunsul de clarificare trebuie anulat și modificat.
- (6) Cu precădere, condițiile contractuale impuse ofertanților sunt abuzive și contravin atât prevederilor Hotărârii de Guvern nr. 1/2018 pentru aprobarea condițiilor generale și specifice pentru anumite categorii de contracte de achiziție aferente obiectivelor de investiții finanțate din fonduri publice („HG 1/2018), cât și legislației achizițiilor publice, astfel cum vom arăta în continuare.
- (7) Arătăm că prezenta contestație a fost formulată în termenul de 10 zile prevăzut de art. 8 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016, Răspunsul Consolidat - revizia 1 - CN1068316/00157 fiind publicat în SEAP în data de 2.08.2024, iar contestația a fost formulată la data de 12.08.2024.

¹ Potrivit art. 18 alin. (2) din Legea 101/2016, Autoritatea Contractantă are obligația de a transmite Consiliului, în termen de 5 zile de la primirea contestației, o copie a dosarului achiziției publice, cu excepția anunțului de participare și documentației de atribuire atunci când acestea sunt disponibile în SEAP, sens în care nu mai atașăm prezentei contestații documente care fac parte din documentația publicată de Autoritatea Contractantă sau care urmează a fi comunicate Consiliului de către aceasta.

3. SUSPENDAREA PROCEDURII DE ATRIBUIRE

- (8) **Solicităm suspendarea Procedurii de Atribuire până la soluționarea prezentei contestații în conformitate cu prevederile art. 22 din Legea 101/2016.**
- (9) Arătăm că potrivit legislației achizițiilor publice, formularea unei contestații suspendă exclusiv dreptul autorității de a semna contractul de achiziție publică, sens în care contestația formulată nu are aptitudinea suspendării de drept a Procedurii de Atribuire.
- (10) Față de cele arătate deja și cu precădere față de imposibilitatea creată operatorilor interesați să își exercite dreptul de a transmite oferte în condiții de transparentă, tratament egal și nediscriminare, se impune suspendarea Procedurii de Atribuire.
- (11) Deopotrivă, suspendarea Procedurii de Atribuire este justificată și de considerentul că prezenta contestație vizează însăși legalitatea unor răspunsuri de clarificări care privesc atât lămurirea specificațiilor tehnice aplicabile, cât și anumite cerințe de calificare, determinând caracterul incert al acestora.
- (12) Operatorii economici nu pot fi forțați să elaboreze și să depună oferte financiare prin raportare la cerințe asupra cărora planează incertitudine și un demers de contestare.
- (13) **În ipoteza în care contestația este considerată întemeiată de către Consiliu, decizia acestuia va avea ca efect modificarea documentelor achiziției, iar dacă decizia Consiliului este emisă ulterior depunerii ofertelor, aceasta va determina finalitatea anulării Procedurii de Atribuire.**
- (14) Menținerea/eliminarea cerințelor criticate și/sau modificarea conținutului acestora (efecte pretinse prin intermediul contestației) sunt elemente vădit relevante în vederea elaborării ofertelor și a documentațiilor suport și, de altfel, sunt determinante chiar în luarea deciziilor de angajare a eforturilor și cheltuielilor pentru participarea în Procedura de Atribuire.
- (15) Subscrisa ne aflăm în situația în care nu putem elabora oferta în condițiile în care nu sunt delimitate în mod explicit și clar limitele obligațiilor pe care urmează să și le asume Antreprenorul și, de altfel, nu este clar în ce măsură modificarea obiectului achiziției este menținută sau nu, cu repercusiuni, cum am arătat, chiar în ceea ce privește capacitatea Subscrisei de a participa în licitație.
- (16) De asemenea, cum am precizat, la momentul formulării contestației, Autoritatea Contractantă nu a răspuns solicitărilor de clarificare a documentației de atribuire primite de la ofertanții. Comunicarea în termen util și rezonabil a acestor răspunsuri fiind eminamente necesară, în lipsă acestora, ofertanții fiind în imposibilitatea concretă de a depune ofertă.
- (17) Termenul limită pentru depunerea ofertelor este 19.08.2024, ora 15:00 pentru toate loturile, termen până la care este foarte probabil ca CNSC să nu se pronunțe.
- (18) **De altfel, și dacă CNSC s-ar pronunța anterior datei limită de depunere a ofertelor, nu ar exista oricum timp suficient în care ofertanții să își pregătească ofertele fără ca asupra documentației de atribuire să planeze incertitudinea determinată de existența litigiului.**

(19) Drept pentru care doar prin suspendarea Procedurii de Atribuire poate fi asigurată în mod efectiv respectarea eficientă a prevederilor legale, asigurarea unui termen suficient operatorilor economici pentru pregătirea ofertelor și evitarea pagubelor pe care aceștia (inclusiv Subscrisa) le-ar putea suporta în condițiile derulării în paralel a Procedurii de Atribuire cu soluționarea de către CNSC a contestației.

(20) Condițiile prevăzute de lege în vederea dispunerii suspendării Procedurii de Atribuire sunt, de asemenea, îndeplinite:

- **existența unui caz bine justificat, care poate fi reținut în situația în care, din împrejurările cauzei, ar rezulta o îndoială puternică și evidentă asupra prezumției de legalitate**

Prezenta contestație vizează însăși lămurirea caracterului legal/nelegal în care a fost modificată documentația de atribuire, precum și verificarea incidenței unor prevederi legale care atrag măsura drastică a anulării răspunsurilor de clarificare.

Îndeplinirea cerinței este, în primul rând, determinată de premisa demersului litigios.

- **prevenirea producerii unei pagube iminente, ce poate fi reținută în situația în care continuarea Procedurii în astfel de condiții ar produce un prejudiciu greu de înlăturat**

Paguba iminentă este definită în art. 2 alin. (1) lit. ș) din Legea nr. 554/2004 ca reprezentând:

„prejudiciul material viitor și previzibil sau, după caz, perturbarea previzibilă gravă a funcționării unei autorități publice sau a unui serviciu public”.

Derularea în paralel a Procedurii de Atribuire cu un demers de contestare care vizează chiar legalitatea unora dintre cerințele sale esențiale reprezintă o împrejurare aptă a crea prejudicii importante operatorilor economici care continuă demersurile de elaborare a documentației de ofertare. Împrejurarea creată ar reprezenta, de altfel, o încălcare flagrantă a principiilor achizițiilor publice, cu precădere cel al transparenței.

Mai mult, în cazul admiterii contestației, nu poate fi avută în vedere remedierea documentației de atribuire (nefiind permisă modificarea acesteia ulterior depunerii ofertelor), ci doar anularea Procedurii de Atribuire (consecință ce afectează, în primul rând, interesul Autorității a cărei licitație este anulată).

Soluția suspendării Procedurii de Atribuire se impune cu atât mai mult cu cât, față de situația de fapt și de drept dedusă judecății, soluționarea contestației trebuie să asigure realizarea imperativelor statuate de art. 6 paragraful 1 din Convenția Europeană a Drepturilor Omului: **soluționarea procesului într-un termen rezonabil și asigurarea caracterului efectiv al dreptului la un proces echitabil.**

Dreptul la un proces echitabil ar fi iluzoriu dacă efectele actului administrativ nelegal s-ar produce în integralitate anterior datei la care un judecător ar putea să se pronunțe asupra legalității acestuia.

Acest fapt este, de altfel, confirmat și de Recomandarea nr. R (89) 8 din 1989 a Consiliului Europei cu privire la protecția juridică provizorie în materie administrativă prin care se solicită autorității jurisdicționale competente ca *"atunci când executarea unei decizii administrative este de natură să provoace daune grave, dificil de reparat, persoanelor particulare cointeresate de această decizie – să ia măsuri de protecție provizorii corespunzătoare, în limitele competenței sale și fără ca, astfel, să influențeze în vreun fel soluția asupra fondului, cu atât mai mult atunci când există un argument juridic aparent valabil în raport cu elementele de legalitate ale actului administrativ contestat"*.

4. NELEGALITATEA RĂSPUNSULUI CONSOLIDAT - REVIZIA 1 - CN1068316/00157

4.1. CONSIDERAȚII GENERALE. RĂSPUNSUL ADUCE MODIFICĂRI NELEGALE CU PRIVIRE LA RĂSPUNDEREA CONTRACTUALĂ ȘI ALOCAREA RISCURILOR ÎNTRE BENEFICIAR ȘI ANTREPRENOR.

(21) Prin **art. 2 din HG nr. 1/2018** au fost aprobate *"condițiile generale și specifice, împreună cu modelul-cadru de acord contractual, pentru contractele de achiziție publică sau sectorială de lucrări care au ca obiect atât proiectarea, cât și execuția de lucrări și care sunt aferente obiectivelor de investiții finanțate din fonduri publice, inclusiv fonduri nerambursabile și/sau rambursabile, a căror valoare totală estimată, conform prevederilor legale, este egală sau mai mare decât pragul valoric prevăzut de art. 7 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 98/2016, cu modificările și completările ulterioare, având cuprinsul prevăzut în anexa nr. 2"*.

(22) În **Anexa nr. 2 a HG 1/2018** sunt prevăzute condițiile generale (denumite în continuare "Condiții Generale") și este indicat că acestea sunt pe deplin aplicabile și obligatorii pentru contractele de proiectare și execuție de lucrări, cu excepția condițiilor specifice/speciale (denumite în continuare "Condiții Speciale") care pot fi agreeate de părți, dar doar în anumite **limite**:

Aceste Condiții Specifice, denumite și Condiții Speciale, privind contractele de proiectare și execuție de lucrări, completează, clarifică, amendează sau instituie excepții de aplicabilitate de la Condițiile Generale de Contract. Prevederile clauzelor neschimbate de prezentele Condiții Speciale sunt valabile în forma dată de Condițiile Generale. În cazul unor neconcordanțe între Condițiile Speciale și Condițiile Generale, primează prevederile Condițiilor Speciale. Numerotarea clauzelor Condițiilor Speciale nu este consecutivă, corespunde sau completează numerotarea clauzelor Condițiilor Generale.

Beneficiarii sunt îndreptățiți să elaboreze Condiții Speciale NUMAI cu privire la subclauzele și NUMAI în legătură cu subiectele listate în tabelul de mai jos. Orice altă Condiție Specială este nulă.

Clauza 5 - Supervizorul și reprezentantul Supervizorului

5.1	sarcinile Supravizorului
Clauza 8 - Furnizarea Documentelor Beneficiarului	
8.2	calendar pentru furnizarea unui exemplar complet al tuturor Documentelor Beneficiarului
Clauza 9 - Acces pe Șantier	
9.1	termene și sectoare pentru punerea la dispoziție a Șantierului
9.2	accesul pe Șantier a altor persoane
Clauza 10 - Autorizații și asistență privind Legea	
10.1	responsabilități privind autorizațiile de construire
Clauza 19 - Proiectarea de către Antreprenor	
19.2	modalități și calendarul de aprobare a proiectării elaborate de către Antreprenor
Clauza 24 - Interferențe cu traficul și căile de acces	
24.1	măsura în care pot fi afectate traficul și căile de comunicații
Clauza 44 - Principii generale	
44.1	moneda sau monedele Contractului
Clauza 45 - Valoarea Contractului	
45.4	prevederile referitoare la măsurare și evaluare pentru părțile din Lucrări plătibile conform cantităților furnizate sau lucrărilor efectuate și identificarea acestor părți

- (23) Legiuitorul prevede astfel în mod limitativ aspectele contractuale în legătură cu care Beneficiarul poate devia de la Condițiile Generale aprobate de Guvern și arată și sancțiunea încălcării limitelor impuse – **nulitatea** clauzelor/condițiilor contractuale.
- (24) În prezenta procedură de achiziție publică, Autoritatea Contractantă a inclus în documentația de atribuire atât Condițiile Generale aprobate de Guvern, cât și o listă de Condiții Speciale.
- (25) În mod special, facem trimitere la Clauza 68.1 lit. b) și d) din Condițiile Generale, potrivit căreia:
- Clauza 68. Riscuri, alocarea riscurilor și despăgubiri*
68.1 Riscurile Beneficiarului
Riscurile Beneficiarului sunt următoarele:
[...] b) nerespectarea clauzelor prezentului Contract privind **punerea la dispoziție a Șantierului** de către Beneficiar, inclusiv în caz de întârziere a punerii la dispoziție;
[...] (d) **erori, deficiențe și/sau caracter incomplet ale Cerințelor Beneficiarului și/sau ale Documentelor Beneficiarului;**
- (26) Cu toate acestea, UAT Sector 4 a deviat semnificativ de la aceste prevederi legale, introducând în cuprinsul Răspunsului Consolidat - Revizia 1 o serie de obligații contractuale nelegale și abuzive pe care ofertanții - Antreprenori trebuie să și le asume, instituind reguli speciale și derogatorii de la clauzele generale ale HG 1/2018 și care depășesc limitele legale ale condițiilor speciale, fiind, în consecință, nule.
- (27) Răspunsurile formulate de Autoritatea Contractantă prin care implicit se extinde răspunderea contractuală a Antreprenorului reprezintă o încălcare mascată a restricțiilor impuse prin HG 1/2018 cu privire la alocarea riscurilor contractuale, echivalând, în esență, cu introducerea unor Condiții Speciale suplimentare, nepermise și nule.

- (28) Răspunsurile sunt de natură să denatureze concurența și să afecteze principiile transparenței, tratamentului egal, nediscriminării și asumării răspunderii prevăzute de art. 2 din Legea nr. 98/2016.

4.2. RĂSPUNSUL LA CLARIFICĂRI ÎNCALCĂ SUB-CLAUZA 68.1 LIT. D) DIN CONDIȚIILE GENERALE

- (29) Potrivit Sub-Clauzei 68.1.d) din Condițiile generale, Beneficiarul poartă răspunderea pentru *erori, deficiențe și/sau caracter incomplet ale Cerințelor Beneficiarului și/sau ale Documentelor Beneficiarului.*
- (30) Cu toate acestea, la cele mai multe solicitări de documente și clarificări suplimentare, autoritatea trimite vag la Studiul de fezabilitate, Caietul de Sarcini și alte documente din documentația de atribuire, fără a răspunde concret la întrebările adresate de ofertanți, încălcând astfel art. 160 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 potrivit căruia autoritatea are obligația de a răspunde *în mod clar și complet* solicitărilor de clarificare.
- (31) În alte cazuri, răspunsurile autorității sunt că necorelările, deficiențele, detaliile vor fi decise/agreate/dezbătute/clarificate/realizate în faza proiect tehnic, astfel încât Ofertantul/Antreprenorul nu știe, la momentul ofertării, ce trebuie să oferteze precis – la ce nivel de calitate/cantitate/cerințe minime ale beneficiarului și care este riscul pe care și-l asumă.
- (32) Se observă că deși clarificările solicitate sunt absolut necesare ofertanților atât pentru elaborarea ofertelor, cât și autorității pentru compararea și departajarea acestora, fiind o componentă a principiilor transparenței, tratamentului egal și nediscriminării prevăzute de art. 2 din Legea nr. 98/2016, autoritatea contractantă refuză să ofere, înainte de momentul limită de depunere a ofertelor, un răspuns lămuritor și „mută” acest risc în sarcina Antreprenorului la momentul întocmirii PT, afectând astfel legalitatea și balanța contractuală.
- (33) Astfel:
- **Clarificarea 178:** se solicită punerea la dispoziție de planuri de situație și cantități de lucrări pentru rețelele existente și se răspunde că informațiile solicitate vor fi stabilite de fiecare Ofertant la faza de licitație și vor fi consolidate în faza de elaborare a proiectului tehnic – ***netransmiterea acestor planuri conduce la insuficiența informațiilor pe baza cărora ofertantul trebuie să își întocmească oferta, iar la faza de PT este posibil să fie identificată o altă situație în teren, pentru care Antreprenorul nu ar trebui să fie ținut răspunzător conform Clauzei 68.1 lit. d), b) și c).***

În același sens, a se vedea și **Clarificările nr. 291, 566, 587, 588** pe care înțelegem să le contestăm pentru aceleași motive, deoarece Antreprenorul nu poate să ia în considerare la data întocmirii ofertei cerințe care vor fi în viitor descoperite la faza de Proiect Tehnic. Fiecare Antreprenor poate alege anumite elemente (cu costuri diferite), astfel că ofertele devin imposibil de evaluat.

- **Clarificarea 128:** se solicită transmiterea listei de mobilier, echipamente și dotări necesare pentru spațiile publice și tehnice și se răspunde că acestea se vor stabili de către ofertant la fazele viitoare de proiectare conform solicitărilor primite de la Beneficiar la fazele viitoare de proiectare - ***Antreprenorul nu poate să ia în considerare la data întocmirii ofertei cerințe care vor fi în viitor stabilite cu Beneficiarul. În egală măsură, fiecare ofertant poate alege alte elemente, astfel că ofertele devin imposibil de evaluat;***

În același sens, a se vedea și **Clarificările nr. 210, 214, 279, 431, 433, 438, 439, 456** pe care înțelegem să le contestăm pentru aceleași motive.

- **Clarificarea 167:** se solicită punerea la dispoziția ofertanților a celor trei planșe care fac parte din Avizul nr. 741/Z/09.08.2022, dar și a informațiilor suplimentare referitoare la cele două grupuri statuare aflate pe lista monumentelor istorice care se vor muta conform avizelor de specialitate și respectiv locația unde se vor muta aceste grupuri statuare, și se răspunde că locul unde se vor muta se va stabili în faza de PT - ***netransmiterea acestor planșe și date conduce la insuficiența informațiilor pe baza cărora ofertantul trebuie să își întocmească oferta și la asumarea unor costuri și riscuri privind reamplasarea grupurilor statuare pentru care Antreprenorul nu ar trebui să fie ținut răspunzător conform Sub-Clauzei 68.1 lit. d), b)***

În același sens, a se vedea și **Clarificările nr. 183, 209, 543** pe care înțelegem să le contestăm pentru aceleași motive.

- **Clarificarea 207:** se atrage atenția că amplasarea acceselor conform indicațiilor din caietul de sarcini nu este conformă cu Normativul pentru proiectarea Construcțiilor și instalațiilor specifice de metrou privind prevenirea și stingerea incendiilor Indicativ NP 071-02 și se solicită modificarea documentației de atribuire pentru a permite ofertantului câștigător să răspundă la cerințele contractuale privind avizele și autorizația ISU (altfel, ofertantul va fi nevoit să modifice poziția accesurilor de metrou, lucru care implică documentație de urbanism și exproprieri) și se răspunde că ofertantul declarat câștigător e obligat la fazele viitoare să stabilească poziția finală a accesurilor de metrou și materialele, condițiile tehnice și aspectele decorative ce vor rezolva accesul necesar de asigurat conform legislației în vigoare - ***conduita Autorității Contractante nu ține cont de problemele care ar putea apărea ulterior cu privire la exproprieri, autorizații de construire, PUZ etc., și poate conduce la situația în care la momentul PT sunt luați în considerare alți factori decât cei de la momentul întocmirii ofertei din cauza lacunelor din cerințele Beneficiarului și a răspunsurilor evazive ale autorității, și la asumarea unor costuri și riscuri pentru care Antreprenorul nu ar trebui să fie ținut răspunzător conform Sub-Clauzei 68.1 lit. d). În mod normal, studiul de fezabilitate ar trebui să fie detaliat, astfel încât PT să detalieze soluțiile din SF, iar nu să corecteze eventuale erori ale studiului.***

În același sens, a se vedea și **Clarificările nr. 165, 422, 423, 425, 426, 474, 475, 476, 477, 478, 485, 510, 513, 517, 577, 581**, respectiv **Clarificările nr. 16, 44, 183, 209, 300, 362, 517 și 542** (privind demontarea și remontarea construcției metalice supraterane finalizate în anul 2024 deasupra stației Eroii Revoluție, cu privire la care

ofertanții nu au primit informații de la AC pentru a-și putea estima costurile necesare) pe care înțelegem să le contestăm pentru aceleași motive.

(34) În sens similar, învederăm că Autoritatea Contractantă răspunde cu ocazia altor solicitări de clarificări că planurile, planșele, detalii se vor pune la dispoziția doar a ofertantului câștigător, aspect de natură să afecteze principiile transparenței, tratamentului egal și nu în ultimul rând a concurenței între ofertanți (cu atât mai mult cu cât prin Clarificarea nr. 6, AC a permis elaboratorului SF să participe la procedură).

(35) Astfel:

- **Clarificarea 34:** se solicită punerea la dispoziția ofertanților a planurilor transmise odată cu obținerea avizului termoelectric și se răspunde că aceste planuri vor fi transmise doar ofertantului declarat câștigător. – **netransmiterea acestor planuri conduce la insuficiența informațiilor pe baza cărora ofertantul trebuie să își întocmească oferta, la o diferență de tratament între participanții la procedură și la asumarea unor riscuri pentru care Antreprenorul nu ar trebui să fie ținut răspunzător conform Clauzei 68.1 lit. d)**

În același sens, a se vedea și **Clarificările nr. 35, 36, 37, 200, 322, 446, 517** pe care înțelegem să le contestăm pentru aceleași motive.

(36) Într-o speță aproape identică, în care o altă autoritate contractantă încerca să transfere în sarcina Antreprenorului riscuri ale Beneficiarului prin intermediul caietului de sarcini, CNSC s-a pronunțat deja în sensul că o asemenea (re)alocare a riscurilor contrazice prevederile HG nr. 1/2018, impunându-se corectarea acestora:

„Din analiza documentației de atribuire aferentă celor două loturi, Consiliul retine că modelul de condiții generale postat în SEAP respectă întrutotul prevederile anexei nr. 2 din HG nr. 1/2018. În schimb, pct. 3.4 din ambele caiete de sarcini cuprind formulări ale riscurilor de natură a crea confuzie, aspecte de natură să genereze litigii ulterioare. Chiar dacă în cuprinsul punctului respectiv (pag. 6 a caietului de sarcini) nu se menționează expres că aceste riscuri aparțin antreprenorului, mențiunea dinaintea enumerării fiind „ținând cont de calendarul estimat al derulării activităților cuprinse în caietul de sarcini, Entitatea contractantă a identificat următoarele riscuri:”, sistematizarea informațiilor din pagina respectivă lasă să se înțeleagă că cele enumerate în continuarea textului respectiv sunt riscurile antreprenorului. Această concluzie se desprinde din faptul că imediat după aceste riscuri generale, apar menționate riscurile care cad în sarcina entității contractante, în care nu sunt cuprinse riscurile din hotărârea de guvern. Astfel, o serie de riscuri sunt transferate de la beneficiar la antreprenor, cum ar fi descoperirea unor vestigii arheologice sau similar, care, în mod rezonabil, nu ar fi putut fi prevăzută de un antreprenor diligent la data depunerii Ofertei, întârzierea testării Materialelor, Echipamentelor sau Lucrărilor de către Beneficiar sau Supervisor pe perioada de execuție a Lucrărilor și/sau a Testelor la Terminarea Lucrărilor, precum și a testelor care se efectuează în Perioada de Garanție sau realizarea testelor cu nerespectarea altor clauze contractuale, forța majoră, modificarea legii după data de referință, clauze care în cadrul modelului de condiții generale sunt prevăzute în sarcina beneficiarului, și nu în sarcina antreprenorului.

Față de caracterul contradictoriu al acestor documente, părți ale documentației de atribuire, se impune corectarea pct. 3.4 din ambele caiete de sarcini, prin corelarea cu modelele de condiții generale atașate documentației, în concordanță cu prevederile HG nr. 1/2018.”²

- (37) Pentru toate aceste motive, se impune anularea răspunsurilor la clarificările anterior menționate care, în fapt, echivalează cu introducerea mascată a unor Condiții Speciale suplimentare și nepermise prin care se transferă în sarcina Antreprenorului o serie de riscuri rezultate în mod direct din erorile Beneficiarului în documentația întocmită și obligarea Autorității Contractante de a răspunde solicitărilor de clarificare *în mod clar și complet*, respectiv într-un mod care să respecte alocarea riscurilor contractuale prevăzute de sub-clauza 68.1 din Condițiile generale.
- (38) Precizăm că obligarea Ofertanților la o asemenea asumare de responsabilitate ar eluda prevederile Sub-clauzei 8.4 din HG 1/2018 potrivit carora „*În termen de 90 de zile de la Data de Începere (cu excepția cazului în care un alt termen este prevăzut în Acordul Contractual), Antreprenorul va notifica Supervizorul cu privire la orice eroare, greșeală sau altă neconcordanță identificată în Cerințele Beneficiarului sau în aceste repere sau sisteme de referință.*”, presupunând investiții semnificative din partea ofertanților pentru verificarea amănunțită și într-un timp foarte scurt a acurateții informațiilor din Documentația de atribuire – a cărei întocmire corectă ar trebui să reprezinte responsabilitatea Autorității Contractante și premisa ofertării într-o procedură normală.
- (39) În condițiile în care niciunul dintre ofertanți nu poate avea certitudinea câștigării contractului la momentul ofertării, pentru a putea să-și recupereze aceste costuri semnificative, o asemenea abordare și alocare a riscurilor din partea Autorității este complet abuzivă și nelegală și se impune a fi cenzurată de Consiliu, în vederea reechilibrării balanței contractuale.

4.3. RĂSPUNSUL LA CLARIFICĂRI ÎNCALCĂ SUB-CLAUZA 68.1 LIT. B) DIN CONDIȚIILE GENERALE

- (40) Potrivit Sub-Clauzei 68.1.b) din Condițiile generale, Beneficiarul poartă răspunderea pentru *nerespectarea clauzelor prezentului Contract privind punerea la dispoziție a Șantierului de către Beneficiar, inclusiv în caz de întârziere a punerii la dispoziție;*
- (41) Deși dreptul de acces este un drept esențial al Antreprenorului în lipsa căruia executarea lucrărilor nu poate fi realizată, prin răspunsurile formulate Autoritatea Contractantă mută în mod nelegal riscul de la Beneficiar la Antreprenor, și oricum nici nu oferă informații suplimentare pe baza cărora Antreprenorul să poată să își întocmească oferta, încalcând astfel Sub-Clauza 68.1 lit. b) și d).
- (42) Astfel:
- **Clarificarea 15:** se învederează că pe traseul propus se întâlnesc obstacole imobile apărute ulterior elaborării studiului de fezabilitate și se solicită clarificarea în sarcina

² Decizia nr. 2103/C4/2389, 2390, 2391/13.11.2020 [ANEXA 3];

cui intră răspunderea eliberării acestora de pe traseu și se răspunde că răspunderea eliberării acestor obstacole neprevăzute în SF intră în sarcina Antreprenorului – ***astfel de situații sunt de natură să împiedice Beneficiarul să pună la dispoziție Antreprenorului Șantierul, iar pentru această situație singurul responsabil este Beneficiarul, iar nu Antreprenorul, conform Clauzei 68.1 lit. b).***

În același sens, a se vedea și **Clarificările nr. 25, 164, 167, 202, 209, 543, 546, 576, 577** pe care înțelegem să le contestăm pentru aceleași motive.

- **Clarificarea 165:** se învederează că avizele MAPN din 24.04.2019 și 11.04.2022 au fost condiționate de reamplasarea stației de metrou Uranus din vecinătatea sediului Min. Apărării Naționale și se solicită confirmarea dacă această stație a fost reamplasată în Studiul de fezabilitate, astfel cum a fost actualizat în august 2023, și se răspunde că intră în sarcina Ofertantului să stabilească la fazele viitoare de proiectare amplasamentul final al stației de metrou menționată în avizele MAPN din 24.04.2019 și 11.04.2022 și că această reamplasare se va face pe baza colaborării dintre Ofertant și autoritățile competente la momentul întocmirii proiectului - ***astfel de situații sunt de natură să împiedice Beneficiarul să pună la dispoziție Antreprenorului Șantierul, iar pentru această situație singurul responsabil este Beneficiarul, iar nu Antreprenorul, conform Clauzei 68.1 lit. b).***

Conduita Autorității Contractante nu ține cont de problemele care ar putea apărea ulterior cu privire la exproprieri, autorizații de construire, PUZ etc., și poate conduce la situația în care la momentul PT sunt luați în considerare alți factori decât cei de la momentul întocmirii ofertei din cauza lacunelor din cerințele Beneficiarului și a răspunsurilor evazive ale autorității, și la asumarea unor costuri și riscuri pentru care Antreprenorul nu ar trebui să fie ținut răspunzător conform Sub-Clauzei 68.1 lit. d). În mod normal, studiul de fezabilitate ar trebui să fie detaliat, astfel încât PT să detalieze soluțiile din SF, iar nu să corecteze eventuale erori ale studiului.

În același sens, a se vedea și **Clarificările nr. 183, 207** pe care înțelegem să le contestăm pentru aceleași motive.

- **Clarificarea 523:** se solicită clarificări privind riscurile Antreprenorului în cazul în care procedurile de expropriere sunt derulate cu întârziere și se răspunde în mod vag și incomplet că unele din riscurile proiectului se pot constitui în riscuri independente și vor fi tratate în comun de Părți, împreună cu Supervizorul - ***contrar celor afirmate de Autoritatea Contractantă, Exproprierea sunt responsabilitatea exclusivă a Beneficiarului potrivit Sub-Clauzei 9.1, 9.5 și 68.1 lit. (b) din Condițiile generale, iar nu a Antreprenorului, fiind o obligație esențială a Beneficiarului.***
- (43) Pentru toate aceste motive, se impune anularea răspunsurilor la clarificările anterior menționate care, în fapt, echivalează cu introducerea mascată a unor Condiții Speciale suplimentare și nepermise prin care se transferă în sarcina Antreprenorului o serie de riscuri rezultate în mod direct din neîndeplinirea obligației esențiale a Beneficiarului de a pune la dispoziție Șantierul și de a efectua exproprierea necesare pentru realizarea lucrării și obligarea Autorității Contractante de a răspunde solicitărilor de clarificare ***în mod clar și complet***, respectiv într-un mod care să respecte alocarea riscurilor contractuale prevăzute de sub-clauza 68.1 din Condițiile generale.

4.4. RĂSPUNSUL LA CLARIFICĂRI CUPRINDE O SERIE DE MODIFICĂRI DE CLAUZE CONTRACTUALE CARE NU SUNT LEGALE SAU ECHITABILE

(44) Prin **Clarificarea 51** se solicită modificarea literei r) din Sub-Clauza 5.1 din Condițiile speciale în sensul limitării răspunderii Antreprenorului pentru erori, omisiuni, discrepanțe și neconformități/vicii, răspunsul fiind că se menține responsabilitatea Antreprenorului.

(45) Potrivit Sub-Clauzei 5.1.r) din Condițiile Speciale:

5.1 Supervizorul va avea responsabilitățile prevăzute în Contract. Cu excepția cazurilor expres prevăzute în Contract, Supervizorul nu va fi autorizat să-l elibereze pe Antreprenor de oricare din obligațiile sale prevăzute în Contract.

Cu excepția cazului în care este prevăzut altfel în Condițiile Speciale, Supervizorul are următoarele sarcini principale

[...] r. orice aprobare, verificare, certificat, consimțământ, examinare, inspecție, instrucție, notificare, propunere, cerere, test sau alte acțiuni similare întreprinse de supervizor (inclusiv absența obiecțiilor) nu vor absolvi Antreprenorul de nicio responsabilitate pe care o are potrivit prevederilor Contractului inclusiv responsabilitatea pentru erori, omisiuni, discrepanțe și neconformități/vicii.

(46) O astfel de prevedere introdusă în Condițiile Speciale este nulă și, prin urmare, potrivit prevederilor HG 1/2018, nu trebuie luată în considerare de Ofertanți.

(47) Totuși, observând că prin răspunsul transmis unui ofertant care, deși nulă, a semnalat această condiție specială, Autoritatea Contractantă susține alocarea nelegală și disproporționată a riscurilor și urmărește împovărarea Antreprenorului cu riscuri, sarcini și responsabilități care în mod uzual nu îi pot fi imputate, întrucât el nu poate fi ținut responsabil pentru lipsurile, deficiențele, erorile din documentele care emană de la Beneficiar și pe care acesta a ales să își întemeieze documentația de atribuire, considerăm nelegală și abuzivă alocarea disproporționată a riscurilor, încercată mascată de AC prin susținerea unor prevederi nule conform legii.

(48) Se observă că Autoritatea Contractantă a prevăzut condiții speciale în legătură cu subclauzele și subiectele pentru care avea dreptul să prevadă condiții speciale, derogatorii de la cele generale, conform HG 1/2018.

(49) Însă, deși avea dreptul să introducă condiții speciale cu privire la Clauza 5.1 – sarcinile Supervizorului, se observă că UAT Sector 4 s-a folosit de acest drept în mod abuziv, introducând prin condiția specială din această clauză o modificare substanțială (litera r.) care nu are nicio legătură cu *sarcinile Supervizorului*, ci cu răspunderea Antreprenorului.

(50) Acest paragraf reprezintă, în esență, o modificare/condiție specială mascată și lovită de nulitate față de Clauza 68.1 – *Riscurile Beneficiarului* care prevede că sunt în sarcina Beneficiarului riscurile referitoare la:

a) emiterea de către Supervizor a unui Ordin Administrativ cu nerespectarea clauzelor prezentului Contract, inclusiv în caz de întârziere a emiterii;

[...] (d) erori, deficiențe și/sau caracter incomplet ale Cerințelor Beneficiarului și/sau ale Documentelor Beneficiarului.”

- (51) **Practic, în mod complet impropriu și nelegal, Autoritatea Contractantă introduce mascat o condiție specială cu privire la clauza Clauza 68.1, pe care nu avea dreptul să o modifice, în cadrul unei clauze pe care avea dreptul să o modifice în limitele impuse de lege (i.e. subiectele listate în tabel), Clauza 5.1, însă fără legătură cu aceasta din urmă, pentru a crea o aparență de legalitate.**
- (52) Dincolo de interdicția din HG 1/2018 de a modifica prin condiții speciale clauza 68, deci de a transfera acest risc către Antreprenor, este de-a dreptul abuziv ca ofertanții să își asume greșelile și omisiunile din documentația întocmită de Autoritatea Contractantă înainte de a semna contractul.
- (53) **În mod identic, prin Clarificarea nr. 52 se solicită eliminarea unor condiții speciale nule potrivit legii, introduse de AC prin modificarea abuzivă a Sub-Clauzelor 8.2 și 9.1 din Condițiile speciale, prin care se agravează răspunderea Antreprenorului, răspunsul fiind că se menține răspunderea Antreprenorului și se respinge solicitarea, AC oferind o interpretare complet eronată a prevederilor HG 1/2018 potrivit cărora „Beneficiarii sunt îndreptățiți să elaboreze Condiții Speciale NUMAI cu privire la subclauzele și NUMAI în legătură cu subiectele listate în tabelul de mai jos. Orice altă Condiție Specială este nulă.”**
- (54) Potrivit Sub-Clauzei 8.2 din Condițiile speciale, Autoritatea Contractantă a adăugat că „Beneficiarul nu va fi responsabil de orice eroare, inacuratețe sau omisiune de orice fel din Caietul de Sarcini, anexa a contractului și nu va fi obligat să demonstreze acuratețea sau completitudinea datelor și informațiilor din conținutul acestuia, dacă antreprenorul, specialistul care este chemat să presteze serviciile și să execute lucrările cu experiență să nu a descoperit eroarea sau inconsecvența de mai sus, atunci când a studiat Caietul de Sarcini, înainte de data semnării Contractului.”
- (55) De asemenea, potrivit Sub-Clauzei 9.1 din Condițiile speciale, a fost adăugat că „Antreprenorul va fi singurul responsabil pentru a-și asigura orice drept de acces și posesia pentru orice suprafață de teren suplimentar față de locurile în care vor fi executate lucrările permanente. Aceste suprafețe suplimentare cuprind locuri necesare după caz pentru lucrările provizorii, drumuri de acces și organizarea de șantier a Antreprenorului.”
- (56) La fel ca și în cazul anterior, deși Autoritatea avea dreptul să introducă condiții speciale cu privire la Clauza 8.1 – Calendar pentru furnizarea unui exemplar complet al proiectului tehnic și a tuturor Documentelor Beneficiarului și respectiv cu privire la Clauza 9.1 - Termene și sectoare pentru punerea la dispoziție a Șantierului, se observă că UAT Sector 4 s-a folosit de acest drept în mod abuziv, introducând prin condițiile speciale din aceste clauze modificări substanțiale care nu au nicio legătură cu Calendarul și furnizarea documentelor beneficiarului, sau cu termenul de punere la dispoziție a Șantierului, ci cu răspunderea Antreprenorului/Beneficiarului.

- (57) **Modificarea Sub-Clauzei 8.2 reprezintă în realitate o condiție specială macată și lovită de nulitate față de Clauza 68.1 – Riscurile Beneficiarului care prevede că sunt în sarcina Beneficiarului riscurile referitoare la:**
- (d) erori, deficiențe și/sau caracter incomplet ale Cerințelor Beneficiarului și/sau ale Documentelor Beneficiarului.”*
- (58) **La rândul ei, modificarea Sub-Clauzei 9.1 reprezintă în realitate, de asemenea, o condiție specială mascată și lovită de nulitate față de Clauza 68.1 – Riscurile Beneficiarului care prevede că sunt în sarcina Beneficiarului riscurile referitoare la:**
- (b) nerespectarea clauzelor prezentului Contract privind punerea la dispoziție a Șantierului de către Beneficiar, inclusiv în caz de întârziere a punerii la dispoziție;*
- (c) erori în repere și sisteme de referință topografice, inițial prevăzute în Contract sau comunicate de Supervisor, pe care un antreprenor diligent nu ar fi putut să le identifice astfel încât să evite întârzieri sau costuri suplimentare;*
- (d) erori, deficiențe și/sau caracter incomplet ale Cerințelor Beneficiarului și/sau ale Documentelor Beneficiarului;*
- (59) Cu alte cuvinte, se observă că completarea Sub-Clauzei 9.1 anulează practic orice responsabilitate a Beneficiarului de a preda amplasamentul liber de orice sarcini și a oferi drept de acces Antreprenorului.
- (60) Având în vedere că Anexa nr. 2 a HG 1/2018 prevede în mod expres că: **”Beneficiarii sunt îndreptățiți să elaboreze Condiții Speciale numai cu privire la subclauzele și numai în legătură cu subiectele listate în tabelul de mai jos. Orice altă Condiție Specială este nulă.”**, cât și faptul că modificările propuse de Autoritate nu se încadrează în lista limitativă prevăzută de legiuitor, apreciem că răspunsurile la clarificări sunt nelegale și trebuie anulate și adoptate măsurile de remediere necesare în vederea admiterii solicitării de clarificare și anulării acestor Sub-Clauze contrare legii.
- (61) În același sens, a se vedea și **Clarificările nr. 349** pe care înțelegem să le contestăm pentru aceleași motive.
- (62) Prin **Clarificarea 53** se solicită înlăturarea din Acordul contractual a completării aduse de AC Clauzei 50 – Plăți – Sub-Clauza 50.2.a) – Lista Echipamentelor și Materialelor pentru plată la aducerea lor pe Șantier sau în alt loc aprobat de Supervisor, răspunsul fiind că se menține această prevedere contractuală.
- (63) Potrivit acestei Sub-Clauze, Autoritatea a adăugat următoarele obligații *„Echipamentele și Materialele pentru care Beneficiarul poate accepta plata la aducerea lor pe Șantier vor fi puse în operă în cel mult 6 luni de la certificarea de către supervisor a echivalentului de 80% din costul stabilit de către Supervisor pentru Echipamentul și Materialele respective (fără transport, livrare, TVA). În situația în care Antreprenorul, fără justificări rezonabile, nu reușește să încorporeze în lucrările permanente echipamentele și materialele până la data limită asumată conform prevederilor Sub-clauzei 50.2a, Beneficiarul va fi îndreptățit, să aplice penalități la contravaloarea sumelor plătite pentru Echipamentele și Materialele, care au fost expediate pe Șantier*

și nu au fost încorporate în Lucrările Permanente. Aceste penalități vor fi calculate la nivelul ratei dobânzii de referință aplicate de Banca Națională a României, din prima zi a lunii în care a expirat termenul limita, plus 8 puncte procentuale. Penalitățile de întârziere vor fi calculate de Supervisor și se vor percepe pentru perioada scursă între data limită asumată conform prevederilor Sub-Clauzei 50.2a) (exclusiv) și data la care Echipamentele și Materialele au fost încorporate în Lucrările Permanente (exclusiv). ”

- (64) Răspunsul este nelegal, întrucât HG 1/2018 nu permite includerea unor penalități pentru încălcarea unor astfel de obligații (de altfel, Clauza 36.6 prevede că Penalitățile de întârziere vor fi singurele penalități datorate de Antreprenor pentru întârziere în finalizarea Lucrărilor), ci lasă autoritatea doar să listeze care sunt echipamentele și materialele asupra cărora aceasta clauza va fi aplicabilă.
- (65) Pentru toate aceste motive, se impune anularea răspunsurilor la clarificările anterior menționate care, în fapt, echivalează cu introducerea mascată a unor Condiții Speciale suplimentare și nepermise prin care se transferă în sarcina Antreprenorului o serie de riscuri și obligarea Autorității Contractante de a răspunde solicitărilor de clarificare *în mod clar și complet*, respectiv într-un mod care să respecte alocarea riscurilor contractuale prevăzute de sub-clauza 68.1 din Condițiile generale și limitele prevăzute de Anexa nr. 2 a HG 1/2018.
- (66) De asemenea, prin **Clarificarea nr. 80**, Autoritatea Contractantă modifică procentele de avans aferente proiectării / execuției în defavoarea Antreprenorului, respectiv de la o alocare 4% proiectare / 11% execuție în forma inițială, în 1% proiectare / 14% execuție în forma revizuită.
- (67) În contextul în care anvergura proiectului presupune o valoare ridicată a costurilor de proiectare necesare demarării proiectului, alocarea unui avans de doar 1% pentru faza de proiectare reprezintă o alocare injustă / inechitabilă a riscului contractual, motiv pentru care solicităm anularea acestei clarificări, cu atât mai mult cu cât din cuprinsul celorlalte modificări realizate prin răspunsul la clarificări reiese intenția autorității de a transfera în sarcina Antreprenorului maximum de responsabilități și riscuri, într-un mod contrar cerinței buneii-credințe și cu nerespectarea echilibrului contractual.
- (68) Totodată, considerăm că se impune anularea acestei clarificări și pentru că intervine la un moment avansat în procedura de ofertare, după ce ofertanții deja au angajat o serie de costuri în vederea pregătirii ofertelor, în considerarea unui anumit cash-flow prevăzut în documentație, care acum prin răspunsul la clarificare nu mai este relevant și care, dacă ar fi fost prevăzut de AC în acest procentaj încă de la început, este posibil să fi condus ofertantul la decizia de a nu mai participa în această procedură și astfel la nesuportarea unor costuri pentru pregătirea ofertei.
- (69) Nu ultimul rând, prin **Clarificările nr. 77, 78, 310, 311, 405** se solicită de către ofertanți evidențierea unor centre de cost pentru activitățile referitoare la tuneluri și la săparea cu TBM, arătându-se cu argumente de ordin tehnic și financiar motivele care justifică includerea acestora separat în lista de prețuri, însă Autoritatea Contractantă, deși este de acord cu raționamentul din întrebările de clarificare, trimite la principiul prețului forfetar și la împrejurarea că acestea trebuind prinse în alte categorii de costuri (defalcare rezonabilă), răspuns care astfel este contradictoriu și inechitabil pentru

Antreprenor, în contextul economiei contractuale prin care AC încearcă să transfere toate riscurile către Ofertant.

- (70) Pentru toate aceste motive, solicităm anularea răspunsurilor la clarificările anterior menționate și care conduc la o alocare inechitabilă a obligațiilor părților în contract.

4.5. RĂSPUNSUL LA CLARIFICĂRI STABILEȘTE O SERIE DE OBLIGAȚII CARE NU SUNT ÎN SARCINA ANTREPRENORULUI, CI A BENEFICIARULUI

- (71) Prin răspunsurile la Clarificările nr. 39, 168, 201, 324, 335, 413, 514 și 592, Autoritatea Contractantă încalcă prevederile art. 160 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 și nu oferă răspunsuri clare și complete, răspunzând că informațiile transmise de aceasta corespund studiului de fezabilitate (deși întrebările vizau dacă situația corespunde celei actuale din teren, nu celei avute în vedere la întocmirea și actualizarea SF).
- (72) Totodată, prin aceleași răspunsuri, Autoritatea confirmă că toate avizele, certificatele de urbanism, sunt expirate la momentul lansării contractului de achiziție publică.
- (73) Prin acest mod echivoc și neasumat de a răspunde, Autoritatea urmărește să pună în sarcina Antreprenorului toate procedurile prealabile obținerii autorizației de construire și să pună Antreprenorul în situația de a-și întocmi oferta pe baza a ceva ce nu va mai fi în acord cu documentele care vor fi re-emise.
- (74) Sub acest aspect, învederăm că potrivit Clauzei 10 din Condițiile Generale:

10.1.a) Beneficiarul a obținut (sau va obține) certificatul de urbanism și actul de reglementare în domeniul mediului, împreună cu acordurile/avizele/autorizațiile pentru Lucrările Permanente (și orice alte aprobări) descrise în Cerințele Beneficiarului ca fiind deja obținute (sau în curs de obținere) de către Beneficiar; Beneficiarul va despăgubi Antreprenorul și îl va proteja împotriva consecințelor datorate eșecului obținerii acestor certificate și aprobări;

10.2 Antreprenorul nu va executa nicio lucrare în absența unei autorizații de construire valabile.

- (75) De asemenea, Sub-Clauza 68.1 lit. d) prevede că Antreprenorul nu răspunde pentru erori, deficiențe și/sau caracter incomplet ale Cerințelor Beneficiarului și/sau ale Documentelor Beneficiarului.
- (76) Conduita Autorității Contractante creează incertitudine și încearcă să limiteze la maximum orice răspundere, punând în sarcina Antreprenorului majoritatea riscurilor din acest proiect – riscuri care, din pricina lipsei de informații, nu pot fi evaluate de Antreprenor la momentul ofertării, astfel încât să existe o posibilitate reală de asumare a acestora în cunoștință de cauză de către Antreprenor, cu determinarea impactului financiar generat de asumarea lor.
- (77) Pentru toate aceste motive, se impune anularea răspunsurilor la clarificările anterior menționate prin care se transferă în sarcina Antreprenorului o serie de riscuri și obligarea Autorității Contractante de a răspunde solicitărilor de clarificare *în mod clar*

și complet, respectiv într-un mod care să respecte alocarea riscurilor și obligațiilor contractuale prevăzute de sub-clauzele 68.1 și 10.

4.6. RĂSPUNSUL LA CLARIFICĂRI ESTE DE NATURĂ SĂ AFECTEZE PRINCIPIILE TRATAMENTULUI EGAL, TRANSPARENȚEI ȘI SĂ DENATUREZE CONCURENȚA

- (78) Prin **Clarificarea 6** se solicită confirmarea împrejurării că elaboratorul studiului de fezabilitate nu se află într-un caz de conflict de interese și că poate participa la procedura de achiziție publică, iar Autoritatea răspunde că participarea anterioară a operatorului economic în cauză la elaborarea studiului de fezabilitate ar fi de natură a distorsiona concurența doar dacă societatea în cauză s-ar afla în posesia unor informații pe care ceilalți participanți la procedură nu le cunoșteau, cât și faptul că deținerea acestor informații ar crea un avantaj inițial, merit să conducă din start la defavorizarea celorlalți operatori economici.
- (79) Însă, Autoritatea Contractantă consideră că în prezenta procedură au fost publicate în SEAP toate documentele la care a avut acces elaboratorul studiului de fezabilitate, motiv pentru care nu ar exista informații pe care elaboratorul SF-ului să le aibă în plus față de ceilalți participanți la procedura de atribuire, informații necesare elaborării ofertei pentru prezenta procedură.
- (80) **Răspunsul Autorității Contractante este nelegal și dat cu încălcarea principiului tratamentului egal, transparenței (art. 2 alin. (2) din Legea nr. 101/2016) și apt să denatureze concurența (art. 58, art. 167 alin. (1) lit. f) din Legea nr. 98/2016), fiind totodată contradictoriu față de celelalte răspunsuri transmise către ofertanți.**
- (81) Astfel, art. 167 alin. (1) lit. f) din Legea nr. 98/2016 prevede că autoritatea contractantă exclude din procedură orice operator economic care a avut o participare anterioară la pregătirea procedurii de atribuire de natură să conducă la o distorsionare a concurenței, iar această situație nu poate fi remediată prin alte măsuri mai puțin severe.
- (82) Autoritatea Contractantă consideră că elaboratorul SF nu s-ar afla într-o atare situație, exclusiv prin prisma împrejurării că acesta nu ar fi avut informații în plus față de ceilalți participanți la procedură, întrucât toate documentele puse la dispoziție elaboratorului au fost și publicate în SEAP.
- (83) Însă, acest răspuns este incorect, deoarece documentele ce au stat la baza emiterii autorizațiilor și permiselor obținute inițial de autoritatea contractantă au fost puse doar la dispoziția elaboratorului SF, nu și a ofertanților.
- (84) În dovedirea acestui aspect, facem trimitere, cu titlu de exemplu, la răspunsurile AC la clarificările nr. 34, 35, 36, 37, 514 care fac referire la documente pe care Autoritatea refuză să le transmită ofertanților, menționând că acestea vor fi transmise doar ofertantului câștigător.
- (85) Așadar, există un set de documente la care ofertanții nu au avut acces și care nu au fost publicate în SEAP, însă care au făcut parte din documentația necesară elaborării SF.

- (86) Pentru toate aceste motive, solicităm să fie obligată AC să respecte principiul tratamentului egal și principiul transparenței, făcând publice toate informațiile/documentele la care ofertanții nu au avut acces și care nu au fost publicate în SEAP, însă care au făcut parte din documentația necesară elaborării SF.
- (87) Similar, prin **Clarificările nr. 522 și 590**, Autoritatea Contractantă răspunde că pentru graficul de execuție, activitățile de tip „key dates”, „Milestones” și termenele intermediare sunt orientative pentru fiecare ofertant, aspect care vine în contradicție cu principiul tratamentului egal, iar într-o atare situație Autoritatea Contractantă nu va putea evalua în mod corespunzător fiecare grafic de execuție, acestea nefiind comparabile.
- (88) Pentru toate aceste motive, solicităm anularea răspunsurilor la clarificările nr. 522 și 590.
- (89) În ceea ce privește **Clarificările nr. 8, 102, 180, 314, 315, 325, 326, 327, 372**, Autoritatea Contractantă oferă răspunsuri necorelate și contradictorii privind obiectul procedurii, cu încălcarea art. 160 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 din care pare să rezulte că doar proiectarea și asistența tehnică aferente acestor lucrări este obiect al contractului, dar lucrările în sine se vor licita separat.
- (90) Pentru toate aceste motive, solicităm anularea răspunsurilor la clarificările sus-menționate și obligarea Autorității Contractante de a răspunde într-un mod clar, complet și necontradictoriu la solicitările de clarificare.

5. CERERE DE ACCES LA DOSARUL CAUZEI

- (91) În temeiul art. 19 alin. (1) din Legea 101/2016, solicităm acces la dosarul cauzei și, de asemenea, să ni se permită să fotocopiem documentele relevante la sediul Consiliului.
- (92) Ne rezervăm dreptul de a detalia argumentele formulate în susținerea prezentei contestații, prin depunerea unor concluzii/note scrise ulterior studierii dosarului la CNSC precum și a celorlalte înscrisuri depuse de părți.

6. CONCLUZII

- (93) Pentru toate aceste motive, solicităm admiterea contestației și dispunerea luării măsurilor de remediere necesare în vederea restabilirii legalității, **prin anularea răspunsurilor la clarificările contestate și obligarea Autorității Contractante:**
- i. să publice în mod clar și neechivoc toate informațiile solicitate prin clarificări,
 - ii. să confirme că își asumă riscul pentru toate situațiile care urmează a fi clarificate/decise ulterior în derularea contractului.
- (94) **Precizăm că ne rezervăm dreptul de a cere obligarea Autorității Contractante la plata cheltuielilor de judecată suportate cu acest demers pe cale separată.**

(95) În concluzie, solicităm:

1. suspendarea Procedurii de Atribuire până la soluționarea prezentei contestații, în temeiul art. 22 din Legea 101/2016;
2. anularea Răspunsului Consolidat - revizia 1 - CN1068316/00157 și obligarea Autorității Contractante la modificarea răspunsurilor de clarificare contestate, în sensul luării măsurilor de remediere solicitate prin prezenta contestație,
3. ne rezervăm dreptul de a cere cheltuieli de judecată pe cale separată.

În drept: art. 4 alin. (1) lit. a) și art. 8 și urm. din Legea nr. 101/2016, art. 160 din Legea nr. 98/2016, HG 395/2016, HG 1/2018, toate celelalte prevederi legale invocate în cuprinsul prezentei, precum și principiile de drept în care își are sediul materia.

În probatoriu: solicităm încuviințarea următoarelor probe:

- proba cu înscrisuri, conform Borderoului de anexe menționat în continuare;
 - dosarul procedurii de atribuire,
 - orice altă probă a cărei relevanță va rezulta din dezbateri,
- teza probatorie fiind dovedirea nelegalității și netemeinicii actelor contestate.

Anexăm prezentei împuternicire avocațială, în original, precum și următoarele înscrisuri:

BORDEROU ANEXE

- ANEXA 1. Anunțul de participare nr. CN1068316
- ANEXA 2. Răspunsul Consolidat - revizia 1 - CN1068316/00157 publicat în SEAP la data de 2.08.2024
- ANEXA 3. Decizia CNSC nr. 2103/C4/2389, 2390, 2391/13.11.2020

Cu privire la obligația de constituire a cauțiunii, în conformitate cu prevederile art. 61¹ din Legea 101/2016, vom comunica în termenul legal de 5 zile dovada de constituire a cauțiunii.

Pentru FCC Construccion SA
SCA Nestor Nestor Diculescu Kingston Petersen


Avocat Adina Chilim-Dumitriu




Avocat Răzvan Savin



UNIUNEA NATIONALA A BAROURILOR DIN
ROMANIA

BAROUL BUCURESTI

Forma de exercitare a profesiei
IMPUTERNICIRE AVOCATIALA

NESTOR NESTOR
DICULESCU KINGSTON
PETERSEN
Societate Civila de Avocati
Str. Barbu Vacarescu nr. 201
Cladirea Globalworth Tower, Etaj 18
Sector 2, Bucuresti 020276, Romania



Seria B10032748

Domnul/doamna avocat Adina Chilim-Dumitriu, Sorina Olaru, Cristian Dranca, Voica Lupascu, Ioana Sotropa,
Vlad Anghel, Razvan Savin, Andreea Ciubotaru, Razvan Banta, Mihaela Ceausescu,
Ioana Alexandru

se imputerniceste de catre clientul FCC CONSTRUCCION SA

in baza contractului de asistenta juridica nr. B10032748 **din** 09 Aug 2024 **, sa exercite**
urmatoarele activitati: Servicii de asistență și reprezentare juridică a Clientului in legatura cu formularea, modificarea,
semnarea, depunerea si sustinerea contestatiei impotriva adresei nr. P10.2/1496/31.07.2024 continand Raspunsul consolidat -
revizia 1 - CN1068316/00157 la solicitarile de clarificare cu privire la documentatia de atribuire din cadrul procedurii de atribuire
prin licitatie deschisa a contractului avand ca obiect „Extinderea rețelei de metrou Magistrala 4 de metrou, secțiunea Gara de
Nord – Gara Progresul” (lotul 1) organizata de Sector 4 (Primaria Sector 4), in calitate de autoritate contractanta, potrivit
anuntului de participare publicat in SEAP cu nr. CN1068316/26.04.2024, precum si a oricaror cereri/actiuni conexe, incidentale
si/sau subsecvente, inclusiv depunerea de note/concluzii scrise, raspunsuri la cererile formulate de celelalte parti, studierea
dosarului la CNSC, solicitarea, obtinerea si ridicarea de fotocopii, depunerea recipisei de consemnare a cautiunii, solicitarea
recuperarii acesteia, precum si ridicarea acesteia de la CNSC, etc.
si sa asiste/sa reprezinte clientul in fata

Data: 09 Aug 2024

CLIENT / REPREZENTANT*,

.....
(semnatura)

Ateste identitatea partilor, continutul si data contractului de
asistenta juridica in baza caruia s-a eliberat imputernicirea
FORMA DE EXERCITARE A PROFESIEI**
prin avocat



.....
(semnatura si stampila)

**Semnatura avocatului si aplicarea stampilei nu sunt
necesare in situatia in care prezenta imputernicire
avocatiala este semnata de catre client sau reprezentantul
acestuia

*Semnatura nu este necesara in situatia in care forma de
exercitare a profesiei de avocat atesta identitatea partilor, a
continutului si data contractului de asistenta juridica in
baza caruia s-a eliberat imputernicirea