



Consiliul
Național de
Soluționare a
Contestațiilor



str. Stavropoleos nr. 6, sectorul 3, București, România, CP 030084, CIF 20329980,
tel. +40-21-3104641, tel. +40-21-3104670, fax. +40-21-3104642,
e-mail: office@cncs.ro, www.cncs.ro, http://portal.cncs.ro

DATE SAZ
43796
Nr:/1182/C4/.....

02.09.2022

Compania Națională de Administrare
a Infrastructurii Rutiere - S.A.

06 SEP 2022

Nr. înregistrare 92/

72942

În conformitate cu dispozițiile art. 27 alin. (8) 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 Național de Soluționare a Contestațiilor, vă comunicăm alăturat Decizia nr. 1839/C4/1182 din 01.09.2022, cu privire la contestația formulată împotriva procedurii de atribuire având ca obiect „Servicii de supervizare execuție lucrări Autostrada Buzău-Focșani Tronson 2 km 4+600-km 35+400 Vadu Pasii – Râmnicu Sărat”.

**COMPANIA NAȚIONALĂ DE
ADMINISTRARE A INFRASTRUCTURII
RUTIERE SA**

București, B-dul Dinicu Golescu nr. 38,
sector 1

**PREȘEDINTE,
Florentina DRĂGAN**





În conformitate cu prevederile art. 12 alin. (1) și ale art. 27 alin. (1) 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 Național de Soluționare a Contestațiilor, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr. 1839/C4/1182

Data: 01.09.2022

Prin contestația nr. 107/18.05.2022, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 25522/18.05.2022, formulată de SC VIA DESIGN SRL, cu sediul în București, str. Sângerului nr. 11, Corp B, Sector 1, înregistrată la Registrul Comerțului sub nr. J40/13077/2002, având CUI 15085986, reprezentată legal de administrator

, împotriva documentației de atribuire, respectiv a caietului de sarcini și a modelului de contract, întocmită de COMPANIA NAȚIONALĂ DE ADMINISTRARE A INFRASTRUCTURII RUTIERE SA cu sediul în București, Str. Dinicu Golescu nr. 38, sector 1, în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de licitație deschisă organizată în vederea atribuirii contractului având ca obiect „*Servicii de supervizare Execuție Autostrada Buzău-Focșani tronson 2 km 4+600 - km 35+400 Vadu Pașii - Râmnicu Sărat*”, s-a solicitat:

- *suspendarea procedurii de atribuire până la soluționarea contestației, în temeiul art. 22 din Legea nr. 101/2016;*

- *obligarea autorității contractante la adoptarea de măsuri de remediere privind conținutul Contractului de supervizare, constând fie (i) în punerea acestora în acord cu dispozițiile legale în materie și cu principiile care guvernează achizițiile publice, fie (ii) în anularea acestora, în situația în care modificarea lor nu este posibilă;*

- *obligarea autorității contractante la plata tuturor cheltuielilor ocazionate de soluționarea cauzei.*

Prin Încheierea nr. 1463/C4/1182 din 30.05.2022, Consiliul s-a pronunțat asupra capătului de cerere de suspendare a procedurii de atribuire până la soluționarea fondului contestației, pe care l-a respins ca ca nefondat.

CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR,
asupra cauzei de față, constată următoarele:

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestația de față, prin care SC VIA DESIGN SRL, în calitate de operator economic interesat de participarea la procedura de atribuire în cauză, critică documentația de atribuire, respectiv o serie de cerințe ale caietului de sarcini și clauze ale modelului de contract.

În fapt, în urma studierii caietului de sarcini și a contractului de servicii, petenta a identificat o serie de clauze care, în opinia sa, contravin atât dispozițiilor legale în materia achizițiilor publice, cât și principiilor de drept care o guvernează.

Aceasta învederează că, în data de 11.05.2022, a formulat o solicitare de clarificări la care autoritatea contractantă nu a răspuns până la data înaintării contestației.

Astfel, autoarea contestației apreciază că parte dintre prevederile contractuale impuse prin contractul de servicii, parte dintre prevederile caietului de sarcini și Formularul B încalcă dispozițiile legale în materia achizițiilor publice reglementate la nivel național și european, inclusiv principiile care stau la baza acestei legislații care au fost statuate de Curtea de Justiție a Uniunii Europene, precum și o serie de reglementări specifice în anumite domenii.

Cu titlu general, aceasta constată existența a numeroase clauze contractuale și prevederi ale caietului de sarcini care încalcă principiul transparenței reglementat prin art. (2) alin. (2) din Legea nr. 98/2016, deoarece au un caracter neclar, ce împiedică consultantul să înțeleagă exact condițiile contractuale care i se aplică și să își poată adapta conduita pentru a respecta prevederile contractuale și a evita aplicarea de sancțiuni.

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.

În același sens, conform art. 3 alin. (1) lit. z) din Legea nr. 98/2016, documentația de atribuire este definită ca „*documentul achiziției care 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”.

Caracterul general și neclar al unor clauze care nu indică exact ipotezele concrete în care se aplică dispoziția respectivă permite interpretări diverse și aplicarea discreționară a prevederilor contractuale de către beneficiar în ipoteze care nu-i sunt făcute cunoscute consultantului la data depunerii ofertei. Caracterul neclar al acestor prevederi ale documentației de atribuire conduce la încălcarea principiului proporționalității, odată ce permit luarea unor măsuri disproporționate.

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.

Totodată, constată existența unor prevederi contractuale și prevederi ale caietului de sarcini care au un caracter disproporționat față de scopul urmărit (excesive), atât privite individual, cât și privite cumulat.

În acest sens, contestatoarea apreciază că modalitatea de plată, sancțiunile aplicabile pentru nerespectarea unor obligații contractuale, reducerile de onorarii, dreptul beneficiarului de a suspenda unilateral executarea contractului de servicii, instituirea unor riscuri neafiate în controlul consultantului în responsabilitatea acestuia, limitarea răspunderii beneficiarului pentru prejudiciile cauzate consultantului prin acțiuni și/sau inacțiuni proprii acestuia sau aflate în controlul și/sau responsabilitatea beneficiarului etc., fiecare în parte și luate cumulat, conduc la concluzia că beneficiarul a depășit cu mult limitele firești ale protejării interesului public în fața interesului privat în cadrul contractului, ajungând în situația de a impune în mod excesiv, total nejustificat raportat la scopul urmărit o serie de măsuri, obligații, sancțiuni, reduceri de onorarii etc. care înlătură în totalitate obligația de colaborare și fidelitate a părților, deoarece consultantul nu este tratat ca un partener onest și bine intenționat, ci dimpotrivă se pornește de la prezumția vinovăției acestuia pentru întârzierea execuției lucrărilor și nefinalizarea proiectului.

În plus, aceasta arată că a identificat clauze și prevederi ale caietului de sarcini care încalcă principiile nediscriminării, tratamentului egal și asumării răspunderii a căror aplicare afectează grav executarea contractului de servicii, instituind în sarcina consultantului obligații și costuri suplimentare pentru evenimente, acțiuni, situații care nu se află sub controlul acestuia, ci chiar al beneficiarului sau al antreprenorului ori sub controlul comun al acestora.

În continuare, petenta indică fiecare dintre prevederile documentației de atribuire care, în opinia sa, încalcă prevederile legale, astfel:

1. Art. 2.1 - Definiții din Contractul de servicii și prevederea corespunzătoare din Caietul de sarcini

Conform definiției Denunțării unilaterale a contractului de către Beneficiar, aceasta reprezintă „*dreptul recunoscut Beneficiarului privind desființarea unui contract prin voința unilaterală a Beneficiarului*”.

Date fiind consecințele importante ale denunțării unilaterale a contractului de către Beneficiar asupra Consultantului, în lipsa trimiterii la articolul care stabilește ipotezele de excepție în care Beneficiarul poate exercita dreptul definit, definiția este neclară, lăsând să se înțeleagă că Beneficiarul are un drept necondiționat de a denunța unilateral contractul, ceea ce nu reiese din art. 40.1 din Contractul de servicii. Există o necorelare între definiția prevăzută la art. 2.1 și ipotezele în care Beneficiarul poate exercita dreptul de denunțare unilaterală prevăzute la art. 40.1.

Conform definiției Ordinului de mobilizare/demobilizare a personalului, acesta reprezintă „*documentul emis de Beneficiar prin care se solicită de către acesta mobilizarea/demobilizarea personalului Consultantului/Supervizorului oricând pe parcursul derulării contractului de servicii în funcție de necesitățile Beneficiarului, în funcție de situația existentă la un moment dat a prezentului Contract de Servicii sau a Contractului de Execuție Autostrada Buzău-Focșani Tronson 2 km 4+600 - km 35+400 Vadu Pașii - Râmnicu Sărat sau în funcție de progresul fizic/stadiul fizic al Lucrărilor, sau alte asemenea*”.

Definiția cu mențiunea „*sau alte asemenea*” nu este corelată cu dispozițiile art. 10.54 din Contractul de servicii potrivit cărora: „*Consultantul/Supervizorul are obligația, la solicitarea expresă a Beneficiarului, de a mobiliza/demobiliza personalul în funcție de necesitățile Beneficiarului, de situația existentă la un moment dat a prezentului Contract de Servicii sau a Contractului de Execuție sau în funcție de progresul fizic/stadiul fizic al Lucrărilor*”. Beneficiarului i se permite în mod excesiv să includă în categoria „*alte asemenea*” orice situații pentru a justifica emiterea Ordinului de mobilizare sau demobilizare a personalului Consultantului și aplicarea sancțiunilor în cazul neaducerii acestuia la îndeplinire.

Ordinul Administrativ/Dispoziția Administrativă sunt definite la art. 2.1 ca fiind „*orice instrucțiune, modificare, comandă sau dispoziție emisă de Managerul de Proiect către Consultant/Supervizor privind prestarea Serviciilor din cadrul contractului sau pentru a clarifica, completa, interpreta termenii și condițiile Contractului, și/sau aprobă/avizează anumite activități desfășurate în cadrul Contractului de Servicii*”.

Definiția este extrem de generală, Ordinul Administrativ / Dispoziția administrativă emisă de către Beneficiar putând viza orice aspect din executarea Contractului de servicii, deci inclusiv prin raportare la modul în

care Consultantul trebuie să își îndeplinească responsabilitățile în condițiile stabilite în Contractul de execuție de lucrări, ceea ce lasă libertatea discreționară Beneficiarului de a-și subordona total Consultantul chiar în privința unor decizii, soluții, luării unor măsuri care necesită independența și obiectivitatea Consultantului (cum ar fi emiterea Ordinilor de suspendare a lucrărilor care apar în art. 10.28 ca fiind o obligație a Consultantului, nu o măsură/responsabilitate aflată în sarcina acestuia).

Caracterul excesiv și total imprevizibil al dreptului Beneficiarului de a emite Ordine administrative / Dispoziții administrative obligatorii pentru Consultant conform art. 10.36, apare evident și prin instituirea dreptului acestuia de a impune Consultantului orice interpretare a termenilor și condițiilor contractuale în condițiile în care interpretarea contractului (impus de către Beneficiar) se face în mod normal prin acordul părților sau în caz de dezacord de către instanța competentă.

2. Art. 7.17 din Contractul de servicii

Conform art. 7.17 din Contractul de servicii: *„în situația în care este necesară înlocuirea unui subcontractant, Consultantul/Supervizorul are obligația de a nu încheia un nou contract de subcontractare cu niciunul/oricare dintre ofertanții declarați necâștigători în cadrul procedurii de atribuire a prezentului contract de achiziție publică”*.

Art. 53 alin. (1) coroborat cu art. 3 alin. (1) lit. jj) din Legea nr. 98/2016 instituie dreptul oricărui operator economic care oferă în mod licit pe piață executarea de lucrări, furnizarea de produse ori prestarea de servicii de a participa la procedurile de atribuire prevăzute de lege, fără a institui o interdicție de a participa ulterior atribuirii contractului cu aprobarea autorității contractante (în cazul nedesemnării ofertei sale drept câștigătoare) ca subcontractant al ofertantului câștigător la executarea contractului.

Contestatoarea apreciază că prevederea încalcă atât dispozițiile art. 49 alin. (1) din Legea nr. 98/2016 potrivit cărora *„Autoritățile contractante au obligația să acorde operatorilor economici un tratament egal și nediscriminatoriu și să acționeze într-o manieră transparentă și proporțională”*, cât și prevederile art. 50 alin. (1) din actul normativ menționat, potrivit cărora *„Autoritățile contractante nu vor concepe sau structura achizițiile ori elemente ale acestora cu scopul exceptării acestora de la aplicarea dispozițiilor prezentei legi ori al restrângerii artificiale a concurenței”*. În sensul legii, potrivit art. 50 alin. (2), *„se consideră că există o restrângere artificială a concurenței în cazul în care achiziția ori elemente ale acesteia sunt concepute sau structurate cu scopul de a favoriza ori dezavantaja în mod nejustificat anumii operatori economici”*.

Interdicția instituită prin Contractul de servicii poate fi calificată drept practică anticoncurențială în sensul art. 5 alin. (1) din Legea nr. 21/1996, republicată, cu modificările și completările ulterioare, fiind o înțelegere între două întreprinderi, care au ca efect împiedicarea / restrângerea dreptului de participare a altor prestatori de servicii pe piața de profil,

situație care poate conduce chiar la denaturarea concurenței pe piața relevantă.

Răspunsul ANAP la o problemă asemănătoare (întrebarea 1132) explicitează situația vizată de această clauză, după cum urmează: *„Situația descrisă în cadrul întrebării poate fi interpretată ca prezentând indicii de denaturare a concurenței prin aranjamente în acest sens, prealabile derulării procedurii de atribuire, ale celor trei ofertanți. Astfel, conform Ghidului privind detectarea și descurajarea practicilor anticoncurențiale în cadrul procedurilor de achiziție publică, publicat de Consiliul Concurenței, situația în care ofertantul câștigător subcontractează în mod constant către ofertanții necâștigători este considerată un indicator comportamental care poate sugera o practică anticoncurențială. Totodată, ghidul amintit include printre măsurile de prevenire a practicilor anticoncurențiale și recomandarea ca personalului implicat în organizarea procedurilor de achiziții publice să fie instruit cu privire la riscurile practicilor anticoncurențiale și să identifice situațiile care sugerează o posibilă practică anticoncurențială, urmând să sesizeze Consiliului Concurenței.*

Prin urmare, astfel de situații trebuie investigate de Consiliul Concurenței potrivit metodologiilor și metodelor de investigație proprii, doar aceasta din urmă instituție fiind în măsură să constate existența unei infracțiuni în domeniul concurenței și să transmită o analiză autorității contractante care îi oferă suficiente argumente acestuia pentru a respinge subcontractarea către foștii ofertanți, A și C. Astfel, simpla constatare a situației că ofertantul câștigător intenționează să subcontracteze foștilor concurenți nu este suficientă, din punct de vedere legal, pentru a fundamenta respingerea solicitărilor de aprobare a subcontractărilor de către autoritatea contractantă”.

Având în vedere că ipoteza clauzei nu menționează existența unei decizii a Consiliului Concurenței prin care ofertantul și subcontractantul să fi fost sancționați pentru săvârșirea unor practici anticoncurențiale, iar vinovăția acestora (sub forma intenției în cazul de față) nu poate fi prezumată de către Beneficiar și nici dovedită în lipsa unei decizii a autorității publice competente, obligarea Consultantului de a nu subcontracta servicii unui alt ofertant în cadrul procedurii poate conduce la încălcarea prevederilor legislației concurenței și expune Consultantul unor sancțiuni de către Consiliul Concurenței.

Prin urmare, contestatoarea consideră clauza, pe de o parte, nelegală în formularea impusă de către Beneficiar, iar, pe de altă parte, că instituie o măsură excesivă de eliminare din piață a unor ofertanți cu privire la care instituția competentă nu a constatat că ar încălca o dispoziție legală în materia dreptului concurenței.

3. Art. 10.28 din Contractul de servicii

Conform art. 10.28 din Contractul de servicii: *„Consultantul/Supervizorul are obligația de a emite Ordine Administrative de suspendare a execuției lucrărilor sau a unei părți din lucrări.*

Consultantul/Supervizorul va emite și Ordinul Administrativ de reluare a execuției lucrărilor atunci când cauza suspendării a dispărut sau a fost remediată în mod rezonabil”.

Petenta apreciază clauza contractuală ca fiind neclară, deoarece nu stabilește circumstanțele în care Consultantul ar avea obligația de a emite Ordinul Administrativ de suspendare a execuției lucrărilor în contextul în care neîndeplinirea obligației atrage răspunderea Consultantului (art. 15.6 din Contractul de servicii). Potrivit Sub-clauzei 38.1 [Suspendarea prin Ordin Administrativ al Supervizorului] din Condițiile Generale ale Contractului de execuție de lucrări emiterea Ordinului nu apare ca fiind o obligație, ci o măsură aflată la dispoziția Consultantului generată de situații care rămân la aprecierea acestuia.

În acest sens, conform Sub-clauzei 38.1 [Suspendarea prin Ordin Administrativ al Supervizorului]: *„Antreprenorul, la primirea unui Ordin Administrativ de suspendare, va suspenda execuția Lucrărilor sau a unei părți din acestea, pe perioada sau perioadele și în modul specificate în notificare. Ordinul Administrativ va menționa cauza suspendării, precum și Partea responsabilă în conformitate cu prevederile Contractului. Suspendarea va intra în vigoare la data la care Antreprenorul primește Ordinul sau la o dată ulterioară dacă Ordinul prevede astfel. Dacă data reluării execuției nu este prevăzută în Ordinul Administrativ de suspendare, Supervizorul va emite un nou Ordin Administrativ de reluare a execuției imediat după ce, în opinia Supervizorului, cauza suspendării a dispărut sau a fost remediată în mod rezonabil. Antreprenorul va relua execuția Lucrărilor la data reluării execuției (dacă este menționată în Ordinul Administrativ de suspendare) sau în cel mai scurt timp rezonabil și, cu excepția cazului în care Părțile stabilesc altfel, în cel mult 10 zile de la primirea unui Ordin Administrativ de reluare a execuției. Aplicând prevederile subclauzei 10.1, Părțile se vor asigura că autorizația/autorizațiile de construire sunt în continuare valabile”.*

Clauza 10.28 din Contractul de servicii conduce la concluzia că obligația de a emite Ordinul administrativ de suspendare a lucrărilor este o obligație de rezultat (spre exemplu în cazul în care Beneficiarul emite un Ordin administrativ în acest sens, ipoteza care nu poate fi ignorată în condițiile caracterului general al definiției Ordinului Administrativ/Dispoziției Administrative din art. 2.1. și art. 10.36), ceea ce nu poate fi acceptat câtă vreme nu sunt stabilite circumstanțele care obligă Consultantul la emiterea respectivului Ordin.

Petenta consideră că o astfel de prevedere este total disproporționată și produce efecte total imprevizibile, lăsând libertate discreționară Beneficiarului de a considera că obligația nu a fost îndeplinită corespunzător. Aceeași neclaritate apare și în cazul obligației de emitere a Ordinului de reluare a lucrărilor, câtă vreme Beneficiarul nu stabilește care sunt circumstanțele sau criteriile în funcție de care se va determina caracterul rezonabil al remedierii (în contextul în care, conform art. 5.1 din Contractul de servicii, cum de altfel este și firesc, Condițiile Generale

ale Contractului de execuție de lucrări nu sunt parte din Contractul de servicii).

4. Art. 10.36 din Contractul de servicii

Art. 10.36 din modelul de contract prevede următoarele:
„Consultantul/Supervizorul se va conforma Ordinilor Administrative / Ordinilor de Modificare / Ordinilor de mobilizare / demobilizare / Dispozițiilor administrative și solicitărilor emise de Beneficiar / Managerului de Proiect în termenele comunicate de către acesta. Când Consultantul / Supervizorul apreciază că Ordinele Administrative / Dispozițiile administrative sunt emise cu depășirea competenței Beneficiarului/ Managerului de Proiect sau nu corespund scopului Contractului de Servicii, va notifica Beneficiarul / Managerul de Proiect într-un termen de 15 zile de la data primirii Ordinului / Dispoziției / solicitării. Executarea Ordinului Administrativ / Dispoziției administrative/ solicitării nu va fi suspendată prin această notificare”.

Ordinul Administrativ/Dispoziția Administrativă sunt definite la art. 2.1 extrem de general, ceea ce permite Beneficiarului să emită astfel de Ordine obligatorii chiar dacă acestea depășesc competența Beneficiarului / Managerului de proiect sau nu corespund scopului Contractului în legătură cu orice aspect din executarea Contractului de servicii și inclusiv prin raportare la modul în care Consultantul trebuie să își îndeplinească responsabilitățile în condițiile stabilite în Contractul de execuție de lucrări.

Prin precizarea că Ordinul este obligatoriu pentru Consultant, chiar dacă este emis cu depășirea competenței Beneficiarului / Managerului de Proiect sau nu corespund scopului Contractului de Servicii, Beneficiarul își asigură în fapt dreptul de a emite Ordine ce încalcă atât prevederile Contractului de servicii și ale Contractului de lucrări, cât și prevederile legale și de a forța Consultantul să încalce și el prevederile legale și eventual să răspundă în fața terților în temeiul răspunderii delictuale.

În lipsa stabilirii unei perioade de conciliere între părți cu privire la caracterul necontractual și/sau nelegal al Ordinului / Dispoziției din cauza depășirii competenței Beneficiarului / Managerului de Proiect sau a extinderii scopului Contractului de Servicii la activități neprevăzute în acesta, impunerea unui astfel de Ordin / Dispoziție are caracter excesiv, permițând Beneficiarului să dea orice Ordin, în orice domeniu, cu încălcarea oricărei dispoziții contractuale și/sau legale.

5. Art. 10.37 și art. 15.7 din Contractul de servicii

Conform art. 15.7 din Contractul de servicii:
„Consultantul/Supervizorul are obligația să emită toate clarificările sau dispozițiile necesare pentru documentele care fac parte din Contractul de Lucrări, în caz de ambiguitate sau discrepanțe ale acestora” sub sancțiunea aplicării unei penalități de 4000 lei / eveniment.

Potrivit art. 10.37 din Contractul de servicii: *„În îndeplinirea atribuțiilor sale, Consultantul/Supervizorul va avea responsabilitățile prevăzute în Contractul de Execuție (conform Condiții Generale și acordul contractual pentru contractele de execuție lucrări, prevăzute în Anexa nr.*

1 din H.G. nr. 1/2018), iar în caz de ambiguitate, erori, discrepanțe, neclarități ale documentelor Contractului de Execuție lucrări, Consultantul/Supervizorul are autoritatea de a emite dispozițiile pe care le consideră necesare pentru rezolvarea acestor situații”.

Cele două prevederi se contrazic, una stabilind autoritatea Consultantului de a decide dacă și ce clarificări să emită cu privire la ambiguitățile, erorile, discrepanțele și neclaritățile din documentele Contractului de Execuție lucrări, iar cealaltă sancționând Consultantul dacă nu își îndeplinește obligația de a emite astfel de clarificări.

Consultantul este pus în situația de a nu cunoaște exact ce comportament să adopte pentru a respecta prevederile contractuale, iar Beneficiarul dispune de o putere discreționară de a stabili care dintre cele două clauze este aplicabilă, în ce situații, când a fost încălcată o obligație și când să aplice sancțiuni.

Caracterul neclar al clauzelor încalcă principiul transparenței ce guvernează achizițiile publice și pe cel al proporționalității în condițiile în care permite sancționarea Consultantului în situații nedeterminate în mod clar.

6. Art. 10.43 și art. 15.7 din Contractul de servicii

Conform art. 10.43. din Contractul de servicii: *“Consultantul/Supervizorul are obligația ca în termen de 20 de zile de la data primirii propunerii să analizeze, evalueze, și după caz să aprobe/respingă orice propunere transmisă de către Antreprenor cu privire la înlocuirea Subantreprenorilor propuși după semnarea Contractului de Execuție, cât și cu privire la nominalizarea altor Subantreprenori care nu au fost menționați inițial la semnarea Contractului de Execuție. În condițiile nerespectării acestei obligații, Beneficiarul va percepe penalități de 10.000 lei per subcontractant”.*

Volumul și complexitatea documentelor ce trebuie analizate pentru aprobarea numirii și/sau înlocuirii Subantreprenorilor necesită un timp îndelungat pentru analiză, solicitări de clarificare sau completare a unor documente și răspuns, motiv pentru care termenul de 20 de zile este prea limitat. Un termen de 30 de zile ar fi mai potrivit pentru o astfel de activitate.

Suplimentar, clauza nu este corelată cu art. 15.7 din Contractul de servicii care stabilește o penalitate de 10.000 lei per subcontractant, dacă Consultantul nu respectă *„obligația de a analiza, revizui și aproba/respinge, după caz, orice propunere făcută de către Antreprenor cu privire la înlocuirea Subantreprenorilor propuși, după semnarea Contractului de lucrări, în termen de 15 zile de la primirii propunerii”.*

Prin urmare, clauzele se contrazic cu privire la termenul în care Consultantul are obligația de a analiza, revizui și aproba/respinge propunerile de înlocuire a subantreprenorilor propuși, astfel că există incertitudine în privința condițiilor ce trebuie îndeplinite pentru aplicarea sancțiunii drastice prevăzute de Contractul de servicii, încălcându-se astfel principiul transparenței. Clauzele lasă libertate Beneficiarului să aleagă

după bunul plac una dintre cele două variante prevăzute în contract, în detrimentul Consultantului care nu poate adopta un comportament diligent. În aceste condiții, clauza este excesivă.

7. Art. 10.54, art. 19.3, art. 19.11 din Contractul de servicii

Conform art. 10.54. din Contractul de servicii: "Consultantul/Supervizorul are obligația, la solicitarea expresă a Beneficiarului, de a mobiliza/demobiliza personalul în funcție de necesitățile Beneficiarului, de situația existentă la un moment dat a prezentului Contract de Servicii sau a Contractului de Execuție sau în funcție de progresul fizic/stadiul fizic al Lucrărilor."

Conform art. 19.3 partea finală din Contractul de servicii: „Oricând pe parcursul derulării contractului de servicii, în funcție de necesitățile Beneficiarului, și/sau de necesitățile Consultantului/Supervizorului, cât și de situația existentă la un moment dat a prezentului Contract de Servicii sau a Contractului Execuție Autostrada Buzău-Focșani Tronson 2 km 4+600 - km 35+400 Vadu Pașii - Râmnicu Sărat sau în funcție de progresul fizic/stadiul fizic al Lucrărilor, sau alte asemenea, Beneficiarul poate emite Ordin/Ordine de mobilizare/demobilizare prin care se va solicita fie mobilizarea personalului Consultantului/Supervizorului, fie demobilizarea acestuia în condițiile în care personalul Consultantului /Supervizorului a fost deja mobilizat”.

Potrivit art. 19.11 din Contractul de servicii: „(1) Experții cheie/non-cheie/alt personal demobilizați pot fi activați ulterior, în funcție atât de necesitățile Beneficiarului, cât și de situația existentă la un moment dat în prezentul Contract de Servicii sau în Contractul Execuție Autostrada Buzău-Focșani Tronson 2 km 4+600 - km 35+400 Vadu Pașii - Râmnicu Sărat sau în funcție de progresul fizic/stadiul fizic al Lucrărilor, sau alte asemenea, printr-un nou Ordin de Mobilizare emis de către Beneficiar în care va fi menționată data reactivării acestora, dată care nu poate depăși 5 zile de la data emiterii Ordinului de Mobilizare.

(2) În situația demobilizării personalului care a fost deja mobilizat prin Ordin de Mobilizare anterior, dar Autoritatea contractantă consideră că mai este nevoie de acesta, Consultantul/Supervizorul nu este îndreptățit să pretindă compensații financiare/costuri suplimentare/daune/despăgubiri/pretenții de orice natură, atât timp cât durata cumulată a perioadelor de demobilizare a expertului respectiv nu depășește 50% din numărul de zile alocat respectivului expert conform Caietului de sarcini. la situația contractului de servicii sau a contractului de execuție sau a progresului fizic / stadiului fizic al lucrărilor. (n.n.alin.3).

(4) În situația nemobilizării deloc a personalului, Consultantul/Supervizorul nu este îndreptățit să pretindă compensații financiare/ costuri suplimentare/ daune/ despăgubiri/ pretenții de orice natură”.

Modul de formulare al art. 10.54 și art. 19.3 este unul mult mai permisiv în privința beneficiarului.

În cuprinsul clauzelor contractuale nu sunt identificate/ circumstanțiate situațiile în care Beneficiarul poate proceda la mobilizarea/

demobilizarea personalului, decizia fiind lăsată exclusiv la îndemâna beneficiarului nu doar sub aspectul cauzelor, cât și sub aspectul condițiilor - termen și durată.

Petenta precizează clauzele 10.54 și 19.3 ca fiind excesive în condițiile în care împrejurările care pot determina demobilizarea personalului nu sunt limitativ sau cel puțin obiectiv determinate sau nu implică pe supervisor în actul decizional, în timp ce demobilizările pot avea durate nedeterminate și nedeterminabile la momentul formulării ofertei.

Acest cumul de elemente (necesitățile beneficiarului, în funcție de „situația” fie a contractului de supervizare, fie a contractului de lucrări), generează premisele unei aplicări discreționare a prevederilor art. 10.54, art. 19.3.

Ordinul de mobilizare/demobilizare a personalului poate interveni doar în condiții obiective care însă nu sunt identificate/circumstanțiate în niciun fel la nivel contractual, decizia fiind lăsată exclusiv la îndemâna beneficiarului nu doar sub aspectul cauzelor, cât și sub aspectul condițiilor - termen și durată.

Faptul că frecvența, durata și condițiile demobilizării nu sunt predictibile la momentul elaborării ofertei impune prevederea în contract a unui mod de lucru pe care părțile să îl aplice la momentul când intervine necesitatea demobilizării personalului Consultantului/Supervisorului, moment la care există posibilitatea estimării mult mai precise a perioadelor și condițiilor de demobilizare.

Art. 10.54, art. 19.3 sunt excesive și prin raportare la art. 19.11 alin. (2) care limitează totalul perioadelor de mobilizare, deoarece nu este prevăzut niciun mecanism contractual prin care să se stabilească necesitatea demobilizării personalului și termene pentru mobilizarea/demobilizarea personalului, durata, frecvența sau condițiile demobilizării. Aceste mecanisme contractuale trebuie să fie suficient de detaliate și să prevadă modul de comunicare între părți, termene de comunicare a punctelor de vedere și modul de luare a deciziilor.

Contestatoarea arată că aceleași considerente sunt incidente și în ceea ce privește art. 19.11 alin. (1) prin care se stabilește posibilitatea Beneficiarului de a activa ulterior personalul demobilizat prin raportare la aceleași circumstanțe aleatorii precum „necesitatea Beneficiarului”, situația contractului, „progresul fizic/ stadiul fizic al Lucrărilor sau altele asemenea”, fără ca frecvența, durata și condițiile „reactivării” să îndeplinească cerința previzibilității, lipsind un mecanism contractual prin care să se stabilească modul de luare al acestei decizii.

În ceea ce privește art. 19.11 alin. (2), riscurile unor întârzieri în executarea contractului de lucrări nu pot fi asumate de către Supervisor prin costuri suplimentare de 50% din Prețul contractului.

Rolul Supervisorului este acela de a urmări executarea în condiții calitative a Contractului de Lucrări, însă această obligație este una de diligență. Derularea contractului de supraveghere este strâns corelată cu evoluția contractului de executare a lucrării. Trebuie să se țină seama că

în măsura în care Supervizorul și-a îndeplinit obligațiile specifice din contractul de Supervizare, iar executantul tot nu respectă termenele contractuale, trebuie luată în calcul și culpa beneficiarului în alegerea executantului, potrivit principiul asumării răspunderii. Mai mult, beneficiarul are unele obligații în raport cu executantul, iar cooperarea și diligența beneficiarului pot influența durata contractului de lucrări și implicit dinamica contractului de supraveghere.

În acest context, limitarea răspunderii Beneficiarului pentru prejudiciile cauzate prin demobilizarea îndelungată a personalului Consultantului pe o perioadă cumulată de 50% din numărul de zile alocat fiecărui expert este excesivă. Mai mult, în ipoteza neîndeplinirii de către Supervizor a obligațiilor asumate prin contract, beneficiarul are la dispoziție mecanisme contractuale prin care să sancționeze Consultantul pentru o conduită necorespunzătoare.

În plus, Consultantul ar fi penalizat în cazul în care ar alocă personalul altui proiect, iar la emiterea unui Ordin de mobilizare nu ar mai fi în poziția de a readuce personalul nominalizat prin Contractul de servicii.

O pondere rezonabilă între circumstanțele care pot determina evoluția contractului de executare de lucrări la care se raportează activitatea Supervizorului și durata perioadelor de demobilizare pentru care Contractantul nu este îndreptățit să pretindă compensații financiare este de 10% din numărul de zile alocat respectivului expert potrivit ofertei.

8. Art. 10.57 din Contractul de servicii

Conform art. 10.57 din Contractul de servicii: *„în cazul în care Consultantul/Supervizorul nu va ajunge la un acord cu Antreprenorul, Consultantul/ Supervizorul are obligația de a defini, numai împreună cu Beneficiarul, indicatorii de referință în vederea stabilirii și/sau completării sistemului de puncte de referință prin care se va controla conformitatea progresului Lucrărilor cu programul de execuție al Antreprenorului în conformitate cu prevederile Contractului de Execuție”*.

Clauza 10.57 din Contractul de servicii excede scopului Contractului de servicii, astfel cum reiese acesta din art. 18 Scopul Contractului de servicii coroborat cu secțiunea 5.2.3.4. Activități aferente supervizării pre-construcției, pct. 20 din Caietul de sarcini și Sub-clauza 36.3 din Condițiile Generale ale Contractului de execuție lucrări.

Art. 18.1 din Contractul de servicii prevede că *„Scopul Serviciilor de Supervizare este precizat în Anexa I: Caietul de Sarcini, inclusiv clarificările/modificările și/sau măsurile de remediere la acesta, după caz”*.

Potrivit secțiunii 5.2.3.4. Activități aferente supervizării pre-construcției, pct. 20 din Caietul de sarcini: *„Supervizorul asistă Beneficiarul în stabilirea punctelor de referință conform clauzelor din Condițiile contractului de lucrări și Caietelor de Sarcini și transmite propuneri în acest sens Beneficiarului”*.

Conform secțiunii 5.2.5.1. Administrarea și managementul Contractului de Lucrări, pct. 6 din Caietul de sarcini: *„Conformitatea progresului Lucrărilor cu programul de execuție al Antreprenorului, așa*

cum a fost transmis conform Clauzei 17 sau revizuit, este controlat printr-un sistem de 5 puncte de referință, pentru monitorizarea și evaluarea progresului Lucrărilor. Definirea Punctelor de referință nr. 3, 4 și 5, va fi făcută de către Beneficiar împreună cu Supervizorul și va fi transmisă Antreprenorului în termen de 30 de zile de la data acceptării de către Supervizor a Programului de Execuție al Antreprenorului care va deveni astfel Programul de Referință.”

Sub-clauza 36.3 din Condițiile Generale ale Contractului de execuție lucrări prevede: *„Dacă este definit astfel în Specificații, conformitatea evoluției Lucrărilor cu Programul de Referință stabilit conform prevederilor subclauzei 17.8 va fi controlată printr-un sistem de puncte de referință, prin care se asigură monitorizarea și evaluarea evoluției Lucrărilor, în acest caz, Specificațiile vor defini; (a) punctele de referință (b) termenul, calculat de la Data de Începere, pentru atingerea fiecărui punct de referință și/sau (c) metoda de stabilire a punctelor de referință și a termenelor aferente pe baza Programului de Referință. Aceste puncte de referință și termenele aferente vor fi revizuite în mod corespunzător în cazul în care este aprobată o Modificare în conformitate cu prevederile clauzei 37 [Modificări] și ca urmare a aplicării prevederilor clauzei 35 [Prelungirea Duratei de Execuție], Dacă Antreprenorul nu reușește, în mod nejustificat, să atingă vreun punct de referință la termenul stabilit (luând în considerare reviziile efectuate), Supervizorul va fi îndreptățit să rețină din fiecare Certificat de Plată ulterior o valoare procentuală de 10% din totalul sumelor aferente punctelor (a) și (b) din subclauza 50.1 [Situția de Lucrări], cu excepția cazului în care este prevăzută o altă valoare (absolută sau procentuală) în Acordul Contractual. Suma astfel reținută va fi integrată în Certificatul de Plată aferent lunii în care punctul de referință va fi atins”.*

Prin urmare, scopul Contractului de servicii este de a asigura consultanță de specialitate și asistență Beneficiarului, nicidecum de a-l reprezenta în relația cu antreprenorul.

Stabilirea punctelor de referință care nu au fost impuse prin contract reprezintă o modificare a contractului de lucrări pe care numai părțile acestuia o pot conveni. Consultantul nu poate reprezenta Beneficiarul și nu poate lua decizii în locul acestuia.

Chiar dacă ar acționa ca un împuternicit al Beneficiarului în relația cu antreprenorul, Consultantul nu poate agreea o modificare a contractului de lucrări.

Prin urmare, prevederea privitoare la realizarea unui acord între Consultant și Antreprenor trebuie revizuită pentru a fi adaptată scopului Contractului de servicii, deoarece în această formă este neclară și permite Beneficiarului să aplice prevederile contractuale în mod discreționar, inclusiv în sensul sancționării Consultantului pentru nerespectarea unei obligații care nu intră în scopul Contractului de servicii. Din această perspectivă clauza este excesivă.

9. Art. 10.59 din Contractul de servicii

Conform art. 10.59 din Contractul de servicii: *„Oricând pe parcursul derulării Contractului de execuție, dar nu mai târziu de 5 zile din momentul în care măsura devine necesară, Consultantul/Supervizorul va dispune Antreprenorului, prin Ordin de Mobilizare, mobilizarea Utilajelor Antreprenorului/Personalului incluse/inclus în Programul de execuție în conformitate cu prevederile Clauzei 30 „Utilajele Antreprenorului și transportul Bunurilor”, respectiv Clauzei 14 „Personal” din Condițiile Generale pentru Execuție Lucrări, prevăzute în Anexa nr. 1 din H.G. nr. 1/2018. În condițiile în care, executarea contractului de lucrări este întârziată și Beneficiarul constată lipsa utilajelor/personalului Antreprenorului de pe Șantier, iar până la momentul constatării de către Beneficiar Consultantul/Supervizorul nu a dispus Antreprenorului mobilizarea Utilajelor/Personalului incluse în Programul de Execuție, Beneficiarul va aplica Consultantului/Supervizorului o penalitate de 10.000 lei per eveniment.”*

Aplicarea penalității de 10.000 lei per eveniment este o sancțiune pentru neîndeplinirea de către Consultant a obligației de a supraveghea modul de alocare a resurselor de către antreprenor și de a-l notifica în scopul remedierii situației. Condițiile în care se aplică sancțiunea trebuie să fie exprese și precise pentru a înlătura arbitrariul din partea Beneficiarului.

Or, în cazul de față, cele 5 zile în care Consultantul are obligația de a dispune Antreprenorului mobilizarea Utilajelor / personalului inclus în Programul de Execuție curg de la o data incertă, respectiv *„din momentul în care măsura devine necesară”*.

În lipsa indicării situațiilor în care trebuie emis Ordinul de Mobilizare către Antreprenor, Beneficiarul este singura parte care, în mod discreționar, va stabili când anume a devenit necesară luarea măsurii, Consultantul fiind expus unor sancțiuni drastice fără a cunoaște exact în ce moment va considera Beneficiarul că trebuia luată măsura respectivă.

Prin urmare, simplul fapt că au fost înregistrate întârzieri în execuția lucrărilor, indiferent de cauza acestora, nu îndreptățește Beneficiarul să solicite mobilizarea antreprenorului în integralitate, această mobilizare putând să nu fie necesară, în lipsa existenței frontului de lucru sau a posibilității reale de a executa lucrări.

Clauza trebuie revizuită, deoarece menținerea acestei ambiguități generează un dezechilibru major în detrimentul Consultantului care nu poate anticipa condițiile exacte în care este obligat să acționeze și nu va putea lua măsuri pentru a se conforma, acestea depinzând exclusiv de voința Beneficiarului.

10. Art. 15.7 din Contractul de servicii

Conform art. 15.7 din Contractul de servicii: *„Dacă Beneficiarul dorește să înlocuiască Consultantul/Supervizorul prin suspendarea Contractului de servicii sau rezilierea acestuia, Consultantul/Supervizorul are obligația de a continua activitatea de supervizare conform prezentului contract, pe o perioadă de minim 120 de zile de la momentul notificării*

de către Beneficiar și de a pregăti transferul către posibilul înlocuitor a tuturor documentelor generate de activitatea acestuia" sub sancțiunea aplicării de penalități de 10000 lei pe zi de întârziere.

Clauza este neclară, deoarece, în primul rând, suspendarea Contractului de servicii nu conduce la înlocuirea Consultantului.

Ipoteza intenției de suspendare/reziliere a Contractului de servicii notificată Consultantului nu este prevăzută în Contractul de servicii și nici nu ar fi logică, câtă vreme Beneficiarul poate utiliza mijloacele contractuale, respectiv suspendarea și rezilierea cu notificarea corespunzătoare a Consultantului la un moment pe care îl consideră oportun, nu cu 120 de zile înainte de respectiva dată.

Nici termenul în care trebuie să opereze transferul nu este clar determinat, făcându-se referire la „*minim 120 de zile*”, fiind neclară modalitatea de aplicare a penalității de întârziere. Penalitatea pe zi de întârziere se poate aplica în situația în care există termene precise pe care Consultantul le depășește asociate unor activități importante a căror prestare cu întârziere prejudiciază Beneficiarul.

În privința activității de pregătire a transferului documentelor către înlocuitor, Contractul de servicii nu prevede care sunt respectivele documente, astfel că Beneficiarul poate oricând să constate că nu au fost pregătite toate documentele respective în 120 de zile și, în consecință, să sancționeze Consultantul.

Caracterul neclar al acestei clauze permite Beneficiarului să interpreteze această clauză după voința sa și să sancționeze în mod abuziv Consultantul.

Consultantul nu poate cunoaște exact modul în care se aplică această clauză și efectele acesteia, nu poate anticipa conduita Beneficiarului, ceea ce conduce la concluzia că prevederea contractuală impusă de către Beneficiar încalcă principiul transparenței și al proporționalității.

Conform art. 15.7 (n.n. Clauza 17 programul de execuție) din Contractul de servicii: *„Consultantul /Supervizorul are obligația de a analiza și confirma/respinge programul de execuție de baza și cel revizuit, cât și actualizările săptămânale emise de către Antreprenor în baza sub-clauzei 17 din cadrul Contractului de Lucrări, într-un termen cât mai scurt, dar fără a depăși perioada de timp menționată în Contractul de Lucrări”* sub sancțiunea aplicării de penalități de 5000 lei pe zi de întârziere.

Potrivit Sub-clauzei 17.4 din Condițiile Generale ale Contractului de execuție de lucrări: *„în termen de 15 zile de la transmiterea sa de către Antreprenor, Supervizorul va analiza Programul de Execuție și îl va accepta sau respinge. În lipsa unui răspuns al Supervizorului la termenul aferent, Programul de Execuție va fi considerat ca fiind acceptat”*.

Potrivit Sub-clauzei 17.11 [Actualizarea Programului de Execuție] din Condițiile Generale ale Contractului de execuție de lucrări: *„în termen de 5 zile de la transmiterea sa de către Antreprenor, Supervizorul va analiza Programul de Execuție actualizat și îl va accepta sau respinge. În lipsa*

unui răspuns al Supervizorului la termenul aferent, Programul de Execuție va fi considerat ca fiind acceptat”.

Prin urmare, deși se face trimitere la prevederile clauzelor contractuale din contractul de lucrări care instituie un termen determinat pentru analizarea Programului de execuție și formularea unui răspuns, inclusiv tacit, Beneficiarul impune realizarea acestor activități într-un termen cât mai scurt care să nu depășească termenul la care face trimitere.

De asemenea, clauza este neclară prin raportare la prevederile Sub-clauzei 17.4 din Condițiile Generale ale Contractului de execuție de lucrări care reglementează inclusiv acordul tacit asupra Programului de execuție, în timp ce textul ce face obiectul analizei nu menționează expres dacă acordul tacit este luat în considerare sau se vor aplica penalități până la emiterea unui răspuns scriptic.

Conform art. 15.7 (n.n. Clauza 30 Utilajele Antreprenorului și transportul bunurilor) din Contractul de servicii: *„Consultantul/Supervizorul are obligația de a dispune Antreprenorului, prin Ordin de mobilizare, mobilizarea Utilajelor Antreprenorului incluse în Programul de execuție de bază/actualizat. Prin Ordinul de mobilizare se înțelege instrucțiunea emisă de către Consultant/Supervizor Antreprenorului în care sunt menționate categoriile de Utilaje ale Antreprenorului necesar a fi mobilizate și care/sunt precizate în Programul de execuție. În Ordinul de mobilizare se pot specifica și perioadele în care vor rămâne mobilizate categoriile de Utilaje ale Antreprenorului. Numărul maxim de Utilaje ce poate fi solicitate în Ordinul de mobilizare rezultă din Programul de execuție, sub sancțiunea aplicării de penalități de 5000 lei per eveniment”.*

Aplicarea penalității trebuie să fie condiționată de existența unei întârzieri reale în execuția lucrărilor și că întârzierea trebuie să fie cauzată de mobilizarea necorespunzătoare.

În caz contrar, Beneficiarul are o putere discreționară de a aplica penalități atunci când consideră, fără a exista un real prejudiciu.

În susținere, contestatoarea invocă Decizia civilă nr. 1952/07.10.2021 pronunțată de Curtea de Apel București în dosarul nr. 5089/2/2021.

Nu în ultimul rând, ipoteza în care se aplică penalitatea în clauza 15.7 nu este corelată cu aceea menționată în art. 10.59 din Contractul de servicii care instituie un termen în care Consultantul are obligația de a emite Ordinul de Mobilizare a Utilajelor de către antreprenor, astfel cum a fost obligată prin Decizia susmenționată, astfel că Beneficiarul își asigură dreptul de a aplica discreționar penalități chiar și în situații care nu se încadrează în ipotezele din art. 10.59 din Contractul de servicii.

Conform art. 15.7 din Contractul de servicii: *„Consultantul/Supervizorul evaluează toate modificările propuse/necesare față de ultima soluție tehnică avizată (Oferta Tehnică, Proiectul Tehnic de Execuție, etc.) și emite Rapoarte Speciale care vor include un punct de vedere privind încadrarea din punct de vedere al achizițiilor publice,*

precum și justificarea din punct de vedere tehnic a modificării, analiza detaliată a impactului financiar, corespondența relevantă și avizul Consiliului Tehnico-Economic al C.N.A.I.R. și orice alte informații relevante, în termen de 30 de zile de la notificare" sub sancțiunea aplicării de penalități de 3000 lei pe zi de întârziere.

Clauza instituie dreptul Beneficiarului de a sancționa Consultantul chiar și pentru depășirea termenului de 30 de zile din culpa Beneficiarului, deoarece termenul de 30 de zile este instituit atât pentru realizarea unor activități aflate în responsabilitatea Consultantului, cât și a unor activități aflate în responsabilitatea Beneficiarului.

De asemenea, clauza instituie dreptul Beneficiarului de a sancționa Consultantul pentru depășirea termenului de 30 de zile în analizarea oricăror alte informații relevante fără a preciza exact ce pot viza acestea, cine furnizează aceste informații sau dacă Consultantul este cel care are responsabilitatea căutării respectivelor informații.

Prin urmare, prevederea contractuală lasă Beneficiarului puterea discreționară de a aplica penalități, Consultantul neputând adopta în fapt o conduită care să îl protejeze de abuzul Beneficiarului, fiind astfel încălcat principiile transparenței și proporționalității.

11. Art. 15.11, art. 15.12 și art. 15.13 din Contractul de servicii și secțiunea 4.2. Riscuri din Caietul de sarcini

Conform art. 15.11 din Contractul de servicii: „Consultantul/Supervizorul își va asuma riscurile stabilite în sarcina acestuia și menționate în Caietul de Sarcini, iar prin semnarea contractului nu va avea nicio pretenție în cazul apariției acestora”.

Conform art. 15.12 din Contractul de servicii: „Consultantul/Supervizorul nu va avea nicio pretenție de orice natură (materială, financiară, etc.) în cazul apariției oricăruia dintre riscurile prevăzute la Art. 15.13 de mai jos sau în cazul apariției riscurilor prevăzute la Capitolul 4 „Ipoteze și Riscuri” din Caietul de Sarcini, care sunt în responsabilitatea Consultantului/Supervizorului”.

Conform art. 15.13 din Contractul de servicii: „Consultantul/Supervizorul va lua toate măsurile necesare pentru evitarea/minimizarea/controlul efectelor următoarelor riscuri identificate și consecințele aferente:

a) *Riscul privind schimbările în structura organizației precum și riscul privind schimbarea/înlocuirea personalului (cheie, non-cheie). În această din ultima situație, Beneficiarul va notifica Consultantul/Supervizorul cu privire la aplicarea prevederilor Articolului 20.9.*

b) *Riscul privind calitatea slabă a documentelor furnizate. În această situație, Beneficiarul va informa Consultantul/Supervizorul, va stabili întâlniri cu acesta, și de asemenea va aplica penalitățile menționate în contract.*

c) *Riscul întârzierilor în realizarea lucrărilor de execuție datorate culpei Supervizorului/Consultantului. Atunci când întârzierile în realizarea lucrărilor de execuție se datorează culpei Antreprenorului,*

Consultantul/Supervizorul va notifica Antreprenorul cu privire la aplicarea de penalități”.

Riscul nr. 3 din secțiunea 4.2. Riscuri din Caietul de sarcini constând în Mobilizarea îndelungată a personalului Antreprenorului și/sau Supervizorului instituit în sarcina Supervizorului este excesiv în condițiile în care obligă Supervizorul să își asume riscul unor costuri suplimentare pentru situații care se pot afla în responsabilitatea și controlul Beneficiarului și/sau Antreprenorului.

Spre exemplu, Mobilizarea îndelungată poate interveni ca efect al nerealizării exproprierilor de către Beneficiar sau al altor riscuri asumate de către Beneficiar în Contractul de execuție de lucrări, pentru care Beneficiarul răspunde în relația cu Antreprenorul suportând niște costuri. Pentru aceleași situații, în relația cu Consultantul, Beneficiarul impune ca Consultantul să suporte costurile riscurilor Beneficiarului din Contractul de execuție de lucrări.

La fel, în situația în care Mobilizarea îndelungată este cauzată de apariția unui risc al Antreprenorului din Contractul de lucrări, Beneficiarul impune în relația cu antreprenorul ca acesta să suporte costurile aferente și, în relația cu Consultantul, ca acesta să suporte costurile generate de un risc al antreprenorului.

Alocarea riscurilor este parte esențială din managementul riscurilor care are ca scop anticiparea problemelor care pot apărea în derularea contractului și stabilirea persoanelor/părților care pot controla problemele respective și a măsurilor care pot fi luate pentru prevenirea sau gestionarea eficientă a problemelor pentru a diminua efectele evenimentului de risc. În măsura în care ambele părți pot lua măsuri pentru prevenirea sau limitarea efectelor riscului, riscul trebuie alocat ambelor părți, iar măsurile ce pot fi dispuse de fiecare trebuie descrise.

Beneficiarul folosește alocarea riscurilor din Caietul de sarcini nu în scopul de a asigura un management eficient al contractului, ci cu scopul de a-și asigura exonerarea de la plata unor costuri generate de apariția unor situații ce generează în mod frecvent dispute în urma cărora ar putea cădea în pretenții. Dovadă stau argumentele prezentate mai sus și faptul că singura măsură de gestionare a riscului prevăzută în sarcina Consultantului este *„Monitorizarea permanentă a mobilizării Antreprenorului, verificarea zilnică a Jurnalului Lucrărilor, notificarea imediată a Antreprenorului privind neconcordanțele dintre resursele programate și cele alocate”*, adică măsuri care cel mult ar putea preveni într-o mică măsură acele situații în care cauza mobilizării îndelungate stă în riscul Antreprenorului, fără a acoperi situația mobilizării îndelungate aflate în riscul Beneficiarului.

Consultantul nu poate decide în locul antreprenorului și nu poate obliga pe acesta să mobilizeze resursele sau să le suplimenteze, ci poate doar să notifice o eventuală mobilizare necorespunzătoare / o întârziere și să rețină penalități sau să aplice penalități la cererea Beneficiarului. Aceste atribuții ale Consultantului nu sunt de natură să controleze nici cauza și

nici durata efectivă a mobilizării îndelungate a Antreprenorului, deci în realitate aceasta nu poate constitui un risc al Consultantului. Singurele părți care pot lua măsuri de limitare a duratei mobilizării prelungite a antreprenorului sunt antreprenorul însuși și Beneficiarul. Mobilizarea îndelungată a Consultantului ca urmare a Mobilizării îndelungate a Antreprenorului nu poate fi controlată de către Consultant, ci de către Beneficiar, deoarece Beneficiarul este parte în contractul de execuție de lucrări.

Practic Consultantului i se impune să își asume atât riscurile Beneficiarului, cât și riscurile Antreprenorului provenite din alt contract la care nu este parte, riscuri pe care nu le poate controla și nici evalua, deci nu poate anticipa costurile la care va putea fi exclus, dar la plata cărora este obligat să renunțe.

Clauzele 15.11 și 15.12 creează un dezechilibru total între Beneficiar și Consultant care nu reflectă o alocare corectă a riscurilor în 2 contracte și care expune Consultantul la costuri imprevizibile fără a avea în realitate mijlocele, atribuțiile necesare pentru a putea preveni apariția riscurilor alocate și limita efectele acestora.

Petenta învederează că aceeași situație apare și în cazul riscurilor nr. 3-8, 12-14 și 17 din Caietul de sarcini.

Suplimentar, arată că riscul enunțat la nr. 6 nu are nicio legătură cu măsura dispusă în sarcina Consultantului, în primul caz fiind vorba despre documente justificative care să stea la baza Modificărilor, în al doilea despre certificarea plății lucrărilor suplimentare.

Atrage atenția asupra riscului nr. 19 Admiterea/respingerea în principiu a revendicării de către Supervizor a Revendicării care este instituit ca risc al Consultantului cu măsura de gestionare a riscului constând în *„CNAIR, funcție de prevederile contractuale, poate lua decizia aplicării de penalitate”*.

O obligație contractuală nu poate constitui un risc, iar măsura ce stă în sarcina părții pentru prevenirea apariției riscului sau limitarea efectelor acestuia nu poate consta în aplicarea de penalități de către Beneficiar.

Modalitatea în care este reglementat riscul nr. 19 și măsurile de gestionare a acestuia conduc către concluzia că Beneficiarul va putea aplica penalități de câte ori Consultantul admite/respinge în principiu o revendicare, după bunul său plac.

O astfel de prevedere este apreciată de contestatoare ca fiind complet neclară și total abuzivă.

În ceea ce privește riscul prevăzut la art. 15.13. lit. a) din Contractul de servicii, precizează că riscul schimbării/înlocuirii personalului Consultantului ar trebui să nu vizeze situațiile în care Consultantul nu controlează cauzele care determină aceste situații. Face trimitere pentru detalieri la pct. 3.14 de mai jos cu privire la art. 20.9 din Contractul de servicii.

În ce privește riscul prevăzut la art. 15.13. lit. c) din Contractul de servicii, contestatoarea arată că prevederea conform căreia Consultantul

va notifica antreprenorul cu privire la aplicarea de penalități atunci când întârzierile în realizarea lucrărilor de execuție sunt cauzate din culpa Antreprenorului contrazicând prevederile Sub-clauzei 69b. 1 și 69c.2 din Condițiile Generale ale Contractului de execuție de lucrări, care stabilesc că Beneficiarul notifică antreprenorul cu copie adresată Consultantului cu privire la orice compensații pretinde, iar Decizia privind revendicările asupra cărora părțile nu au căzut de acord se ia de către Consultant și se comunică părților. În privința revendicărilor părților pentru care trebuie respectată procedura prevăzută la Sub-clauza 69-a1 și următoarele, Consultantul nu formulează notificări în locul sau pentru Beneficiar. Notificarea menționată la art. 15.13. lit. c) din Contractul de servicii încalcă procedura și competențele Consultantului din Condițiile Generale ale Contractului de execuție de lucrări și constituie o antepunțare a Consultantului cu privire la dreptul Beneficiarului la plata penalităților.

Petenta apreciază că această clauză contractuală coroborată cu prevederile Caietului de sarcini ignoră total instrucțiunile prezentate de Comisia Europeană pentru întocmirea documentației de atribuire în Ghidul intitulat Achiziții publice - ghid orientativ pentru responsabilii cu achizițiile publice privind evitarea celor mai obișnuite erori în proiectele finanțate de fondurile structurale și de investiții europene https://ec.europa.eu/regional_policy/sources/docgener/informat/2014/guidance_public_proc_ro.pdf.

În secțiunea 2.3.5 din Ghid se prevăd următoarele: „Contractul ar trebui să fie echitabil și echilibrat în materie de împărțire a riscurilor. În special, ar trebui evitate clauzele sau condițiile contractuale prin care se transferă asupra contractantului riscurile care nu se află sub controlul său, întrucât acestea pot să limiteze numărul de oferte, să aibă un impact important asupra prețului sau să ducă la litigii contractuale”.

Față de argumentele prezentate, petenta consideră această clauză încalcă principiul transparenței și al proporționalității.

12. Art. 16.9 din Contractul de servicii

Conform art. 16.9 din Contractul de servicii: „în termen de 5 zile lucrătoare de la semnarea Contractului de Servicii, Consultantul va încheia și va menține în vigoare o poliță de asigurare sau polițe de asigurare cu despăgubire integrală pentru suma asigurată care va fi egală/e cu Prețul Contractului, asigurare ce va acoperi în integralitate atât perioada de prestare a serviciilor, cât și pe orice perioadă de prelungire a perioadei de prestare a serviciilor precum și următoarele aspecte:

- răspunderea Consultantului/Supervizorului în caz de îmbolnăvire ori accident de muncă al salariaților, incluzând costurile repatrierii pe motive de sănătate;

- pierderea, distrugerea sau deteriorarea echipamentului Beneficiarului utilizat pentru executarea Contractului de Servicii (dacă este cazul);

- *răspunderea civilă în eventualitatea accidentelor provocate terților ori Beneficiarului, ori salariaților ori agenților Beneficiarului, ca urmare a executării Contractului de Servicii;*

- *decesul ca urmare a unui accident sau invaliditatea permanentă ca urmare a unei accidentări fizice în legătură cu Contractul de Servicii.*

- *asigurare de răspundere civilă auto pentru autoturismele conduse în România de către Consultant/Supervizor sau personalul angajat al acestuia sau de către Subcontractanți în legătură cu Contractul de Servicii, cu o acoperire conform prevederilor legii aplicabile”.*

Clauza este considerată neclară, deoarece sunt enumerate o serie de riscuri asigurate și se menționează că acestea pot face obiectul unei polițe sau mai multor polițe precizându-se că suma asigurată va fi egală/egale cu Prețul Contractului. Nu este clar dacă suma asigurată va fi în valoare egală cu Prețul Contractului pentru toate polițele sau pentru fiecare dintre acestea. Dacă sumele asigurate trebuie să fie egale cu Prețul Contractului pentru fiecare dintre riscurile asigurate, clauza ar fi excesivă, suma asigurată fiind disproporționată față de riscurile asigurate.

Încheierea unei asigurări pentru pierderea, distrugerea sau deteriorarea echipamentului Beneficiarului utilizat pentru executarea Contractului de Servicii (lit. b) nu ar trebui să constituie o obligație a Consultantului în condițiile în care Beneficiarul nu a pus la dispoziție în documentația de atribuire lista echipamentelor pentru care Consultantul va încheia asigurare. Costul acestei asigurări este necunoscut la data depunerii ofertei.

Astfel, petenta apreciază că, prin caracterul neclar, clauza încalcă principiul transparenței și împiedică Consultantul să evalueze cu precizie condițiile contractuale cuprinse în Contractul de servicii.

13. Art. 16.10 alin. (2) din Contractul de servicii

Art. 16.10 alin. (2) din Contractul de servicii prevede: *„Consultantul/Supervizorul va furniza dovezi ale prelungirilor poliței de asigurare și ale plăților periodice ale primelor de asigurare în termen de 5 zile lucrătoare de la data prelungirii poliței de asigurare sau de la data plății primelor de asigurare. Consultantul, pe cheltuiala sa, va încheia și va menține în vigoare polița de asigurare sau polițele de asigurare mai sus menționate. Cheltuielile aferente emiterii și menținerii în vigoare a poliței de asigurare sau polițelor de asigurare nu sunt parte integrantă din Prețul Contractului”.*

Costurile generate de încheierea și prelungirea valabilității asigurărilor (prime de asigurare, comisioane bancare etc.) reprezintă sume importante care sunt cheltuite de către Consultant exclusiv pentru îndeplinirea scopului Contractului de servicii și respectarea cerințelor specifice ale Beneficiarului potrivit art. 16.9. Aceste costuri sunt incluse în mod firesc în costurile proiectului, fiind realizate la cererea expresă a Beneficiarului pentru sume asigurate stabilite de către Beneficiar, nu de către asigurător.

Impunerea acestor costuri obligatorii și interdicția de a le include în prețul ofertat este excesivă.

14. Art. 20.9 din Contractul de servicii

Conform art. 20.9 din Contractul de servicii: „20.9 (1) În situația prevăzută la Articolul 20.2 și la Articolul 20.8, „salariul brut/zi (inclusiv cheltuieli angajat și angajator)” ce va fi plătit expertului cheie/non-cheie/alt personal înlocuitor va fi redus cu 10% de fiecare dată când survine înlocuirea, cu excepția cazului în care înlocuirea este rezultat al situațiilor excepționale indicate la Articolul 20.2 lit. a), lit. b), lit. c), lit. f) și lit. g), cât și cu excepția cazurilor în care este necesară înlocuirea experților/persoanelor în etapa de supervizare a garanției lucrărilor.

Excepția reducerii „salariul brut/zi (inclusiv cheltuieli angajat și angajator)” pentru situația menționată la Articolul 20.2 lit. a) se aplică indiferent de durata suspendării.

Situația menționată la Articolul 20.2 lit. e) nu constituie motiv de neaplicare a acestei reduceri de 10%. În situația menționată la Articolul 20.2 lit. d), în condițiile în care expertul/persoana continuă să își desfășoare activitatea în cadrul prezentului contract în calitatea nominalizată în cadrul ofertei, Autoritatea Contractantă nu va reduce cu 10% „salariul brut/zi (inclusiv cheltuieli angajat și angajator)” ce va fi plătit expertului cheie/non-cheie/alt personal înlocuitor.

„Salariul brut/zi (inclusiv cheltuieli angajat și angajator)” redus se va menține și în lunile ulterioare înlocuirii precum și pe toată perioada de prestare a serviciilor de către expertul/persoana înlocuitoare”.

Art. 20.2 Lit. d: „demisia, cu excepția situației în care expertul/persoana, deși a demisionat de la Angajator, continuă să își desfășoare activitatea în cadrul prezentului contract. Prin noțiunea de „demisie” așa cum este menționată în prezentul articol se înțelege actul unilateral de voință al persoanei prin care încetează Contractul individual de muncă dintre persoana respectivă și Angajator, demisia salariatului fiind înaintată Consultantului/Supervizorului, în calitatea sa de Angajator, astfel cum este reglementată de Legea nr. 53/2003 - Codul muncii, cu modificările și completările ulterioare”.

Art. 20.2 lit. h: „anumiți experți/persoane din personalul propus de către Consultant/Supervizor în vederea îndeplinirii obligațiilor contractuale potrivit prezentului contract sunt/vor fi implicați în cadrul altor proiecte/contracte ale Beneficiarului. În situația în care Beneficiarul constată ulterior semnării contractului, că personalul propus/experti propuși de către Consultant/Supervizor în vederea îndeplinirii obligațiilor contractuale potrivit prezentului contract este/sunt sau va/vor fi implicat/implicați în cadrul altor proiecte/contracte ale Beneficiarului, Beneficiarul va solicita înlocuirea acestora”.

Ipoteza reglementată de art. 20.2 lit. d) și reluată în art. 20.9, respectiv desfășurarea activității în cadrul aceluiași contract de supervizare de către expertul a cărui raport de muncă a încetat prin demisie este lipsită de sens.

Atât timp cât expertul își desfășoară activitatea în cadrul prezentului contract de supervizare urmare a nașterii unor raporturi juridice de dreptul muncii între el, în calitate de angajat/salariat și Supervisor, în calitate de angajator, rezultă că, odată ce a încetat contractului individual de muncă, prin demisie, nu mai există niciun temei al desfășurării vreunei activități de către personalul respectiv în contractul de supervizare. Mai mult, nici eventuala remunerare a personalului pentru activitățile pe care le-ar presta, deși dificil de imaginat, în afara contractului individual de muncă, nu ar mai avea niciun temei.

Demisia reprezintă manifestarea unilaterală de voință din partea angajatului în sensul încetării raporturilor de muncă pe care le are cu angajatorul. Astfel, angajatorul nu poate controla încetarea raportului de muncă din inițiativa angajatului.

Clauza 20.9 alin. 3 prevede că Autoritatea Contractantă va aplica reducerea salariului brut/zi, în situația în care expertul care nu mai desfășoară activitate în cadrul prezentului contract ca urmare a demisiei, va fi angajat pe orice poziție în cadrul altui contract de servicii încheiat între Supervisor/Consultant și Autoritatea Contractantă.

Contestatoarea precizează că reducerea salariului brut/zi este nu numai nelimitată în timp, nefiind prevăzut un termen în cadrul căruia să fie aplicată sancțiunea pentru încheierea unui nou contract între Supervisor și expertul care a demisionat pe durata de executare a prezentului contract și alocarea respectivului expert în alt contract de servicii încheiat cu CNAIR SA, ci este și valabilă pentru orice contract încheiat pe întreg teritoriul țării, astfel că această clauză este excesivă, disproporționată.

Supervisorul/Consultantul nu poate controla exercitarea dreptului expertului de a demisiona și nu poate împiedica efectele actului unilateral al acestuia. Odată ce Supervisorul/Consultantul nu poate controla și împiedica demisia expertului, culpa acestuia nu poate fi prezumată, ci demonstrată de către Autoritatea Contractantă. Prin urmare, în cazul demisiei expertului, angajatorului nu i se poate aplica o sancțiune în lipsa dovedirii culpei acestuia.

Faptul angajării aceluiași expert pe orice poziție de către Supervisor/Consultant în cadrul altui contract de servicii încheiat cu Autoritatea Contractantă nu dovedește și nu creează o prezumție de vinovăție a Supervisorului/Consultantului, nici sub forma culpei, nici a intenției de a încălca obligația sale contractuală de a asigura personal specializat, câtă vreme Supervisorul/Consultantul asigură personal specializat prin înlocuirea expertului cu un altul care îndeplinește toate cerințele Autorității Contractante și care este aprobat de aceasta.

Mai mult, legislația muncii obligă Supervisorul/Consultantul să recruteze personal de specialitate fără a condiționa participarea candidaților de inexistența unei demisii din cadrul unor contracte încheiate în trecut cu Autoritatea Contractantă. Inserarea unei astfel de condiții în

cadrul procesului de recrutare reprezintă o discriminare nejustificată din partea oricărui angajator și sancționată potrivit Ordonanței nr. 137/2000.

De asemenea, revenirea salariatului în cadrul vechiului angajator este determinată de voința intrinsecă a angajatului și nu de către prestator.

Principiul proporționalității presupune că orice măsură sau sancțiune nu trebuie să depășească ceea ce este necesar pentru atingerea obiectivului.

Penalitatea inclusă în cuprinsul clauzei 20.9 este contrară principiului proporționalității, întrucât aplicarea clauzei conduce la o despăgubire a autorității contractante vădit disproporționată având în vedere că aceasta nu justifică și nu dovedește un prejudiciu cauzat de numirea expertului într-un alt contract. Această sancțiune economică impusă prestatorului este cu atât mai disproporționată cu cât termenul în care operează este unul incert și care nu se află sub controlul Consultantului/Supervizorului.

15. Art. 20.13 din Contractul de servicii

Conform art. 20.13 din Contractul de servicii: "20.13 (1) În situațiile prevăzute la Articolul 20.2 litera h), Consultantul/Supervizorul se obligă să plătească o penalitate de 5.000 lei/expert/persoana înlocuită, având totodată și obligația de a lua toate măsurile necesare în vederea înlocuirii personalului astfel încât, în termen de 30 de zile, să transmită documentele necesare. În situațiile prevăzute la Articolul 20.2 litera h), reducerea "Salariului brut/ zi (inclusiv cheltuieli angajat și angajator)" prevăzută la Articolul 20.9 alin. (1) nu se aplică.

(2) Înlocuirea personalului Consultantul/Supervizorul se va efectua potrivit prevederilor Articolului 20 din Contractul de servicii.

(3) Reducerea "Salariului brut/zi (inclusiv cheltuieli angajat și angajator)" menționată la Articolul 20.9 alin. (1) nu se va mai aplica pentru înlocuirea experților/personalului în perioada de supervizare a notificării defectiunilor/a garanției începând cu data emiterii Notificării de către Beneficiar care atestă finalizarea perioadei de supervizare a execuției lucrărilor. De asemenea, pentru perioada de supervizare a notificării defectiunilor/ a garanției, lista personalului va putea fi modificată în funcție de necesitățile Autorității Contractante, în funcție de situația existentă la un moment dat în cadrul prezentului Contract de Servicii sau în cadrul Contractului Execuție Autostrada Buzău-Focșani Tronson 2 km 4+600 - km 35+400 Vadu Pașii - Râmnicu Sărat sau în funcție de progresul fizic/stadiul fizic al Lucrărilor, sau alte asemenea."

Conform art. 20.2 lit. h) din Contractul de servicii: "Consultantul/Supervizorul trebuie să propună din proprie inițiativă înlocuirea personalului în următoarele situații: (...)

h) anumiți experți/persoane din personalul propus de către Consultant/Supervizor în vederea îndeplinirii obligațiilor contractuale potrivit prezentului contract sunt/vor fi implicați în cadrul altor proiecte/contracte ale Beneficiarului. În situația în care Beneficiarul constată, ulterior semnării contractului, că personalul propus/experti

propuși de către Consultant/Supervizor în vederea îndeplinirii obligațiilor contractuale potrivit prezentului contract este/sunt sau va/vor fi implicat/implicați în cadrul altor proiecte/contracte ale Beneficiarului, Beneficiarul va solicita înlocuirea acestuia/acestora. (...)"

Consultantul mobilizează și demobilizează personalul în raport de necesitățile Beneficiarului exprimate prin Ordine de mobilizare/demobilizare (art. 19.3 și urm. din Contractul de servicii), ceea ce implică faptul că, de câte ori nu este mobilizat un tip de personal propus sau este demobilizat personalul, Beneficiarul nu are nevoie de acel tip de personal în derularea Contractului de servicii.

Beneficiarul plătește onorariul personalului Consultantului în raport de zilele de activitate prestate efectiv.

Prin urmare, deși Beneficiarul nu plătește decât aportul efectiv al personalului pe perioada mobilizării și nu are nevoie de personalul respectiv, Consultantul nu poate folosi personalul demobilizat în cadrul altor contracte, ci în lipsa unui prejudiciu cauzat Beneficiarului este obligat să solicite înlocuirea și să plătească penalitatea stabilită prin Contractul de servicii.

Or, Consultantul nu poate fi ținut să răspundă decât pentru cauzarea unui prejudiciu și în limita prejudiciului direct, cert și previzibil cauzat Beneficiarului.

În cazul folosirii personalului în cadrul altor contracte pe perioada în care acesta nu este mobilizat sau a fost demobilizat, Beneficiarul nu suportă niciun prejudiciu. În schimb prin nefolosirea personalului în cadrul altor contracte în aceste perioade, Consultantul suportă un prejudiciu ridicat.

De asemenea, în cazul în care personalul nu prestează activitate decât pe un număr limitat de zile din cursul unei luni, nefiind necesară prezența acestuia în conformitate cu programarea activităților în cadrul Contractului de servicii corelată cu Programul de Execuție a Lucrărilor aprobat în derularea Contractului de execuție de lucrări, cu stadiul fizic al lucrărilor și progresul fizic, utilizarea personalului în cadrul altui proiect nu generează prejudicii Beneficiarului, personalul putând fi prezent în zilele în care prestează efectiv activitate.

În cazul în care Consultantul nu poate folosi personalul propus în cadrul altor proiecte, deși Beneficiarul nu are nevoie de acel tip de personal, Consultantul suportă în mod total nejustificat costuri suplimentare pe care, la data depunerii ofertei, nu le poate anticipa cu precizie și nici nu le poate recupera de la Beneficiar.

Se impune astfel să se permită Consultantului pentru personalul care nu figurează „full time” să presteze servicii de supervizare și în cadrul altor contracte și să se elimine penalitatea prevăzută pentru înlocuirea expertului.

16. Art. 25.1 din Contractul de servicii

Conform art. 25.1 din Contractul de servicii: *„Programul normal de lucru definit în cadrul contractului de execuție lucrări este în conformitate*

cu prevederile Codului muncii în vigoare. Antreprenorul își va adapta corespunzător programul de lucru în funcție de resursele disponibile, ritmul de execuție al lucrărilor și condițiile meteo, astfel încât este posibil ca, în anumite perioade, execuția lucrărilor să fie desfășurată și în zilele nelucrătoare sau prin intermediul unui singur schimb prelungit. În acest context, Consultantul/Supervizorul trebuie să își adapteze corespunzător programul și resursele alocate și să ia în considerare, cu titlu informativ, alocarea unui număr suficient de experți non-cheie/all personal supervizare, astfel încât să asigure serviciile de supervizare."

Art. 32.3 lit. A din Contractul de servicii, Prețul Contractului este de tip onorariu expert sau persoană / zi ceea ce implică, în condițiile art. 25.1 din Contractul de servicii, faptul că la întocmirea ofertei financiare ofertantul trebuie să aibă în vedere un anumit număr de zile în care personalul va presta activități în ore suplimentare care pot alcătui un schimb prelungit solicitat de către Beneficiar, muncă pe timp de noapte și muncă în zile nelucrătoare, toate acestea reflectându-se în numărul de experți ofertați suplimentar pentru a putea asigura personal permanent în raport de situația de fapt și în prețul oferat.

Efectele obligației instituite de această clauză sunt total imprevizibile, deoarece Beneficiarul nu a precizat un număr estimat de zile în care s-ar putea presta suplimentar în schimburi prelungite, pe perioada nopții sau în zile nelucrătoare.

Consultantul nu poate întocmi o ofertă ce acoperă exact cerințele Beneficiarului din punct de vedere financiar și la nivel de personal alocat proiectului, riscând să suporte costuri suplimentare pe care Beneficiarul nu le va deconta, beneficiind însă de prestațiile suplimentare.

Față de argumentele prezentate, clauza încalcă principiul transparenței și al proporționalității.

17. Art. 32.3 din Contractul de servicii

Potrivit art. 32.3 din Contractul de servicii, plata serviciilor prestate de către Consultant se face în baza fișelor de pontaj ale experților/persoanelor mobilizați/mobilizate din care rezultă zilele efectiv lucrate de fiecare expert/persoană în parte în lunile respective, aprobate de către Beneficiar ca parte a rapoartelor financiare.

Potrivit clauzei plata se efectuează după aprobarea de către Beneficiar atât a Rapoartelor Lunare de progres aferente perioadei de execuție a lucrărilor, cât și a rapoartelor financiare care conțin fișele de pontaj.

Pentru fiecare expert/persoană în parte Beneficiarul va plăti trimestrial 70% din suma rezultată din înmulțirea Onorariului (lei fără TVA) pe zi/expert sau persoană [Salariu brut/zi (inclusiv cheltuieli angajat și angajator) + alte cheltuieli/zi] cu zilele efectiv lucrate în lunile respective și în conformitate cu modalitatea de plată prevăzută în tabelul cuprins în clauză.

Beneficiarul va plăti prin plăți intermediare diferența de 30% numai în baza timpului efectiv lucrat conform Rapoartelor lunare de progres care

conțin fișele de pontaj și doar în funcție de Stadiul fizic/Progresul fizic al execuției lucrărilor al întregului contract fără a ține cont de progresul fizic/stadiul fizic al lucrărilor înregistrat anterior începerii activității Consultantului în cadrul Contractului de servicii.

Plata restului de 30% este condiționată de îndeplinirea de către antreprenor a următoarelor praguri ale Stadiului fizic/Progresului fizic al execuției lucrărilor pentru întregul contract a se cuantifica stadiul fizic/progresul fizic pentru sector/sectoare/secțiune/secțiuni): 0%, 15%, 20%, 25%, 30%, 35%, 40%, 45%, 50%, 55%, 60%, 65%, 70%, 75%, 80%, 85%, 90%, 95%, 100%.

Conform art. 32.3 din Contractul de servicii: *"În situația în care execuția lucrărilor nu este finalizată sau stadiul fizic/progresul fizic al execuției lucrărilor nu atinge pragul de 100% în perioada celor 26 de luni, din motive care sunt imputabile/din culpa Supervisorului (cu excepția riscurilor asumate de Consultant/Supervisor în Contract) Beneficiarul va aplica o reducere de 20% a "salariului brut/zi (inclusiv cheltuieli angajat și angajator)" pentru toți experții/persoanele mobilizați/mobilizate la momentul respectiv sau ce vor fi mobilizate după expirarea celor 26 de luni, pentru serviciile ce vor fi prestate în cadrul contractului.*

Astfel începând cu luna 27 a perioadei de execuție a lucrărilor și până la finalizarea execuției lucrărilor, Beneficiarul va aproba și va plăti numai 80% din valoarea "salariului brut (inclusiv cheltuieli angajat și angajator)" aplicabil la momentul finalizării celor 26 de luni, pentru fiecare expert/persoana mobilizat/mobilizată sau ce va fi mobilizat/mobilizată, în baza serviciilor prestate de aceștia și a fișelor de pontaj.

Diferența de 20% se va constitui în economie la contract, aceasta putând fi utilizată, dacă este cazul, în scopul prelungirii perioadei de prestare a serviciilor și numai cu acceptul Beneficiarului.

Ultima plată aferentă perioadei de supervizare a execuției lucrărilor se va realiza numai după îndeplinirea în mod cumulativ a următoarelor condiții:

a) emiterea și aprobarea Certificatului de Recepție la Terminarea Lucrărilor;

b) aprobarea de către Beneficiar a Raportului emis după Recepția la Terminare a Lucrărilor".

Contestatoarea consideră că această clauză creează un dezechilibru major în raportul contractual, deoarece:

Beneficiarul impune plata trimestrial, în condițiile în care Consultantul a prestat servicii care pot fi justificate lunar prin fișe de pontaj și în condițiile în care Consultantul plătește personalul lunar. Astfel, Beneficiarul amână în mod artificial termenul de plată pentru prestații executate și cheltuieli deja efectuate de către Consultant, ceea ce afectează lichiditatea de care dispune Consultantul în executarea Contractului de servicii și a activității sale curente;

Suplimentar amânării plății serviciilor prestate impusă prin stabilirea plății trimestriale, plata este condiționată de îndeplinirea unor condiții care

se realizează succesiv și a căror realizare nu depinde în totalitate de activitatea Consultantului:

- Plata trimestrială (70%) se realizează sub condiția aprobării Rapoartelor lunare de progres al lucrărilor și a rapoartelor financiare. Întârzierea aprobării acestor rapoarte de către Beneficiar din cauze imputabile acestuia conduce la amânarea suplimentară a plății serviciilor prestate. Chiar în lipsa unei întârzieri, beneficiarul dispune conform art. 31 din Contractul de servicii de un termen de 25 de zile pentru a aproba orice raport, iar în cazul în care solicită o modificare sau completare cât de mică, termenul de aprobare curge de la data primirii informațiilor/documentelor/explicațiilor suplimentare solicitate;

- Plata intermediară (30%) se realizează sub condiția atingerii de către antreprenor a anumitor stadii de execuție. Neîndeplinirea stadiilor de execuție de către antreprenor din cauze imputabile sau aflate în responsabilitatea/riscul exclusiv acestuia și/sau exclusiv al Beneficiarului ori pentru cauze imputabile în comun celor doi amână sau împiedică plata serviciilor prestate de către Consultant, deși au fost aprobate de către Beneficiar. În lipsa unei legături de cauzalitate între acțiunile și/sau inacțiunile Consultantului ce pot fi calificate drept încălcări ale unor obligații contractuale asumate de acesta, astfel de condiționări pentru plata prestațiilor sunt excesive și încalcă principiul asumării răspunderii de către autoritatea contractantă pentru propriile acțiuni și/sau inacțiuni culpabile și/sau pentru riscurile asumate în cadrul contractului de execuție de lucrări;

- Deși conform Tabelului nr. 1 Perioada estimată de prestare a serviciilor din secțiunea 6.1.3 Perioada de implementare din Caietul de sarcini, durata de prestare a serviciilor de supraveghere a execuției lucrărilor este de 36 de luni (fiind în mod logic legată de Durata de Execuție a Lucrărilor de către antreprenor), în mod total nejustificat, aleatoriu, Beneficiarul impune Consultantului să urgenteze finalizarea execuției lucrărilor în 26 de luni, sub sancțiunea unei penalizări de 20% din întregul onorariu corespunzător tuturor prestațiilor efectuate după expirarea acestui termen (supravegherea execuției lucrărilor și supraveghere în perioada de garanție a lucrărilor). Beneficiarul decide unilateral, condiționat de propriul acord, nu și de acordul Consultantului, că această penalizare pe care Beneficiarul o califică drept economie la contract va putea fi utilizată pentru prelungirea perioadei de prestare a serviciilor. Reducerea onorariului datorat Consultantului este o sancțiune contractuală care se cumulează cu plata condiționată a restului de 30% din onorariu în raport de progresul lucrărilor care nu depinde de Consultant, ci chiar de părțile contractului de execuție de lucrări, condiție care urmărește același scop ca și sancțiunea reducerii onorariului, anume sancționarea unei presupuse întârzieri în execuția lucrărilor. Consultantul este sancționat succesiv pentru aceeași presupusă culpă.;

- Plata finală a serviciilor de supervizare a execuției lucrărilor este condiționată în mod cumulat de îndeplinirea a încă 2 condiții (emiterea și

aprobarea Certificatului de Recepție la Terminarea Lucrărilor și aprobarea de către Beneficiar a Raportului emis după Recepția la Terminare a Lucrărilor) care presupun acțiuni ale Beneficiarului, orice întârziere a acestuia în executarea propriilor obligații fiind în fapt decontată de către Consultant care va primi plata mai târziu. Conform art. 30.2 din Contractul de servicii, Consultantul este obligat să depună "Raportul la Terminarea lucrărilor" care *"se va depune la Beneficiar înaintea Recepției lucrărilor. Acesta va include o prezentare asupra serviciilor prestate prin contract și a lucrărilor executate de către Antreprenor, precum și desenele conforme cu execuția Proiectului (un exemplar original și 3 copii), care vor fi pregătite de Antreprenor și verificate de Consultant/Supervizor. În cadrul acestui raport vor fi rezumate toate activitățile derulate în cadrul activității de supervizare a execuției lucrărilor."* Prin urmare, clauza face trimitere la un raport care fie nu este prevăzut prin Contractul de servicii, fie dacă este vorba despre Raportul la Terminarea lucrărilor, impune atașarea unor desene care fac parte din Cartea tehnică a construcției și care, potrivit Sub-clauzei 19.7 [Cartea tehnică a construcției] din Condițiile Generale ale contractului de execuție de lucrări se predau înainte de Recepția la Terminare și care condiționează efectuarea Recepției la Terminare, etape anterioare emiterii Certificatului de Recepție la Terminarea Lucrărilor și Raportului la Terminarea Lucrărilor.

În plus, petenta arată ca această clauză încalcă prevederile art. 7 coroborat cu cele ale art. 6 din Legea nr. 72/2013 care stabilesc termene maxime de recepție și verificare a prestațiilor și de plată a acestora de către autoritatea contractantă.

Efectele cumulate ale modalității de plată, ale reducerii onorariilor, ale suspendării parțiale sau totale a plății și ale celorlalte sancțiuni impuse de către beneficiar prin Contractul de servicii sunt disproporționate față de scopul urmărit de către Beneficiar, executarea corespunzătoare a obligațiilor contractuale de către Consultant în cadrul Contractului de servicii.

18. Art. 32.17 din Contractul de servicii

Conform art. 32.17 din Contractul de servicii: *"în cazul în care oricare din următoarele evenimente intervine și persistă, Beneficiarul poate suspenda, total sau parțial, plățile datorate Consultantului/Supervizorului în baza Contractului de Servicii, prin intermediul unei notificări scrise adresate Consultantului/Supervizorului:*

a) Consultantul/Supervizorul nu își îndeplinește obligațiile conform prezentului Contract;

b) Orice altă împrejurare pentru care Consultantul/Supervizorul răspunde în baza Contractului de Servicii și care în mod obiectiv interferează sau amenință să interfereze cu finalizarea cu succes a Proiectului sau a Contractului de Servicii."

Clauza contractuală instituie dreptul discreționar al Beneficiarului de a suspenda parțial sau total plățile datorate Consultantului în condițiile în care neîndeplinirea obligațiilor contractuale de către Consultant este

sanționată prin diverse și numeroase alte mijloace (penalități, reduceri de onorarii, plăți condiționate de îndeplinirea unor condiții etc.)

Beneficiarul poate dispune în orice moment suspendarea plății sumelor datorate Consultantului pentru prestații deja executate și aprobate de către Beneficiar pentru neîndeplinirea oricărei obligații contractuale, indiferent de caracterul esențial sau neesențial al obligației, de gravitatea încălcării, de aplicarea sau nu în prealabil a altei sancțiuni. Beneficiarul poate în mod discreționar să suspende plățile parțial sau total, după bunul său plac, odată ce clauza nu stabilește în mod expres în ce circumstanțe intervine fiecare dintre aceste sancțiuni.

Pentru motivele arătate, contestatoarea consideră că prevederea contractuală încalcă principiul proporționalității.

19. Formularul B - GARANȚIE DE BUNĂ EXECUȚIE

Conform Formularului B - GARANȚIE DE BUNĂ EXECUȚIE, paragraful 5: *"Această garanție este supusă legilor din România și se va conforma Regulilor Uniforme privind Garanțiile la Cerere, publicate cu numărul 758 de către Camera Internațională de Comerț, cu excepția celor menționate mai sus."*

Contestatoarea arată că prevederile Formularului B citate nu respectă legislația achizițiilor publice coroborată cu legislația aplicabilă în materia instrumentelor de garantare emise de societăți de asigurări. În acest sens invocă prevederile art. 40 alin. (1) din HG nr. 395/2016, art. 1 lit. a) și art. 2 alin. (4) din Norma 32/2021 privind asigurările de garanții emisă de Autoritatea de Supraveghere Financiară.

Garanția de bună execuție care face obiectul art. 34.6-34.8 din Contractul de servicii și al Formularului B se încadrează în această categorie a asigurărilor de garanții necondiționate reglementată de Norma nr. 32/2021, dar nu reprezintă o garanție autonomă în sensul Regulilor Uniforme privind Garanțiile la Cerere, publicate cu numărul 758 de către Camera Internațională de Comerț.

În acest sens, conform art. 2 alin. (1) lit. b) din Norma nr. 32/2021, asigurările de garanții necondiționate emise de societățile de asigurări nu se încadrează în categoria garanțiilor autonome reglementate de art. 2.321 din Legea nr. 287/2009 privind Codul civil, republicată, cu modificările ulterioare.

În aceste condiții, contestatoarea solicită ca autoritatea contractantă fie pune la dispoziția ofertanților un alt model de garanție de bună execuție emisă de societăți de asigurări, fie prevede expres în Formularul B că referirea la Regulile Uniforme privind Garanțiile la Cerere, publicate cu numărul 758 de către Camera Internațională de Comerț Contractul de servicii nu este aplicabilă în cazul garanției de bună execuție constituită prin asigurare de garanție.

20. Art. 34.21 din Contractul de servicii

Art. 34.21 din Contractul de servicii prevede următoarele: "situația neîndeplinirii obligațiilor privind prelungirea / completarea / reîntregirea / amendarea Garanției de Bună Execuție în interiorul termenelor menționate

la Articolul 34.10, Articolul 34.11, Articolul 34.13, Articolul 34.17, Articolul 34.18 și Articolul 34.20, Beneficiarul/Autoritatea Contractantă este îndreptățit/ă să aplice penalități în valoare de 0,05%/zi de întârziere din valoarea Garanției de Bună Execuție, pentru fiecare zi de întârziere după expirarea termenelor menționate la Articolul 34.10, Articolul 34.11, Articolul 34.13, Articolul 34.17, Articolul 34.18 și Articolul 34.20 și până la data prelungirii/completării/reîntregirii acesteia, și/sau să rezilieze contractul în conformitate cu condițiile Articolului 38 și/sau să execute integral Garanția de Bună Execuție."

Clauza contractuală este excesivă, deoarece, în lipsa stabilirii circumstanțelor specifice în care se poate aplica fiecare sancțiune, permite Beneficiarului să aplice 3 sancțiuni pentru aceeași încălcare, respectiv să aplice cumulat sancțiuni care în fapt nu pot fi cumulate.

În acest sens, plata penalităților nu poate fi cumulată cu executarea în întregime a Garanției de Bună Execuție.

Rezilierea Contractului de servicii pentru încălcarea obligațiilor de prelungirea/completarea/reîntregirea/amendarea Garanției de Bună Execuție în termenele agreeate nu ar putea fi cumulată cu executarea integrală a Garanției de Bună Execuție în condițiile în care au fost aplicate penalități de întârziere pentru depășirea termenelor de prelungirea/completarea/reîntregirea/amendarea Garanției de Bună Execuție, deoarece prejudiciul cauzat prin aceste încălcări a fost deja predeterminat de către părți prin această clauză.

De asemenea, caracterul total disproporționat al clauzei provine și din posibilitatea Beneficiarului de a executa integral Garanția de Bună Execuție pentru încălcarea obligațiilor de prelungirea / completarea / reîntregirea / amendarea Garanției de Bună Execuție în termenele agreeate (prejudiciul creat predeterminat de către autoritatea contractantă fiind disproporționat față de prejudiciul previzibil în cazul concret), având în vedere că, potrivit art. 41 din HG nr. 395/2016, "*Autoritatea contractantă are dreptul de a emite pretenții asupra garanției de bună execuție, oricând pe parcursul îndeplinirii contractului de achiziție publică/contractului subsecvent, în limita prejudiciului creat, în cazul în care contractantul nu își îndeplinește din culpa sa obligațiile asumate prin contract*".

Or, nu numai că prelungirea/reîntregirea/amendarea pot deveni imposibile din cauze neînputabile Consultantului, exemplul evident fiind falimentul emitentului, dar prejudiciul creat prin neprelungirea valabilității garanției este diferit în funcție de momentul în care se naște obligația de prelungire.

Spre exemplu, dacă obligația de prelungire se naște după recepția la terminarea lucrărilor, prejudiciul creat nu poate viza întreaga valoare a Garanției de Bună Execuție constituită de către Consultant, căci recepția în sine confirmă execuția Lucrărilor și absența unor vicii aparente care ar determina eliberarea unui procent de 70% din valoarea Garanției de Bună Execuție constituită de către antreprenor în contractul de execuție de lucrări.

Or, realizarea recepției la terminarea lucrărilor confirmă de asemenea executarea serviciilor de către Consultant în mod corespunzător. Consultantul nu poate fi ținut să garanteze serviciile prestate în condiții mai drastice decât însuși antreprenorul. Un eventual prejudiciu creat prin prestarea în mod necorespunzător a serviciilor de către Consultant nu poate fi mai mare decât prejudiciul creat de însuși antreprenorul.

Beneficiarul corelează obligațiile Consultantului cu acelea ale antreprenorului și impune acestuia sancțiuni / rețineri / condiționări de plată a serviciilor prestate și aprobate de către Beneficiar pentru nerespectarea unor obligații de către antreprenor, dar atunci când antreprenorul are dreptul la relaxarea condițiilor garanției de bună execuție justificat de faptul realizării recepției la terminarea lucrărilor, Beneficiarul în mod nejustificat și excesiv nu aplică aceleași condiții și Consultantului.

Situația este similară și în cazul prelungirii valabilității Garanției de Bună Execuție în timpul Perioadei de Garanție.

În ceea ce privește executarea integrală a Garanției de Bună Execuție pentru nereîntregirea Garanției de Bună Execuție, această încălcare vizează o valoare precisă, iar executarea pentru întreaga valoare a Garanției este excesivă, mai ales dacă este cumulată cu plata penalităților de întârziere pentru aceeași încălcare.

Executarea integrală a Garanției de Bună Execuție pentru nereîntregirea Garanției de Bună Execuție după Recepția la Terminarea Lucrărilor și în timpul Perioadei de Garanție apare ca o măsură excesivă în condițiile în care Beneficiarul a decis eliberarea a 70% din valoarea Garanției de Bună Execuție a antreprenorului, tocmai în considerarea execuției Lucrărilor în mod corespunzător și a absenței viciilor aparente care ar determina eliberarea unui procent de 70% din valoarea Garanției de Bună Execuție constituită de către antreprenor. Parcurgerea acestor etape în contractul de execuție de lucrări confirmă prestarea serviciilor de către Consultant în mod corespunzător, astfel că Beneficiarul nu poate stabili un eventual prejudiciu mai ridicat decât acela care ar putea fi produs de către antreprenor.

Executarea integrală a Garanției de Bună Execuție în cazul amendării Garanției, fără distincție cu privire la obiectul exact al amendamentului permite Beneficiarului să execute întreaga garanție pentru amendamente de însemnătate redusă și în etape contractuale care nu justifică cauzarea unui prejudiciu în valoarea integrală a Garanției.

21. Art. 34.22 alin. (6) și (7) din Contractul de servicii

Art. 34.22 alin. (6) și (7) din Contractul de servicii prevede următoarele: "*(6) În cazul în care Garanția de bună execuție se constituie prin rețineri succesive, Consultantul/Supervizorul are obligația de a îndeplini cumulativ următoarele:*

a) de a înainta Beneficiarului/Autorității Contractante confirmarea scrisă a unității Trezoreria Statului, atât cu privire la blocarea contului

deschis în favoarea Beneficiarului/Autorității Contractante pentru Garanția de bună execuție, cât și cu privire la deblocarea acestuia numai cu acordul Beneficiarului/Autorității Contractante, cât și executarea oricărei sume existente în cont la prima cerere a Beneficiarului/Autorității Contractante, fără ca aceasta să aibă obligația de a-și motiva cererea respectivă;

b) de a înainta Beneficiarului/Autorității Contractante confirmarea scrisă a unității Trezoreria Statului cu privire la perioada de valabilitate a contului deschis conform alin. (1), perioada mai mare sau egală cu perioada de valabilitate a prezentului contract;

c) de a înainta Beneficiarului/Autorității Contractante confirmarea scrisă a unității Trezoreria Statului cu privire la imposibilitatea Consultantului/Supervizorului de a derula operațiuni, altele decât alimentarea contului prevăzut la alin. (1), fără acordul Beneficiarului/Autorității Contractante;

d) de a înainta Beneficiarului/Autorității Contractante confirmarea scrisă a unității Trezoreria Statului cu privire la însușirea obligației de transmitere, trimestrial, către Beneficiar/Autoritatea Contractantă a extraselor de cont pentru evidențierea soldului.

(7) În cazul în care Garanția de bună execuție se constituie prin rețineri succesive, Consultantul/Supervizorul are obligația de a înainta Beneficiarului/Autorității Contractante confirmările solicitate la alin. (6), din partea unității Trezoreria Statului unde a deschis contul de Garanție de bună execuție menționat la alin. (1), concomitent cu prezentarea dovezii deschiderii contului de garanție de bună execuție."

Petenta subliniază că toate obligațiile cumulative prevăzute în textele citate exced obligațiilor instituite în sarcina ofertantului prin art. 40 alin. (4) - (8) din HG nr. 395/2016. Beneficiarul ignoră și atribuțiile Trezoreriei Statului, astfel cum reies acestea din HG nr. 395/2016 și din prevederile Ordinului ministrului delegat pentru buget nr. 1338/2014 privind stabilirea nivelului comisioanelor percepute de Trezoreria Statului pentru serviciile prestate clienților, care instituie un cont special pentru garanții de bună execuție prin art. 1 lit. c), respectiv contul 53.01 «Disponibil din sume reprezentând garanție de bună execuție», pentru care, potrivit art. 2 din Ordin, percepe comisioane și eliberează extrase de cont pentru fiecare titular de cont contra unui comision lunar de 5,00 lei.

Niciuna dintre prevederile legale aplicabile nu prevăd obligația Trezoreriei Statului de a emite confirmările scrise pe care Beneficiarul impune Consultantului să le prezinte.

Prin urmare, Beneficiarul pune în sarcina Consultantului obligația de a obține niște documente din partea unui terț a cărui activitate este reglementată prin legi care nu menționează emiterea documentelor respective și, în plus, obligă Consultantul să convingă/oblige Trezoreria Statului să emită extrase de cont trimestrial și nu către titularul contului care este Consultantul, ci către Beneficiar.

Contestatoarea susține, nu numai că această clauză suplimentează în mod nejustificat obligațiile Consultantului, dar îl expune imposibilității

de a obține documentele solicitate și, în consecință, de a constitui Garanția de Bună Execuție și evident sancțiunilor contractuale.

Astfel, apreciază că această clauză contractuală încalcă reglementările specifice privind activitatea Trezoreriei Statului și este excesivă în contextul în care, neexistând probleme în practică în privința constituirii și executării Garanției de Bună Execuție prin rețineri succesive într-un cont deschis la Trezorerie, este stabilită o nouă obligație pur birocratică în sarcina Consultantului.

22. Art. 37.3, 37.4 și 37.5 din Contractul de servicii

Conform art. 37.3, 37.4 și 37.5 din Contractul de servicii:

"37.3 Beneficiarul are dreptul în mod unilateral de a suspenda executarea Contractului de servicii, fără ca Consultantul/Supervizorul să fie îndreptățit a solicita orice costuri suplimentare și/sau daune aferente suspendării sau care derivă/rezultă ca urmare a suspendării, Beneficiarul plătiind serviciile prestate și aprobate anterior suspendării.

37.4 Pentru perioada suspendării Contractului de Servicii, Autoritatea Contractantă nu are obligația de a efectua nicio plată către Consultant/Supervizor, cu excepția plăților aferente serviciilor prestate și aprobate anterior suspendării.

37.5 În cazul în care, din diferite motive:

a) contractul de lucrări se va suspenda, contractul de supervizare se suspendă până la reglementarea situației contractului de lucrări;

b) contractul de lucrări va fi reziliat, Consultantul/Supervizorul are obligația de a realiza toate activitățile și de a elabora toate documentele solicitate de către Autoritatea contractantă ca urmare a rezilierii contractului de lucrări și, totodată, Consultantul/Supervizorul are obligația de a emite Certificatul Final de Plată la Reziliere, în termenul notificat de către Autoritatea Contractanta. După îndeplinirea acestor obligații, Autoritatea Contractantă poate suspenda Contractul de Servicii fără ca Consultantul/Supervizorul să fie îndreptățit a solicita orice fel de costuri suplimentare/daune aferente suspendării".

Clauza produce efecte imprevizibile și are caracter disproporționat.

Clauza permite Beneficiarului în mod discreționar să suspende executarea Contractului de servicii în orice situație fără a motiva decizia luată și fără a acoperi prejudiciul cauzat Consultantului. Dreptul Beneficiarului de a suspenda executarea Contractului de servicii nu este limitat nici sub aspectul numărului de astfel de decizii unilaterale, nici sub aspectul duratei acestora.

Consultantul este pus în situația de a nu putea anticipa modul în care se va derula Contractul de servicii în lipsa stabilirii situațiilor în care Beneficiarul poate suspenda executarea contractului oricând, de câte ori dorește, pe orice perioadă de timp, pentru orice motiv, asumând alocarea unor resurse și cheltuieli pe care nu le poate recupera, deși suspendarea nu este cauzată de acțiunile sau inacțiunile sale, ci de decizia unilaterală a Beneficiarului și de situația contractului de lucrări la care nu este parte.

În susținere, petenta invocă Decizia civilă nr. 1952/07.10.2021 pronunțată de Curtea de Apel București - Secția a IX-a Contencios administrativ și fiscal în dosarul nr. 5089/2/2021.

23. Art. 38.18 din Contractul de servicii

Conform art. 38.18 din Contractul de servicii: *„Fără a prejudicia niciun alt drept al său potrivit Contractului, autoritatea contractantă este îndreptățită să execute întreaga valoare a garanției de bună execuție.”*

Prevederea contractuală este considerată de contestatoare ca fiind nelegală, deoarece permite Beneficiarului să execute integral Garanția de Bună Execuție fără a preciza expres limitele prevăzute de lege, și anume în limita prejudiciului creat și fără a justifica modul de calcul al acestuia. În acest sens, aceasta invocă prevederile art. 41 din HG nr. 395/2016.

În lipsa precizării limitelor în care Beneficiarul are dreptul de a executa Garanția de Bună Execuție, clauza permite o serie de interpretări care îi dă posibilitatea Beneficiarului să execute integral Garanția de Bună Execuție în condițiile în care prejudiciul creat nu are valoarea respectivă.

Prin urmare, consider că această clauză încalcă principiul transparenței și al proporționalității.

24. Art. 40.2 din Contractul de servicii

Conform art. 40.2 din Contractul de servicii: *„În cazurile prevăzute la Articolul 40.1, Consultantul/Supervizorul are dreptul de a pretinde numai plata corespunzătoare pentru partea din contract îndeplinită până la data denunțării unilaterale a contractului, fără a putea solicita daune interese”.*

Contestatoarea susține că această clauză este disproporționată, deoarece denunțarea unilaterală este o decizie care aparține exclusiv Beneficiarului determinată de evenimente care stau sub controlul sau constituie riscuri ale Beneficiarului, pentru care Consultantul nu poate fi pus în situația de a răspunde.

Or, deși Consultantul nu poate controla evenimentele care pot determina Beneficiarul să denunțe unilateral Contractul de servicii, acesta este partea care suportă costurile deciziei Beneficiarului, odată ce i se impune să renunțe la plata daunelor interese pentru acoperirea unui prejudiciu previzibil la data încheierii contractului.

Autoritatea contractantă a transmis punctul său de vedere nr. 66594/16.08.2022, înregistrat la Consiliu cu nr. 40503/16.08.2022, prin care solicită respingerea contestației, ca fiind nefondată și neîntemeiată.

I. Față de afirmația contestatoarei de la pct. 1.2 din contestație conform căreia este *„interesată în a participa la procedură în vederea atribuirii contractului de supervizare”*, coroborată cu afirmația de la pct. 3 din aceeași contestație, potrivit căreia *„modalitatea de plată, sancțiunile aplicabile pentru nerespectarea unor obligații contractuale, reducerile de onorarii, dreptul Beneficiarului de a suspenda unilateral executarea Contractului de servicii, instituirea unor riscuri neafiate în controlul Consultantului în responsabilitatea acestuia, limitarea răspunderii Beneficiarului pentru prejudiciile cauzate Consultantului prin acțiuni și/sau*

inacțiuni proprii acestuia sau aflate în controlul și/sau responsabilitatea Beneficiarului etc.", autoritatea contractantă învederează că, deși pe de o parte contestatoarea susține că are interes în a depune ofertă, pe de altă parte solicita modificarea unui număr foarte mare de clauze esențiale în derularea unui contract de achiziție publică, expunând astfel autoritatea la imposibilitatea respectării interesului public în favoarea operatorului economic. Astfel, autoritatea contractantă are obligația elaborării unui model de contract care să servească interesului public.

Contractul în cauză este unul administrativ în lumina definiției contractului de achiziție publică și a Legii contenciosului administrativ nr. 554/2004. Astfel, regimul juridic al contractului în discuție este unul special, preponderent de drept public. Prerogativele de drept public la îndemana autorității contractante constau în faptul că se încheie contractul pentru realizarea unor sarcini ale interesului public, ceea ce pune autoritatea contractantă într-o poziție privilegiată cu posibilitatea de a impune unele clauze în contract și de a controla modul de executare.

În consecință, contractul de achiziție publică presupune anumite rigori pe care trebuie să le accepte cei care doresc să se implice într-o relație contractuală cu statul sau entitățile publice ale sale. Legea contenciosului administrativ nr. 554/2004 instituie regula conform căreia principiul libertății contractuale este subordonat principiului priorității interesului public.

Totodată, potrivit doctrinei în materie, libertatea contractuală a persoanelor publice prezintă particularități în raport cu libertatea contractuală a persoanelor private. În acest sens, autoritatea contractantă arată că principala caracteristică a contractelor administrative (contractul de achiziție publică fiind asimilat, potrivit legii, actului administrativ) este tocmai inegalitatea de poziție în care se găsesc părțile contractante: administrația, în calitate de purtătoare a prerogativelor de putere publică și, în consecință superioară particularului, poate stabili unele clauze contractuale și impune sancțiuni. Acest aspect rezultă din faptul că aceste contracte încheiate de administrația publică au anumite caracteristici speciale impuse de interesul public care stă la fundamentul încheierii și executării acestora, fiind considerate contracte publice.

Prin inserarea unor astfel de prevederi în cadrul Contractului de servicii (penalități, suspendarea contractului, denunțarea unilaterală, reziliere), în forma evidențiată de contestatoare, autoritatea contractantă dorește să se asigure de faptul că operatorii economici înțeleg faptul că obiectul contractului este unul de interes public general, iar autoritatea contractantă are obligația de a se asigura că, în îndeplinirea contractului, operatorul economic desemnat câștigător, va face toate demersurile, sub toate aspectele, în vederea realizării cu celeritate a obiectivului de interes național.

Prin urmare, aceasta apreciază că autoarea contestației nu dorește să participe la procedura în cauză, ci dorește întârzierea procedurii, prin introducerea acestei contestații nefundamentate, în urma căreia modelul

de contract să fie schimbat fundamental, devenind un contract în interesul contestatoarei.

II. De asemenea, autoritatea contractantă arată că petenta invocă diferite argumente neîntemeiate pentru a combate autoritatea contractantă, chiar și în ceea ce privește definițiile înscrise în contractul de servicii.

Ca o observație generală, comuna tuturor articolelor contestate, observă că, în tot cuprinsul contestației, contestatoarea nu înscrie propuneri concrete de clauze contractuale, ci doar combate aceste clauze, prin utilizarea unor justificări evazive, cum ar fi: "definiția este extrem de generală". Tot în acest context, față de afirmația contestatoarei conform căreia a „identificat clauze și prevederi ale caietului de sarcini care încalcă principiile nediscriminării, tratamentului egal și asumării răspunderii", autoritatea susține netemeinicia acestei afirmații, întrucât, prin publicarea modelului de contract în SEAP, parte din documentația de atribuire, asigură tocmai respectarea principiilor pe care contestatoarea susține că le încalcă.

III. Față de afirmația contestatoarei de la pct 3.1 din contestație, care are în vedere art. 2.1 din contractul de servicii, care reglementează definițiile, autoritatea contractantă precizează următoarele:

Definiția „Denunțării unilaterale" este înscrisă în contract, în conformitate cu prevederile Codului Civil, iar autoritatea contractantă o poate aplica corespunzător prevederilor art. 40.1 din contractul de servicii.

În ceea ce privește definiția „Ordinul de mobilizare/demobilizare a personalului în vederea corelării cu prevederile art. 10.54, autoritatea contractantă adoptă următoarea măsură de remediere nr. 1, respectiv modificarea următoarelor definiții în cadrul art. 2.1 după cum urmează: „Ordin de mobilizare/demobilizare a personalului: reprezintă documentul emis de Beneficiar prin care se solicită de către acesta mobilizarea/demobilizarea personalului Consultantului/Supervizorului oricând pe parcursul derulării contractului de servicii în funcție de necesitățile Beneficiarului, în funcție de situația existentă la un moment dat a prezentului Contract de Servicii sau a Contractului de Execuție Autostrada Buzău-Focșani Tronson 2 km 4+600 - km 35+400 Vadu Pașii - Râmnicu Sărat sau în funcție de progresul fizic/stadiul fizic al Lucrărilor."

Definiția „Ordinul Administrativ/Dispoziție Administrativă" este în concordanță cu prevederile art. 10.36 din contractul de servicii, articol contractual care prevede explicit că Supervizorul poate să aducă la cunoștința Autorității contractante dacă acesta a fost emis cu depășirea competențelor Beneficiarului sau nu corespunde scopului contractului. În situația în care această prevedere contractuală nu s-ar regăsi în cadrul contractului de servicii, autoritatea contractantă nu ar mai deține nicio pârgă de control dacă Supervizorul nu se va supune cerințelor autorității contractante în calitate de Beneficiar al proiectului și ar rămâne la latitudinea Supervizorului ce va aplica, când va aplica sau în ce condiții va aplica Ordinul Administrativ/Dispoziția Administrativă.

IV. Față de afirmația de la pct 3.2 din contestație, care are în vedere art. 7.17 din contractul de servicii, referitor la angajarea ca subcontractant a unui ofertant necâștigător (în cadrul aceleiași proceduri de achiziție publică), autoritatea contractantă precizează că a înscris aceste observații în conformitate cu prevederile OUG nr. 66/2011 privind prevenirea, constatarea și sancționarea neregulilor apărute în obținerea și utilizarea fondurilor europene și/sau a fondurilor publice naționale aferente acestora, cu modificările și completările ulterioare, precum și HG nr. 875/2011 pentru aprobarea Normelor metodologice de aplicare a prevederilor Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 66/2011 privind prevenirea, constatarea și sancționarea neregulilor apărute în obținerea și utilizarea fondurilor europene și/sau a fondurilor publice naționale aferente acestora, cu modificările și completările ulterioare.

Prevederile punctului 1 și 2 din cadrul art. 33 Practici de cooperare secretă din HG nr. 875/2011 menționează următoarele:

"1. Depunerea de oferte de curtoazie

Ofertele de curtoazie, cunoscute și ca "oferte fantomă", au scopul de a asigura aparența unei licitații concurențiale, fără a se urmări câștigarea acesteia.

Mai mulți ofertanți care cooperează convin să depună oferte la prețuri excesive sau conținând condiții inacceptabile, pentru a favoriza selectarea unui contractant preferat la un preț majorat artificial (în aceste situații ar trebui să se verifice atent valoarea estimată a contractului). Câștigătorul împarte o cotă din profituri cu ofertanții respinși, îi angajează ca subcontractanți sau le permite să câștige alte contracte la prețuri avantajoase. Ofertele de curtoazie pot fi depuse inclusiv de societăți-paravan sau firme afiliate."

"2. Indicatori de fraudă:

[...]

ofertanții respinși sunt angajați ca subcontractanți; [...]

în oferta contractantului sunt incluși subcontractanți aflați în competiție pentru contractul principal;

contractanții calificați se abțin de la depunerea unei oferte și devin subcontractanți, sau ofertantul cu cel mai scăzut preț se retrage și devine subcontractant; [...]"

Din prevederile actului normativ mai sus citate, se observă că angajarea ulterioară ca subcontractant a unui ofertant respins constituie indicator de fraudă, în conformitate cu prevederile OUG nr. 66/2011 și HG nr. 875/2011.

La elaborea art. 7.17 din contractul de servicii pus la dispoziția operatorilor economici interesați de participare la procedură, autoritatea contractantă a avut în vedere și prevederile legale în materia achizițiilor publice, și anume prevederile art. 47 lit. (b) din HG nr. 395/2016 și ale Secțiunii a 4-a Reguli de evitare a conflictului de interese din Legea nr. 98/2016, cu modificările și completările ulterioare, respectiv ale art. 58.

V. Față de afirmația contestatoarei de la pct 3.3, care are în vedere art. 10.28 din contractul de servicii privind emiterea de Ordine Administrative de suspendare, respectiv reluarea execuției lucrărilor, învederează că aceasta nu este nicidecum neclară, vizând efectiv activitatea Consultantului de a superviza lucrărilor și de a își exercita prerogativele, astfel încât lucrările să fie executate în conformitate cu documentația de atribuire. În cazul în care observă că în cadrul contractului de lucrări este necesară suspendarea acestuia, Supervizorul (ca reprezentant al intereselor Beneficiarului pe șantier) este autoritatea în măsura să suspende execuția lucrărilor.

Având în vedere calitatea Supervizorului (de reprezentant al intereselor Beneficiarului pe șantier), circumstanțele care conduc la emiterea Ordinului Administrativ de suspendare a execuției lucrărilor sau a unei părți din lucrări, de către Consultant, sunt stabilite de către acesta în baza prevederilor Clauzei 38 - Suspendare din Condițiile Generale de Contract și ținând cont de experiența acestuia în derularea contractelor cu obiect similar.

Autoritatea contractantă adoptă Măsura de remediere nr. 2, respectiv modificarea prevederilor art. 10.28, după cum urmează:

„10.28 Consultantul/Supervizorul are obligația de a emite Ordine Administrative de suspendare a execuției lucrărilor sau a unei părți din lucrări atunci când situația o impune. Consultantul/Supervizorul va emite și Ordinul Administrativ de reluare a execuției lucrărilor atunci când cauza suspendării a dispărut sau a fost remediată în mod rezonabil.”

VI. Față de afirmația contestatoarei de la pct 3.4 din contestație, care are în vedere art. 10.36 din contractul de servicii, cu privire la emiterea de către Beneficiar a Ordinelor Administrative/Ordinelor de Modificare/ Ordinelor de mobilizare/demobilizare/Dispozițiilor administrative și solicitărilor emise de Beneficiar/Managerului de Proiect, autoritatea contractantă precizează că, în conformitate cu prevederile art. 2.1 din contractul de servicii, unde este reglementată definiția Ordinului Administrativ, aceste ordine sunt emise în legătură cu *„prestarea Serviciilor din cadrul contractului sau pentru a clarifica, completa, interpreta termenii și condițiile Contractului, și/sau aproba/avizează anumite activități desfășurate în cadrul Contractului de Servicii”*.

Autoritatea contractantă arată că nu are cadrul legal și contractual de a emite *„Ordine ce încalcă atât prevederile Contractului de servicii și ale Contractului de lucrări”* cu atât mai puțin *„de a forța Consultantul să încalce și el prevederile legale [...]”*

VII. Față de afirmația contestatoarei de la pct 3.5, care are în vedere art. 10.37 și art. 15.7 din contractul de servicii, cu privire la emiterea clarificărilor sau a dispozițiilor necesare documentelor care fac parte din contractul de lucrări care face obiectul supervizării, conform căreia prevederile celor două articole se contrazic și astfel *„Consultantul este pus în situația de a nu cunoaște exact ce comportament să adopte pentru a respecta prevederile contractuale”*, autoritatea contractantă apreciază că

prevederile celor două articole contractuale nu se contrazic, ci se completează.

Prevederile art. 10.37 prezintă o obligație contractuală a Consultantului, iar în cadrul art. 15.7 este indicată de autoritatea contractantă sancțiunea aplicabilă în cazul în care obligația de la art. 10.37 nu este îndeplinită de Consultant.

Autoritatea contractantă arată că, prin penalitățile prevăzute în cadrul contractului de achiziție publică, aceasta nu urmărește împovărarea consultantului, ci dorește să se asigure că obiectul contractului este îndeplinit de Consultant pe durata contractului și în conformitate cu prevederile documentației de atribuire.

Aceasta susține că art. 10.37 și art. 15.7 nu au un caracter neclar, ci se completează, iar principiul transparenței nu este încălcat câtă vreme articolele contractuale sunt înscrise în contractul de achiziție publică publicat în SEAP, prevederile acestuia fiind cunoscute de toți operatorii economici.

În opinia autorității contractante, clauzele contractuale s-ar contrazice doar în situația în care, în cadrul art. 15.7, ar fi prevăzut că se aplică sancțiuni Supervisorului chiar dacă acesta îndeplinește obligațiile contractuale prevăzute la art. 10.37, însă, nu este cazul, penalitatea se aplică atunci când Supervisorul nu își îndeplinește obligația contractuală.

VIII. Față de afirmația contestatoarei de la pct 3.6, care are în vedere art. 10.43 și art. 15.7 din contractul de servicii, cu privire la analiza, evaluarea și aprobarea/respingerea subcontractanților, autoritatea contractantă precizează că termenul de 20 de zile înscris în contract este considerat a fi unul rezonabil, de aproximativ 3 săptămâni, pentru activitatea pe care o presupune aprobarea/înlocuirea subcontractanților, activitate pe care un operator economic diligent o poate desfășura în această perioadă.

Totuși, pentru claritate și pentru corelare la nivelul modelului de contract de servicii, autoritatea contractantă adoptă măsura de remediere nr. 3, respectiv modificarea prevederilor art. 10.43, după cum urmează:

„10.43 Consultantul/ Supervisorul are obligația ca, în termen de 30 de zile de la data primirii propunerii, să analizeze, evalueze, și după caz să aprobe/respingă orice propunere transmisă de către Antreprenor cu privire la înlocuirea Subantreprenorilor propuși după semnarea Contractului de Execuție, cât și cu privire la nominalizarea altor Subantreprenori care nu au fost menționați inițial la semnarea Contractului de Execuție. În condițiile nerespectării acestei obligații, Beneficiarul va percepe penalități de 10.000 lei per subcontractant. ”

precum și

Măsura de remediere nr. 4, respectiv modificarea prevederilor art. 15.7 - Clauza 7 după cum urmează:

Obligație contractuală	Sanctiune / penalitate în caz de neîndeplinire obligație contractuală
-------------------------------	--

[...]	
Clauza 7 Subcontractare <i>Consultantul/Supervizorul are obligația de a analiza, revizui și aproba/respinge, după caz, orice propunere făcută de către Antreprenor cu privire la înlocuirea Subantreprenorilor propuși, după semnarea Contractului de lucrări, în termen de 30 de zile de la primirea propunerii.</i>	10.000 lei/ subcontractant
[...]	

IX. Față de afirmația de la pct 3.7 din contestație, care are în vedere art. 10.54, art. 19.3 și art. 15.7 din contractul de servicii, autoritatea contractantă precizează următoarele:

În ceea ce privește prevederile art. 10.54 din contractul de servicii, Programul de mobilizare a personalului, elaborat de ofertanți la momentul depunerii ofertelor, reprezintă o estimare, urmând ca Programul de mobilizare a personalului propus de consultant să fie prezentat până la data de începere a Contractului de servicii.

Din cauza unor situații diverse/neprevăzute survenite în derularea contractelor de execuție lucrări, autoritatea contractantă, prin prevederile articolului 10.54 din contractul de servicii, își rezervă dreptul demobilizării sau, după caz, mobilizării personalului consultantului, în funcție de ritmul execuției lucrărilor, ritm care nu poate fi decât estimat la momentul inițierii procedurii de atribuire, urmând a fi ajustat pe durata implementării contractului de execuție lucrări.

Autoritatea contractantă consideră necesară armonizarea celor două contracte, respectiv contractul de execuție lucrări și contractul de servicii de supervizare, pentru a asigura un management coerent, absolut necesar pentru succesul proiectului.

În ceea ce privește prevederile art. 19.3 din contractul de servicii, autoritatea contractantă arată că prevederile privind mobilizarea/demobilizarea experților reprezintă un instrument de gestionare a dinamicii personalului în cadrul Contractului de servicii, menit să răspundă nu doar necesităților Beneficiarului, ci și necesităților Consultantului/Supervizorului, funcție și de o serie de factori, printre care situația Contractului de servicii, situația Contractului de lucrări, progresul fizic/stadiul fizic al lucrărilor etc. Cel mai adesea, stadiul fizic/progresul fizic scăzut al lucrărilor nu se datorează unor plăți întârziate din partea Beneficiarului, ci unor situații apărute în implementarea contractului raportat la realitatea din teren, sens în care rolul activ al Consultantului/Supervizorului are un impact semnificativ asupra identificării soluțiilor pentru recuperarea întâzierilor și finalizării lucrărilor în durata de execuție preconizată.

Astfel, dacă necesitatea nu impune prezența unui expert/unei persoane în cadrul contractului pentru o anumită perioadă de timp sau pentru o anumită etapă de supervizare, întrucât aportul respectivului expert/respectivei persoane nu este necesar, menținerea aceluși expert/

acelei persoane mobilizat/a în cadrul Contractului de servicii ar conduce la remunerarea nejustificată a acestuia/acesteia din moment ce nu ar reprezenta contravaloarea unei munci prestate, iar autoritatea contractantă nu are dreptul de a efectua cheltuieli nejustificate din fonduri europene nerambursabile.

Autoritatea contractantă consideră că este o obligație a oricărui contractant de a asigura personalul necesar desfășurării activităților asumate prin contractul încheiat cu Beneficiarul, rămânând astfel în sarcina Prestatorului responsabilitatea de a gestiona relația contractuală cu personalul propus în cadrul contractului.

Întrucât Beneficiarul nu are o relație contractuală cu experții, ci doar cu Supervizorul, nu i se poate imputa Beneficiarului că îngrădește dreptul la muncă al experților, intrând în riscul normal al oricărui Contractant eventuala decizie a angajaților/colaboratorilor săi de a demisiona sau de a înceta activitatea în cadrul Contractului. Acest risc nu poate fi transferat în mod arbitrar Beneficiarului, cu atât mai mult cu cât Ordinul de demobilizare a personalului poate interveni doar în condiții obiective justificate de necesitățile Contractului de servicii sau a Contractului de lucrări.

Astfel, având în vedere că pentru prezenta procedură se aplică criteriul de atribuire "oferta cea mai avantajoasă din punct de vedere tehnico-economic", ofertanții, când stabilesc prețul ofertei, trebuie să ia în calcul toate costurile, cheltuielile, pe care le presupune derularea contractului, precum și toate riscurile, astfel încât să poată răspunde tuturor necesităților Beneficiarului și/sau Consultantului/Supervizorului.

Autoritatea contractantă precizează că aceste clauze contractuale sunt în mod tendențios clasificate de contestatoare ca fiind excesive, întrucât prevederile contractuale trebuie să reglementeze atât mobilizarea, cât și demobilizarea personalului.

Totodată, în ceea ce privește prevederile art. 10.54, coroborat cu termenul înscris la art. 19.11 alin. (2), astfel cum acestea sunt înscrise la acest moment în contractul de servicii, autoritatea contractantă precizează că acestea sunt în conformitate cu prevederile Deciziei Consiliului nr. 1488/C5/864/863 din 12.07.2021, Deciziei nr. 524/C5/3 din 10.03.2022 și Hotărârii Curții de Apel București nr. 1952/07.10.2021, pronunțate cu privire la o altă documentație de atribuire cu același obiect, respectiv servicii de supervizare.

Mai mult decât atât, autoritatea contractantă precizează că, în mod obiectiv, nu are posibilitatea de a identifica punctual toate situațiile care pot apărea în implementarea contractului de servicii / contractului de lucrări, la momentul elaborării documentației de atribuire și a modelului de contract, pentru o perioadă viitoare de 3 - 4 ani, aceste situații fiind atât diverse sau neprevăzute, chiar imprevizibile, astfel încât să se poată stabili cu exactitate categoriile de personal sau numărul experților de care este nevoie pentru depășirea situației respective.

Față de afirmația contestatoarei conform căreia „[...] Trebuie să se țină seama că în măsura în care Supervizorul și-a îndeplinit obligațiile specifice din contractul de Supervizare, iar executantul tot nu respectă termenele contractuale, trebuie luată în calcul și culpa beneficiarului în alegerea executantului, potrivit principiului asumării răspunderii. [...]”, autoritatea contractantă precizează că nu poate fi culpa acesteia alegerea Antreprenorului, câtă vreme această selecție se realizează prin procedura de achiziție publică competitivă, respectiv licitație deschisă, iar Antreprenorul a îndeplinit toate cerințele din documentația de atribuire, iar dacă este culpa Beneficiarului în relația cu Antreprenorul, pe perioada de implementare a contractului, acesta poate depune revendicări/solicita daune conform clauzelor contractuale.

Totodată, se constată că, pe fond, contestatoare acceptă prevederile contractuale privind mobilizarea/demobilizarea personalului, mai mult decât atât afirmând și că derularea contractului de supervizare este în strânsă legătură cu derularea contractului de lucrări, aceasta dorind doar diminuarea procentului prevăzut la art. 19.11 alin. (2), de la 50% la 10%, în încercarea de a obține bani suplimentari, chiar dacă personalul nu este mobilizat sau de a își crea posibilitatea inițierii a cât mai multe litigii în situația în care personalul va fi nemobilizat, acest fapt conducând la situația obținerii unor venituri în lipsa prestării efective a serviciilor, situație pe care autoritatea contractantă nu o poate accepta, considerând că procentul de 50% este echilibrat pentru ambele părți contractante. Mai mult decât atât, autoritatea contractantă, în calitate de reprezentant al administrației publice și, implicit apărător al interesului public, nu poate plăti Supervizorul pentru serviciile pe care acesta nu le prestează.

De asemenea, autoritatea contractantă învederează că adoptă măsura de remediere nr. 5, respectiv modificarea prevederilor art. 19.3 - ultimul paragraf, după cum urmează:

"Oricând pe parcursul derulării contractului de servicii, în funcție de necesitățile Beneficiarului, și/sau de necesitățile Consultantului/Supervizorului, cât și de situația existentă la un moment dat a prezentului Contract de servicii sau a Contractului Execuție Autostrada Buzău-Focșani Tronson 2 km 4+600 - km 35+400 Vadu Pașii - Râmnicu Sărat sau în funcție de progresul fizic/stadiul fizic al Lucrărilor, Beneficiarul poate emite Ordin/Ordine de mobilizare/demobilizare prin care se va solicita fie mobilizarea personalului Consultantului/Supervizorului, fie demobilizarea acestuia în condițiile în care personalul Consultantului/Supervizorului a fost deja mobilizat", precum și măsura de remediere nr. 6, respectiv modificarea prevederilor art. 19.11 alin. (1), după cum urmează:

„19.11 (1) Experții cheie/non-cheie/alt personal demobilizați pot fi activați ulterior, în funcție atât de necesitățile Beneficiarului, cât și de situația existentă la un moment dat în prezentul Contract de Servicii sau în Contractul Execuție Autostrada Buzău-Focsani Tronson 2 km 4+600 - km 35+400 Vadu Pașii - Râmnicu Sărat sau în funcție de progresul

fizic/stadiul fizic al Lucrărilor, printr-un nou Ordin de Mobilizare emis de către Beneficiar în care va fi menționată data reactivării acestora, dată care nu poate depăși 5 zile de la data emiterii Ordinului de Mobilizare."

Astfel, autoritatea contractantă consideră că a creat mecanismele contractuale nu doar pentru mobilizarea, ci și pentru demobilizarea personalului Consultantului, tocmai pentru ca acesta să nu înregistreze costuri constante și nejustificate, având în vedere ritmul execuției lucrărilor sau ipoteza sistării lucrărilor/suspendării contractului de lucrări/rezilierii contractului de lucrări etc.

X. Față de afirmația de la pct 3.8 din contestație, care are în vedere art. 10.57 din contractul de servicii, cu privire la definirea indicatorilor de referință, autoritatea contractantă precizează că definirea indicatorilor de referință este în sarcina sa, conform prevederilor documentației de atribuire: *„Definirea punctelor de referință nr. 3, 4 și 5, va fi făcută de către Beneficiar împreună cu Supervizorul și va fi transmisă Antreprenorului [...]"*.

În acest scop, autoritatea contractantă apreciază că, în derularea contractului, sub nicio formă Supervizorul nu îi vor fi stabilite, de către aceasta, obligații suplimentare față de cele deja prevăzute prin contractul de supervizare și caietul de sarcini, respectiv documentația de atribuire.

XI. Față de afirmația de la pct 3.9 din contestație, care are în vedere art. 10.59 din contractul de servicii, cu privire la mobilizarea utilajelor antreprenorului/personalului incluse în Programul de execuție, autoritatea contractantă precizează că Supervizorul, în baza experienței pe care o deține în supervizarea lucrărilor cu obiect similar, precum și în baza cunoașterii prevederilor contractului de servicii și ale prevederilor HG nr. 1/2018, cu modificările și completările ulterioare, identifică cu ușurința toate situațiile din teren care pot genera întârzieri în execuția lucrărilor și poate identifica măsurile specifice pe care trebuie să le adopte, precum și momentul la care acestea trebuie adoptate.

Față de afirmația conform căreia *„în lipsa indicării situațiilor în care trebuie emis Ordinul de Mobilizare către Antreprenor, Beneficiarul este singura parte care, în mod discreționar, va stabili când anume a devenit necesar luarea măsurii [...]"*, autoritatea contractantă precizează că emiterea Ordinului de Mobilizare de către Supervizor este o atribuție a acestuia, pe care trebuie să și-o exercite în vederea îndeplinirii obiectului contractului de servicii de supervizare, cu diligența și în baza experienței deținute.

Totodată, cel mai adesea, stadiul fizic/progresul fizic scăzut al lucrărilor se datorează unei slabe mobilizări a Antreprenorului, sens în care rolul activ al Consultantului are un impact semnificativ asupra găsirii soluțiilor pentru recuperarea întârzierilor și finalizării lucrărilor în durata de execuție preconizată.

XII. Față de afirmația de la pct 3.10 din contestație, care are în vedere art. 15.7 din contractul de servicii, cu privire la înlocuirea Supervizorului prin suspendarea sau rezilierea contractului de servicii,

conform căreia „Clauza este neclară, deoarece, în primul rând, suspendarea Contractului de servicii nu conduce la înlocuirea Consultantului”, autoritatea contractantă precizează că operatorul economic este într-o eroare de interpretare, întrucât, în mod explicit, prevederile art. 15.7 reglementează situația înlocuirii Supervizorului, acțiune care se realizează prin suspendarea sau rezilierea contractului de servicii.

Față de obiecțiile contestatoarei privind termenul de minim 120 de zile (respectiv 4 luni), pe care aceasta îl consideră neclar determinat, autoritatea contractantă consideră că acesta este foarte clar determinat și rezonabil, Supervizorul fiind notificat anterior acestui termen.

La pct 3.10 din contestație, petenta invocă penalitatea de 5.000 lei/eveniment, aplicabilă în cazul în care Supervizorul nu dispune Antreprenorului Ordinul de mobilizare (instrucțiunea) a utilajelor acestuia. În această situație, Supervizorul i se va aplica penalitatea de 5.000 lei/eveniment, deoarece această inacțiune a Supervizorului va genera lipsa mobilizării utilajelor de către Antreprenor.

Față de afirmația contestatoarei conform căreia penalitatea de la art. 15.7 nu este corelată cu cea de la art. 10.59 din contractul de servicii, autoritatea contractantă învederează că este vorba despre 2 clauze contractuale cu prevederi diferite, în sensul că art. 10.59 are în vedere mobilizarea utilajelor și a personalului Antreprenorului, în timp ce art. 15.7 - Clauza 30 are în vedere dispunerea Ordinului de mobilizare pentru utilajele Antreprenorului.

Față de afirmația contestatoarei privind penalitățile de la Clauza 37 din cadrul art. 15.7, conform căreia „[...] termenul de 30 de zile este instituit atât pentru realizarea unor activități aflate în responsabilitatea Consultantului, cât și a unor activități aflate în responsabilitatea Beneficiarului”, autoritatea arată că aceasta este interpretată eronat, întrucât aceasta prevede că în termen de 30 de zile, Supervizorul are obligația de a evalua toate modificările, inclusiv cele rezultate din avizul CTE al CNAIR SA, în această perioadă de timp. Interpretarea clauzei contractuale este superficială și denotă superficialitate în abordarea clauzelor contractului de servicii contestat. În mod evident, clauza contractuală nu prevede că va percepe penalități Supervizorului pentru obținerea avizului CTE în 30 de zile, această perioadă fiind exclusiv la dispoziția Supervizorului pentru evaluarea tuturor modificărilor.

XIII. Față de afirmația contestatoarei de la pct 3.11, care are în vedere art. 15.11, art. 15.12 și art. 15.13 din contractul de servicii, cu privire la obligarea „Supervizorului să își asume riscul unor costuri suplimentare pentru situații care se pot afla în responsabilitatea și controlul Beneficiarului și/sau Antreprenorului”, autoritatea precizează că a identificat, în Cap. 4 „Ipoteze și Riscuri factorii de risc probabili, atât în sarcina Beneficiarului cât și în sarcina Supervizorului. Acest lucru, însă, nu înseamnă că Supervizorul va fi ținut responsabil pentru riscurile care incumbă Beneficiarului. De altfel, această idee este prevăzută, în mod

explicit, la art. 15.12 din contractul de servicii, respectiv: „15.12 *Consultantul/Supervizorul nu va avea nicio pretenție de orice natură (materială, financiară, etc.) în cazul apariției oricărui dintre riscurile prevăzute la Art. 15.13 de mai jos sau în cazul apariției riscurilor prevăzute la Capitolul 4 "Ipoteze și Riscuri" din caietul de sarcini, care sunt în responsabilitatea Consultantului/Supervizorului.*”

Același concept este prevăzut, de către Beneficiar, în cadrul contractului de servicii și la art. 15.11 conform căruia „*Consultantul/Supervizorul își va asuma riscurile stabilite în sarcina acestuia și menționate în caietul de sarcini, iar prin semnarea contractului nu va avea nicio pretenție în cazul apariției acestora*”.

XIV. Față de afirmația de la pct 3.12 din contestație, care are în vedere art. 16.9 din contractul de servicii, cu privire la emiterea și menținerea în vigoare a poliței de asigurare, autoritatea contractantă precizează că petenta dovedește superficialitate în citirea și interpretarea clauzelor contractuale, întrucât în cuprinsul art. 16.9 a specificat că asigurarea va fi egală cu prețul contractului și că va acoperi în integralitate perioada de prestare a serviciilor.

XV. Față de afirmația contestatoarei de la pct 3.13, care are în vedere art. 16.10 alin. (2) din contractul de servicii, cu privire la prelungirea poliței de asigurare, pe cheltuiala Supervizorului, autoritatea contractantă precizează că, având în vedere că se aplica criteriul de atribuire "oferta cea mai avantajoasă din punct de vedere tehnico-economic", ofertanții, când stabilesc prețul ofertei, trebuie să ia în calcul toate costurile, cheltuielile, pe care le presupune derularea contractului, precum și toate riscurile, astfel încât să poată răspunde tuturor necesităților Beneficiarului și/sau Consultantului/Supervizorului pentru îndeplinirea cu succes a obiectului contractului.

XVI. Față de afirmația contestatoarei de la pct 3.14 din contestație, care are în vedere art. 20.2 și art. 20.9 din contractul de servicii, autoritatea apreciază că petenta nu solicită nici modificarea art. 20.9, nici eliminarea acestuia, astfel încât este în imposibilitate adoptării vreunei măsuri.

Totuși, aceasta învederează că prevederile art. 20.9, precum și cele ale art. 20.2 au fost modificate de autoritatea contractantă în urma Deciziilor emise de CNSC în cadrul unor proceduri de achiziție publică cu același obiect, respectiv servicii de supervizare.

Față de afirmația contestatoarei conform căreia „[...] rezultă că, odată ce a încetat contractului individual de muncă, prin demisie, nu mai există niciun temei al desfășurării vreunei activități de către personalul respectiv în contractul de supervizare. Mai mult, nici eventuala remunerare a personalului pentru activitățile pe care le-ar presta, deși dificil de imaginat, în afara contractului individual de muncă, nu ar mai avea niciun temei”, autoritatea contractantă precizează că indicarea, în cadrul contractului de servicii, a vreunui mod de stabilire a relațiilor de muncă între contractant și experții săi, ar constitui o imixtiune în

administrarea de către contractant a resursei umane. În opinia sa, există multiple căi de colaborare care pot fi utilizate de contractant în relația de colaborare cu experții.

Astfel, în cazul în care contestatoarea este de bună credință și personalul acesteia nu va fluctua în timpul derulării acestuia, prevederile art. 20.9 alin. (3) nu se vor aplica. Totodată, se arată că reducerea prevăzută la art. 20.9 nu reprezintă o penalitate, ci o reducere a onorariului care se va constitui în economie la contract, economie ce poate fi utilizată ulterior în conformitate cu prevederile art. 24 din contractul de servicii.

Față de prevederile art. 20.9 alin. (3), autoritatea contractantă arată că includerea acestor prevederi este fundamentată pe faptul că, din experiență, s-a putut constata că, deși un expert a demisionat din cadrul unui proiect, acesta a fost introdus de către contractant pe un alt proiect, această acțiune perturbând grav îndeplinirea obiectului contractului inițial.

Într-o interpretare succintă a prevederilor art. 20.9, autoritatea contractantă precizează că s-ar putea identifica trei situații:

1. Pe de-o parte ar fi situația în care expertul își dă demisia de la contractant (în calitatea acestuia de angajator) și nu își mai desfășoară activitatea pe proiect, deși se pot identifica pârghii legale prin care acesta să poată presta, în continuare, activitatea în cadrul contractului (spre exemplu: contract de colaborare, PFA etc), situație în care nu se aplică reducerea de 10%,

2. pe de altă parte ar fi situația în care expertul își dă demisia de la contractant (în calitatea acestuia de angajator) și continuă să își desfășoare activitatea pe proiect, în baza pârghiilor legale anterior invocate cu titlu de exemplu), situație în care nu se aplică reducerea de 10% și, în final,

3. cea de a treia situație reprezentată de cazul în care expertul își dă demisia din cadrul proiectului, rămânând angajat al contractantului, fiind ulterior implicat în alt proiect (indiferent de poziția ocupată) care se derulează între același contractant și CNAIR SA, situație în care se aplică reducerea de 10%.

XVII. Față de afirmația contestatoarei de la pct 3.15 din contestație, care are în vedere art. 20.13 alin. (2) din contractul de servicii, cu privire la înlocuirea personalului, autoritatea contractantă susține că dorește să împiedice riscul privind fluctuația personalului contractantului din acest proiect, precum și de faptul că acesta acționează ca un angajator de bună credință, cu o politică constructivă de gestionare a resursei umane, orientată pe atingerea obiectivului proiectului și nu o politică care să încurajeze demisia sau încetarea activității în cadrul contractului de servicii.

XVIII. Față de afirmația de la pct 3.16 din contestație, care are în vedere art. 25.1 din contractul de servicii, cu privire la prestarea activităților în ore suplimentare, care pot alcătui un schimb prelungit, autoritatea contractantă precizează că argumentația constituie o ipoteza.

Chiar în situația în care ar fi necesar ca Supervizorul să își desfășoare activitatea într-un singur schimb prelungit, această situație nu ar avea un caracter permanent, care să implice costuri suplimentare pentru Supervizor. Mai mult decât atât, pentru anumiți experți (Coordonator Contract, Coordonator Adjunct de Contract, Inginer Constructor - Responsabil Drum, etc.), numărul de 792 de ore alocat pentru durata de execuție de 36 de luni (reprezentând 26 luni execuție +10 luni) este fundamentat având la baza un număr de 22 de zile lucrătoare / lună. În acest sens, autoritatea contractantă a avut în vedere că nu în toate cele 36 de luni sunt 22 de zile lucrătoare/lună, diferența constituindu-se compensare pentru perioadele în care este necesar să se presteze serviciile în schimb prelungit.

XIX. Față de afirmația contestatoarei de la pct 3.17, care are în vedere art. 32.3 din contractul de servicii, cu privire la efectuarea plăților, autoritatea contractantă susține că, din prevederile caietului de sarcini referitoare la activitățile și sarcinile pe care Consultantul/Supervizorul trebuie să le realizeze, precum și din obiectul și scopul contractului de servicii, condiționarea deblocării diferenței de 30% (rămasă neplatită conform fișelor de pontaj deja aprobate pentru lunile aferente etapei de proiectare) de Stadiul/Progresul fizic al execuției lucrărilor pentru întregul contract nu este abuzivă și nu este de natură să creeze un dezechilibru major în raportul contractual, ci dimpotrivă este corectă și aplicată la situația reală.

Această modalitate de plată nu creează premisele îmbogățirii fără justă cauză a Beneficiarului, din moment ce sumele datorate pentru activitatea de supervizare sunt plătite Consultantului/Supervizorului în integralitate până la finalizarea respectivei activități.

De asemenea, se arată că onorariul (lei, fără TVA) pe zi/expert, indicat în Anexa 1 la Formularul nr. 7, compus din Salariu brut/zi (inclusiv cheltuieli angajat și angajator) + alte cheltuieli/zi, în funcție de numărul de zile alocat fiecărui expert, este o componentă care conduce la construirea prețului contractului, neexistând vreo condiționare, din punct de vedere legislativ, între modalitatea de formare a prețului și modalitatea de plată a prețului contractului, atâta timp cât, în final, în funcție de prestația Supervizorului și cu respectarea prevederilor contractuale, Beneficiarul plătește Supervizorului contravaloarea serviciilor prestate.

Totodată, menționează că, potrivit caietului de sarcini, Consultantul are obligația de a monitoriza ritmul lucrărilor și să propună măsuri de recuperare a întârzierilor pentru încadrarea Antreprenorului în programul de lucru aprobat.

Astfel, un consultant diligent va monitoriza adecvat ritmul execuției lucrărilor, va propune măsurile necesare pentru recuperarea întârzierilor și încadrarea în programul de lucru aprobat și se va asigura că Antreprenorul implementează astfel încât și stadiile fizice să fie îndeplinite la termen. Procentele de 70% și 30% au fost stabilite de autoritatea contractantă pentru a exista un echilibru între activitatea reală prestată

de Consultant și situația reală din șantier la un anumit moment (raportat la stadiul de realizare propriu-zis al construcției), având la bază dezideratul că Supervizorul să primească o plată corespunzătoare și corectă indiferent de stadiul execuției lucrărilor, iar diferența ce urmează a fi plătită la îndeplinirea unui prag al progresului fizic să îi asigure Beneficiarului tot confortul că Supervizorul își va duce la bun sfârșit activitățile contractuale în scopul realizării efective a construcției autostrăzii, astfel încât această execuție să fie corespunzătoare din toate punctele de vedere.

Modalitatea de plată prin raportare și la progresul fizic al lucrărilor, oferă autorității contractante garanții suplimentare și asigură pe de o parte, o bună implementare a contractului de supervizare și pe de cealaltă parte, prevenirea aplicării de corecții financiare, cum a fost cazul altor contracte care prevedeau modalități de plată exclusiv pe baza de pontaj și/sau situații de plată lunare.

Aceste modalități de plată au generat în trecut depășirea valorii contractuale, fără a fi atins rezultatul scontat, respectiv supervizarea în integralitate a realizării execuției lucrărilor, spre deosebire de contractele licitate și atribuite în ultima perioadă care prevăd modalitatea de plată și prin raportare la progresul fizic al lucrărilor, care sunt derulate în condiții optime, fără a fi înregistrate blocaje/întârzieri semnificative atât în implementarea contractului de supervizare, cât și în derularea contractului de execuție a lucrărilor.

Mai mult, autoritatea arată că această modalitate de plată a fost menținută de Curtea de Apel București prin Decizia 1952 din 07.10.2021 pronunțată în dosarul nr. 5089/2/2021.

XX. Față de afirmația contestatoarei de la pct 3.18, care are în vedere art. 32.17 din contractul de servicii, cu privire la posibilitatea suspendării plăților, autoritatea contractantă precizează că această clauză nu este absolut discreționară, întrucât litera b) din cadrul art. 32.17 prevede că suspendarea plăților poate interveni în împrejurări pentru care Supervizorul răspunde în baza contractului de servicii și care în mod obiectiv interferează sau amenință să interfereze cu finalizarea contractului de servicii și implicit a proiectului.

Astfel, articolul contractual vizează posibila suspendare a plăților exclusiv în situația în care Consultantul nu își îndeplinește obligațiile contractuale astfel încât să fie afectată finalizarea obiectului contractului. În alt caz, autoritatea nu va proceda la suspendare plăților, acesta fiind un mecanism contractual, adus la cunoștința tuturor operatorilor economici interesați să participe la procedura de atribuire a acestui contract, și aplicabil doar în puține și determinate situații, prevăzute de clauzele contractuale.

XXI. Față de afirmația contestatoarei de la pct 3.19, care are în vedere Formularul B - Garanția de Bună Execuție și prevederile art. 34.6 - 34.8 din contractul de servicii, autoritatea susține că sunt respectate prevederile în materia achizițiilor publice în vigoare.

În conformitate cu Regulile Uniforme privind Garanțiile la Cererere publicate cu nr. 758 de Camera Internațională de Comerț Articolul 1. lit. a) *"Regulile Uniforme pentru Garanții la Cerere ("UDRG") se aplică oricărei garanții la cerere sau contragarantii care indică în mod expres că se supun acestora. [...]"*.

În conformitate cu Regulile Uniforme privind Garanțiile la Cererere publicate cu nr. 758 de Camera Internațională de Comerț Articolul 2 - Definiții *"Garanție la cerere sau garanție înseamnă orice angajament semnat oricum ar fi numit sau descris acesta care asigură plata la prezentarea unei cereri de plata conforme"*.

În argumentarea criticilor sale, contestatoarea a citat prevederile Normei 32/2021, reiterând faptul că garanțiile necondiționate emise de către societățile de asigurări *"nu se încadrează în categoria garanțiilor autonome reglementate de art. 2.321 din Legea nr. 287/2009 privind Codul civil, republicata, cu modificările ulterioare."*

Deși Articolul 1 lit a) *"Regulile Uniforme pentru Garanții la Cerere ("UDRG") se aplică oricărei garanții la cerere sau contragarantii care indică în mod expres că se supun acestora. [...]"*, consideră total eronată afirmația cum că Publicația se referă la garanțiile autonome, contestatoarea făcând o confuzie între garanțiile autonome și garanțiile la cerere.

Mai mult, autoritatea contractantă învederează Consiliului că a purtat o corespondență legată de acest subiect cu Autoritatea de Supraveghere Financiară, aceasta comunicând, prin adresa nr. SA-DG/5466.1/06.06.2022, următoarele:

"Scopul normei nr. 32/2021 se circumscrie astfel obiectivului general al ASF în domeniul asigurărilor, prevăzut la art. 5 lit. b) din OUG nr. 93/2012, respectiv promovarea stabilității activității de asigurare și apărarea drepturilor asiguraților, și are în vedere obligația legală a societăților, în calitate de distribuitori de asigurări, de a avea o conduită corectă în raport cu clienții, conform prevederilor art. 12 alin. (1) și alin. (2) din Legea nr. 236/2018. Prin urmare, scopul și obiectul de reglementare al normei nu vizează condițiile de asigurare generale sau specifice ale asigurărilor de garanții, întrucât aceste tipuri de asigurări sunt facultative conform prevederilor C.Civ., iar o atare abordare ar contraveni dispozițiilor art. 21 și 181 din Directiva 2009/138/CE (Solvabilitate II) care nu permit statelor membre să impună aprobarea prealabilă sau notificări sistematice cu privire la condițiile de asigurare generale și speciale, nivelul primelor, bazelor tehnice folosite în special la calcularea nivelului primelor și rezervelor tehnice sau la formulare și alte documente tipărite pe care un asigurător intenționează să le folosească în interacțiunile sale cu deținătorii polițelor de asigurare."

XXII. Față de afirmația contestatoarei de la pct 3.20, care are în vedere art. 34.21 din contractul de servicii, cu privire la garanția de bună execuție, autoritatea contractantă consideră că parcurgerea clauzelor contractuale s-a făcut superficial și fără interes, întrucât art. 34.21

prevede sancțiuni pe care autoritatea le poate aplica, dar acestea nu sunt prevăzute în mod cumulativ.

XXIII. Față de critica contestatoarei de la pct 3.21, care are în vedere art. 34.22 alin. (6) și (7) din contractul de servicii, cu privire la constituirea garanției de bună execuție prin rețineri succesive, autoritatea contractantă precizează că aceasta solicită doar transmiterea unei dovezi cu privire la constituirea garanției de bună execuție prin rețineri succesive. Prin includerea în contract a prevederilor celor două alineate, autoritatea arată că dorește să se asigure că sunt respectate prevederile art. 39 alin. (1) din HG nr. 395/2016, cu modificările și completările ulterioare, respectiv, de a se asigura că garanția de bună execuție s-a constituit de Supervisor în scopul asigurării Beneficiarului de îndeplinirea cantitativă, calitativă și în perioada convenită a contractului. În lipsa transmiterii, de către Trezoreria Statului, a acestor confirmări solicitate la alin. (6) și (7) din contractul de servicii, se creează premisele nerespectării de către Supervisor a art. 39 alin. (1) din HG nr. 395/2016, cu modificările și completările ulterioare, Supervisorul nefiind îngrădit să dizolve contul de disponibil care conține garanția de bună execuție.

XXIV. Față de critica contestatoarei de la pct 3.22, care are în vedere art. 37.3, 37.4 și 37.5 din contractul de servicii, cu privire la posibilitatea suspendării contractului de achiziție publică, autoritatea contractantă precizează că articolele contractuale prevăd că, în ipoteza suspendării executării contractului de servicii, Beneficiarul va plăti Supervisorului serviciile prestate și aprobate anterior suspendării, astfel încât Supervisorul nu va fi prejudiciat în dreptul său.

În ceea ce privește perioada suspendării serviciilor, în conformitate cu principiul eficienței utilizării fondurilor publice, autoritatea contractantă nu poate efectua nicio plată, deoarece Supervisorul nu prestează niciun serviciu.

De asemenea, în cadrul art. 37.5, autoritatea contractantă a prevăzut două situații în care poate interveni suspendarea contractului de servicii.

XXV. Față de critica contestatoarei de la pct 3.23, care are în vedere art. 38.18 din contractul de servicii, cu privire la executarea întregii valori a garanției de bună execuție, autoritatea contractantă precizează că în cadrul art. 34 din contractul de servicii care reglementează garanția de bună execuție, atât în ceea ce privește modalitatea de constituire, cuantumul și executarea acesteia, se prevede că „[...] are dreptul de a emite pretenții asupra garanției de bună execuție, oricând pe parcursul derulării contractului, în limita prejudiciului creat Beneficiarului [...]”. De asemenea, având în vedere că acest contract de achiziție publică se va încheia, după atribuire, în baza HG nr. 395/2016, implică aplicarea prevederilor art. 41 din acest act normativ conform căruia reținerea garanției de bună execuție se realizează în limita prejudiciului creat.

XXVI. Față de critica de la pct 3.24 din contestație, care are în vedere art. 34.24 din contractul de servicii, cu privire la plata convenită în situația

denunțării unilaterale a contractului, autoritatea contractantă precizează că prevederile acestei clauze contractuale nu prejudiciază Supervizorul, întrucât acesta va fi remunerat pentru serviciile prestate și aprobate de autoritatea contractantă, anterior suspendării contractului.

Prin inserarea unor astfel de prevederi în cadrul contractului de servicii (penalități, suspendarea contractului, denunțarea unilaterală, reziliere), în forma evidențiată de contestatoare, autoritatea contractantă dorește să se asigure că operatorii economici înțeleg că obiectul contractului este unul de interes public general, iar autoritatea are obligația de a se asigura că, în îndeplinirea contractului, operatorul economic desemnat câștigător, va face toate demersurile, sub toate aspectele, în vederea realizării cu celeritate a obiectivului de interes național.

În concluzie, autoritatea contractantă arată că, prin stabilirea unor procente de plată sau sancțiuni, dorește să se asigure că există o corelare între activitatea reală prestată de Supervizor și situația reală din șantier la un anumit moment, având la bază dezideratul că Supervizorul să primească o plată corespunzătoare și corectă, indiferent de stadiul execuției lucrărilor, iar diferența ce urmează a fi plătită la îndeplinirea unui prag al progresului fizic să îi asigure Beneficiarului tot confortul, în calitate de apărător al interesului public, că Supervizorul își va duce la bun sfârșit activitățile contractuale în scopul realizării efective a construcției, astfel încât această execuție să fie corespunzătoare din toate punctele de vedere.

Autoritatea contractantă precizează că aceste sume nu sunt reținute Supervizorului, acestea urmând a fi restituite la atingerea pragului de progres fizic.

Totodată, aceasta arată că viitorul Supervizor a fost avertizat, în mod transparent, că pe lângă obligațiile prevăzute în mod expres în cadrul contractului, are o serie de obligații, așa cum acestea au fost prevăzute în cadrul contractului de execuție, iar izvorul juridic al îndeplinirii acestor obligații este chiar contractul de supervizare care conține și trimiterea la obligațiile din cadrul contractului de proiectare și execuție.

Suplimentar, având în vedere că penalitățile se află în strânsă legătură de culpa părților și sunt aplicate numai în situația în care Prestatorul nu își îndeplinește obligațiile în termenele și condițiile contractuale, cuantumurile acestora nu ar trebui să reprezinte o îngrijorare pentru un operator economic care urmărește îndeplinirea contractului conform principiului bunei-credințe.

Contestatoarea a transmis adresa nr. 209/25.08.2022, cu privire la apărările și măsurile de remediere formulate de CNAIR prin adresa nr. 92/66594/16.08.2022, solicitând admiterea contestației cu consecința obligării autorității contractante la adoptarea de măsuri de remediere privind conținutul contractului de supervizare, constând fie (i) în punerea acestora în acord cu dispozițiile legale în materie și cu principiile care

guvernează achizițiile publice, fie în (ii) anularea acestora, în situația în care modificarea lor nu este posibilă.

I. Referitor la măsurile de remediere adoptate de autoritatea contractantă, contestatoarea învederează următoarele:

1. Măsura de remediere nr. 1 - Art. 2.1 din Contractul de servicii. Definiția Ordinului de mobilizare/demobilizare a personalului

Petenta a arătat că definiția Ordinului de mobilizare/demobilizare a personalului cu mențiunea "sau alte asemenea" nu este corelată cu dispozițiile art. 10.54 din Contractul de servicii și că aceasta are un caracter excesiv, permițând Beneficiarului să includă în categoria "alte asemenea" orice situații pentru a justifica emiterea Ordinului de mobilizare sau demobilizare a personalului Consultantului și aplicarea sancțiunilor în cazul neaducerii acestuia la îndeplinire.

Autoritatea contractantă a recunoscut caracterul excesiv și a remediat prevederea contractuală prin eliminarea mențiunii "sau alte asemenea" din modelul de contract, dar nu vizează modificarea corespunzătoare a prevederii identice din caietul de sarcini.

Contestatoarea arată că Măsura de remediere nr. 1 este susceptibilă de a corecta aspectele sesizate din Contractul de servicii, dar, în condițiile neadoptării aceleiași măsuri și cu privire la prevederile identice din secțiunea 3 din caietul de sarcini, își menține criticile formulate în contestație în privința acestor din urmă prevederi din documentația de atribuire.

Măsura de remediere nr. 1 nu vizează definiția *Denunțării unilaterale*, pe care a criticat-o pentru neclaritatea generată de necorelarea sa cu prevederile art. 40.1 din Contractul de servicii.

Deși autoritatea contractantă putea remedia necorelarea sesizată prin simpla introducere în definiția *Denunțării unilaterale* a unei trimiteri la prevederile art. 40.1 din Contractul de servicii, aceasta s-a limitat la a afirma că în fapt intenția sa este aceea de a limita situațiile în care autoritatea contractantă poate denunța unilateral Contractul de servicii la acele ipoteze descrise în art. 40.1 din Contractul de servicii.

Întrucât susținerile din punctul de vedere al autorității contractante nu țin loc de clarificări sau remedieri în cadrul procedurii de atribuire, regimul juridic al acestora fiind reglementat expres prin Legea nr. 98/2016, iar, prin explicațiile furnizate autoritatea contractantă a confirmat necesitatea și utilitatea clarificării definiției *Denunțării unilaterale*, petenta arată că își menține criticile aduse acestei definiții și face trimitere la argumentele din contestație.

În ceea ce privește definiția Ordinului Administrativ/Dispoziției Administrative care nu este vizată de Măsura de remediere nr. 1, petenta reiterează că aceasta are un caracter extrem de general și, prin aceasta, excesiv, lăsând Beneficiarului dreptul de a interpreta, completa, modifica, clarifica în mod unilateral orice prevedere contractuală și de a impune propria voință în mod unilateral cu privire la orice aspect din executarea Contractului de servicii.

Dispozițiile pe care le poate da Beneficiarul Consultantului pot îmbrăca inclusiv forma unei solicitări și pot avea ca obiect însăși modalitatea în care Consultantul trebuie să își îndeplinească responsabilitățile în condițiile stabilite în contractul de execuție de lucrări, inclusiv acelea care implică decizii ce se bazează pe pregătirea și experiența profesională a Consultantului și care implică o evaluare obiectivă a circumstanțelor și adoptarea Deciziilor care ar trebui să fie independente de voința Antreprenorului și Beneficiarului (Clauza 38 și 69 din Condițiile Generale ale Contractului).

Or, nu se poate admite ca Beneficiarul să poată emite Ordine administrative/Dispoziții administrative/solicitări obligatorii pentru Consultant în orice domeniu, în legătură cu orice responsabilitate ce revine Consultantului, o astfel de permisiune făcând din Consultant subordonatul total Beneficiarului și nu partenerul contractual experimentat contractat pentru a asigura supravegherea execuției lucrărilor.

În același sens, reiterează că este excesiv dreptul Beneficiarului de a impune unilateral propria interpretare a termenilor și condițiilor contractuale prin Ordine administrative/Dispozițiile administrative obligatorii pentru Consultant conform art. 10.36 din Contractul de servicii, în condițiile în care interpretarea contractului (impus de către Beneficiar) se face în conformitate cu prevederile Codului civil, în acord cu voința ambelor părți ori chiar în favoarea debitorului sau în caz de dezacord de către instanța competentă.

2. Secțiunea V din Punctul de vedere al autorității contractante. Măsura de remediere nr. 2 - Art. 10.28 din Contractul de servicii

Contestatoarea învederează că a arătat în secțiunea 3.3. din Contestatie că art. 10.28 din Contractul de servicii este neclar, atât în ce privește circumstanțele în care Consultantul emite Ordinul Administrativ de suspendare, cât și în acela în care emite Ordinul administrativ de reluare a lucrărilor.

Neclaritatea clauzei este generată de modalitatea substanțial diferită în care este reglementată obligația Consultantului în Contractul de servicii și în Condițiile Generale ale Contractului de lucrări, în primul caz obligația Consultantului fiind o obligație de rezultat care atrage răspunderea acestuia în cazul neîndeplinirii (art. 15.6 din Contractul de servicii), iar, în al doilea caz, obligația Consultantului fiind o obligație de diligență care lasă Consultantului libertate de apreciere în funcție de situația concretă apărută în execuția lucrărilor, în considerarea pregătirii și experienței profesionale (Sub-clauza 38.1 [Suspendarea prin Ordin Administrativ al Supervisorului] din Condițiile Generale ale Contractului).

Aceasta a indicat ipoteza în care, exercitând dreptul de a emite Ordine Administrative/Dispoziții Administrative și solicitări în legătură cu prestarea Serviciilor sau pentru a clarifica, completa, interpreta termenii și condițiile Contractului în temeiul prevederilor art. 2.1. și art. 10.36 din Contractul de servicii, Beneficiarul solicită emiterea unui Ordin Administrativ de suspendare a lucrărilor sau de reluare a lucrărilor sau

clarifică ori completează prevederile Contractului de servicii în ce privește tocmai aceste ipoteze în care Consultantul are obligația de rezultat de a emite respectivele Ordine Administrative.

În opinia sa, prin măsura de remediere nr. 2, autoritatea contractantă nu a remediat clauza contractuală de o manieră care să răspundă criticii formulate, ci a completat prevederea contractuală în sensul că un Consultant are obligația de a emite Ordinele Administrative de suspendare a execuției lucrărilor sau a unei părți din lucrări atunci când situația o impune, fără a preciza care sunt ipotezele în care situația impune o astfel de măsură sau cine stabilește care sunt aceste ipoteze, fără a trimite la alte clauze contractuale care stabilesc ipotezele sau condițiile în care sunt luate astfel de măsuri.

Constată că prevederile art. 10.28 din modelul de Contract de servicii rămân în continuare neclare, disproporționate și produc efecte total imprevizibile, deoarece, în corelare cu prevederile art. 2.1 și 10.36 din Contractul de servicii, permit nu numai simple ingerințe ale Beneficiarului în modalitatea în care Consultantul înțelege să pună în aplicare prevederile contractuale privind emiterea Ordinilor Administrative de suspendare a lucrărilor și de reluare a lucrărilor, ci chiar impunerea sub amenințarea atragerii răspunderii Consultantului a unor interpretări ale acestei clauze cu efecte directe asupra ipotezelor în care Consultantul are obligația de a emite aceste Ordine Administrative.

În ce privește acuzațiile autorității contractante potrivit cărora *"însăși contestarea art. 10.28 poate induce o suspiciune rezonabilă a faptului că operatorul economic contestatar nu intenționează/nu înțelege să își exercite atribuțiile de supervizare a lucrărilor și de a le suspenda, atunci când devine necesar, decizie luată cu diligența, bazată pe experiența acestuia"*, contestatoarea apreciază că acestea sunt total neîntemeiate, având în vedere că nici prin Măsura de remediere nr. 2, autoritatea contractantă nu a reușit să clarifice modalitatea în care funcționează și trebuie pusă în aplicare această clauză contractuală în corelare cu art. 2.1 și 10.36 din Contractul de servicii.

3. Secțiunea VIII din Punctul de vedere al autorității contractante. Măsura de remediere nr. 3 și nr. 4 - Art. 10.43 și art. 15.7 - Clauza 7 din Contractul de servicii

Contestatoarea a arătat în secțiunea 3.6. din Contestatie că art. 10.43 din Contractul de servicii prevede un termen prea limitat pentru analizarea, evaluarea, și aprobarea/respingerea oricărei propuneri transmisă de către Antreprenor cu privire la înlocuirea Subantreprenorilor propuși după semnarea Contractului de lucrări și la nominalizarea altor Subantreprenori care nu au fost menționați inițial la semnarea Contractului de lucrări, precum și că aceasta nu este corelată cu prevederile art. 15.7 din Contractul de servicii în privința termenului acordat Consultantului în acest scop.

Prin Măsura de remediere nr. 3, autoritatea contractantă a modificat art. 10.43 din Contractul de servicii acordând contractantului un termen

rezonabil de 30 de zile de la data primirii propunerii Antreprenorului pentru a analiza, evalua, și după caz a aproba/respinge orice propunere transmisă de către Antreprenor cu privire la înlocuirea Subantreprenorilor propuși după semnarea Contractului de lucrări și la nominalizarea altor Subantreprenori care nu au fost menționați inițial la semnarea Contractului de lucrări.

Prin Măsura de remediere nr. 4, autoritatea contractantă a modificat prevederile art. 15.7 - Clauza 7 în sensul de a le corela cu prevederile modificate prin Măsura de remediere nr. 3 ale art. 10.43 din Contractul de servicii.

Contestatoarea consideră că Măsurile de remediere nr. 3 și nr. 4 sunt susceptibile de a corecta aspectele sesizate în Contractul de servicii.

4. Secțiunea IX din punctul de vedere al autorității contractante. Măsura de remediere nr. 5 și nr. 6 - Art. 10.54, 19.3 și art. 15.7 din Contractul de servicii în secțiunea 3.7 din contestație.

Petenta a arătat că art. 10.54, art. 19.3 și art. 19.11 alin. (1) din Contractul de servicii sunt excesive și produc efecte care nu pot fi anticipate la data depunerii ofertei, deoarece permit Beneficiarului să mobilizeze și să demobilizeze, respectiv să reactiveze personalul Consultantului în orice moment, pentru orice motiv, pentru orice perioadă de timp, fără a fi identificate/circumstanțiate situațiile în care Beneficiarul poate proceda la mobilizarea/demobilizarea/activarea personalului, precum și fără a fi stabilite frecvența, durata și condițiile demobilizării.

De asemenea, a arătat că mobilizarea/demobilizarea/reactivarea în raport de cumulul necesităților Beneficiarului și Consultantului și în funcție de „situația” fie a Contractului de supervizare sau a Contractului de lucrări sau a stadiului fizic/progresului fizic al lucrărilor sau altele asemenea generează premisele unei aplicări discreționare a acestor prevederi.

Caracterul excesiv al art. 10.54, art. 19.3 reiese și prin raportare la art. 19.11 alin. (2) care limitează în mod excesiv și artificial obiectul Contractului de servicii prin recunoașterea unui drept al Beneficiarului de a reduce perioada de mobilizare a fiecărui expert cu minim 50%.

Cu privire la art. 19.11 alin. (2) din contractul de servicii, petenta a arătat că prevederea contractuală instituie în mod excesiv limitarea răspunderii Beneficiarului pentru prejudiciile cauzate prin demobilizarea îndelungată a personalului Consultantului pe o perioadă cumulată de 50% din numărul de zile alocat fiecărui expert și că limitarea rezonabilă a răspunderii Beneficiarului ar fi de 10% din numărul de zile alocat respectivului expert potrivit ofertei.

Prin Măsura de remediere nr. 5 și nr. 6, autoritatea contractantă a modificat prevederile art. 19.3, ultimul paragraf, respectiv prevederile art. 19.11 alin. (1), eliminând sintagma și alte asemenea din enumerarea situațiilor complet generale, nelimitative, nedeterminate și nedeterminabile în mod obiectiv în care Beneficiarul poate exercita dreptul de a ordona mobilizarea/demobilizarea/activarea personalului Consultantului.

În opinia contestatoarei, măsurile de remediere nu sunt susceptibile de a clarifica art. 19.3, ultimul paragraf, respectiv prevederile art. 19.11 alin. (1) din Contractul de servicii și de a înlătura caracterul excesiv al acestora și nu înlătură caracterul excesiv al art. 19.11 alin. (2) din Contractul de servicii.

Astfel, face trimitere la argumentele prezentate în contestație.

Față de argumentația autorității contractante în sensul că *"Autoritatea Contractantă, prin prevederile articolului 10.54 din contractul de servicii, își rezervă dreptul demobilizării sau, după caz, mobilizării personalului Consultantului, în funcție de ritmul execuției lucrărilor, ritm care nu poate fi decât estimat la momentul inițierii procedurii de atribuire, urmând a fi ajustat pe durata implementării contractului de execuție lucrări"*, petenta constată că singurul criteriu în raport de care Beneficiarul poate fi îndreptățit să ordone mobilizarea/demobilizarea/activarea personalului Consultantului este determinat de stadiul fizic/progresul fizic al lucrărilor. Prin urmare, autoritatea contractantă confirmă, prin punctul de vedere, că singurul criteriu relevant este stadiul fizic/progresul fizic al lucrărilor.

Astfel, apreciază că se impune a fi respinse ca neîntemeiate susținerile autorității contractante cu referire la art. 19.3 din Contractul de servicii că *"prevederile privind mobilizarea/demobilizarea experților reprezintă pentru autoritatea contractantă un instrument de gestionare a dinamicii personalului în cadrul Contractului de Servicii, menit să răspundă nu doar necesităților Beneficiarului, ci și necesităților Consultantului/Supervizorului, funcție și de o serie de factori, printre care situația Contractului de Servicii, situația Contractului de Lucrări, progresul fizic/stadiul fizic al lucrărilor etc"*.

Autoritatea contractantă încearcă să realizeze o legătură artificială între afirmația *"Cel mai adesea, stadiul fizic/progresul fizic scăzut al lucrărilor nu se datorează unor plăți întârziate din partea Beneficiarului, ci unor situații apărute în implementarea contractului raportat la realitatea din teren, sens în care rolul activ al Consultantului/Supervizorului are un impact semnificativ asupra identificării soluțiilor pentru recuperarea întârzierilor și finalizării lucrărilor în durata de execuție preconizată."* și afirmația *"Astfel, dacă necesitatea nu impune prezența unui expert/unei persoane în cadrul contractului pentru o anumită perioadă de timp sau pentru o anumită etapă de supervizare, întrucât aportul respectivului expert/respectivei persoane nu este necesar, menținerea aceluși expert/acelei persoane mobilizat/a în cadrul Contractului de Servicii ar conduce la remunerarea nejustificată a acestuia/acesteia din moment ce nu ar reprezenta contravaloarea unei munci prestate, iar autoritatea contractantă nu are dreptul de a efectua cheltuieli nejustificate din fonduri europene nerambursabile."*

Nu există o legătură de cauzalitate între exercitarea sau neexercitarea rolului activ de către Consultant pentru recuperarea întârzierilor și finalizarea lucrărilor și ipoteza prezentată de către Beneficiar

privind neplata serviciilor pentru activitatea neprestată de către un expert de care nu ar fi nevoie în executarea contractului de servicii.

Apreciază neîntemeiată și susținerea autorității contractante în legătură cu prevederile art. 19.11 alin. (2), în sensul că programul de mobilizare/demobilizare și activarea personalului după demobilizare nu pot fi anticipate pentru o perioadă de 3-4 ani la momentul elaborării documentației de atribuire, argument pe baza căruia autoritatea contractantă încearcă să justifice atât nereglementarea în mod intenționat a ipotezelor și condițiilor în care Beneficiarul este îndreptățit să ordone mobilizarea/demobilizarea/activarea personalului Consultantului, cât și pe de o parte, instituirea riscului situațiilor imprevizibile în totalitate în sarcina Consultantului prin neachitarea prețului serviciilor contractate și neprestate din cauze independente de voința Consultantului și, pe de altă parte, limitarea răspunderii Beneficiarului pentru demobilizare îndelungată a personalului Consultantului până la atingerea pragului de 50% din numărul de zile alocat fiecărui expert.

Autoritatea contractantă este partea în măsură să stabilească necesitățile de personal prin raportare la obiectul exact al contractului de lucrări pentru care demarează procedura de atribuire a contractului de servicii și este răspunzătoare direct pentru determinarea tipului de personal și a numărului de zile de activitate pentru fiecare expert.

Aceste responsabilități și consecințele lor nu pot fi plasate în sarcina Consultantului, cum face autoritatea contractantă prin prevederile contractuale criticate.

A permite autorității contractante să demobilizeze sau să nu mobilizeze un expert fără a răspunde contractual până la atingerea unui prag de 50% din numărul de ore alocat fiecărui expert a cărui necesitate a justificat-o și a solicitat-o ca cerință minimă obligatorie în cadrul documentației de atribuire se traduce în permisiunea acordată autorității contractante de a încălca / a eluda prevederi imperative privind stabilirea și justificarea necesității de a achiziționa servicii, estimarea valorii contractului, alegerea procedurii de atribuire, elaborarea documentației de atribuire și principii fundamentale ale legislației achizițiilor publice, cum sunt principiul asumării răspunderii, nediscriminării și proporționalității.

În acest sens, autoritatea contractantă nu poate justifica necesitatea unui anumit tip de expert pentru ca apoi să nu mobilizeze acel tip de expert, pe motiv că au apărut situații imprevizibile în cursul execuției lucrărilor, deoarece prezența expertului a fost impusă ca cerință minimă obligatorie în documentația de atribuire după determinarea necesităților obiective ale autorității contractante.

Stabilirea acestei limitări a răspunderii autorității contractante pentru demobilizarea/nemobilizarea îndelungată a personalului Consultantului este incompatibilă cu stabilirea numărului de zile de activitate per expert ca cerință minimă obligatorie în caietul de sarcini.

Stabilirea unei cerințe minime obligatorii nereale, artificiale, afectează accesul la procedura de atribuire.

Pentru același motiv, autoritatea contractantă nu poate justifica necesitatea unui anumit număr de zile de activitate pentru un anumit tip de expert pentru ca apoi să nu mobilizeze acel tip de expert într-o proporție de 50% din numărul de zile alocat, pe motiv că au apărut situații imprevizibile în cursul execuției lucrărilor.

Clauza contractuală permite autorității contractante să estimeze necesitatea prestării unor servicii în mod intenționat sau din eroare cu 50% mai mari decât necesitatea reală (la acesta să adauge servicii suplimentare) și astfel să denatureze concurența la depunerea ofertelor, să elimine în mod total netransparent și imprevizibil pentru Consultant 50% din obiectul contractului și implicit să reducă prețul contractului cu 50%.

Consultantul nu numai că nu primește prețul contractului pe motiv că nu a prestat serviciile și autoritatea contractantă nu poate plăti servicii neprestate căci răspunde pentru cheltuirea banului public, dar suportă costurile incapacității autorității contractante de a stabili propriile necesități obiective (costuri cu personal angajat și nemobilizat corespunzător contractului asumat de părți sau demobilizat o perioadă îndelungată și chiar penalități excesive în cazul în care încercând să reducă din pierderi, alocă personalul demobilizat pe alte contracte și nu îl poate reactiva în momentul în care Beneficiarul ordonă mobilizarea).

Or, Consultantul depune o ofertă pentru prestarea unui anumit număr de zile de activitate de către anumite categorii și un număr precis de experți în schimbul unui preț al serviciilor pe care îl ofertează analizând cerințele minime obligatorii descrise de autoritatea contractantă raportat la nevoile obiective ale acesteia. Ofertantului nu i se poate pretinde în mod rezonabil să oferteze în considerarea unei variații de 50% în obiectul și prețul Contractului de servicii pentru a acoperi viciile analizelor, evaluărilor și estimărilor realizate de către autoritatea contractantă.

Petenta subliniază că autoritatea contractantă nu are nicio justificare pentru invocarea imposibilității de a identifica situațiile care pot apărea în implementarea Contractului de servicii/Contractului de lucrări, la momentul elaborării documentației de atribuire și a modelului de contract, pentru o perioadă viitoare de 3 - 4 ani, pe motiv că aceste situații ar fi atât diverse sau neprevăzute, "chiar imprevizibile" și, în mod corespunzător, de a stabili cu exactitate categoriile de personal sau numărul experților de care este nevoie pentru depășirea situațiilor respective.

În primul rând, autorității contractante i se cere să estimeze în mod obiectiv necesitățile proprii predictibile, cele imprevizibile urmând să facă obiectul unor modificări ale contractului în conformitate cu prevederile legale aplicabile. O variație de 50% în minus din numărul de zile de activitate estimate ca cerință minimă obligatorie ce trebuie îndeplinită de către ofertant nu poate în niciun caz să certifice o estimare obiectivă a necesităților de către autoritatea contractantă.

În al doilea rând, autoritatea contractantă are o experiență extrem de mare în domeniul implementării contractelor de execuție de lucrări și al contractelor de supervizare, precum și al supravegherii execuției lucrărilor prin personalul propriu din Direcțiile Regionale de Drumuri și Poduri.

Or, tocmai această experiență a autorității contractante conduce la respingerea apărărilor acesteia prin care încearcă să justifice nepregătirea corespunzătoare a documentației de atribuire.

De asemenea, contestatoarea apreciază neîntemeiată acuzația autorității contractante potrivit căreia urmărește *"doar diminuarea procentului prevăzut la art. 19.11 alin. (2), de la 50% la 10%, în încercarea de a obține bani suplimentari, chiar dacă personalul nu este mobilizat sau de a își crea posibilitatea inițierii a cât mai multe litigii în situația în care personalul va fi nemobilizat, acest fapt conducând la situația obținerii unor venituri în lipsa prestării efective a serviciilor, situație pe care autoritatea contractantă nu o poate accepta, considerând că procentul de 50% este echilibrat pentru ambele părți contractante. Mai mult decât atât, autoritatea contractantă, în calitate de reprezentant al administrației publice și, implicit apărător al interesului public, nu poate plăti Supervisorul pentru serviciile pe care acesta nu le prestează."*

Aceasta arată că nu se pune problema obținerii unor sume suplimentare pentru servicii neprestate, deoarece este vorba despre o reducere a obiectului Contractului de servicii cu până la 50% fără ca Consultantul să fie îndreptățit să recupereze prejudiciile și beneficiul nerealizat determinate de această reducere pentru care nu este răspunzător.

Autoritatea contractantă omite în mod convenabil că, pentru a obține plata daunelor constând în prejudiciul cauzat și beneficiul nerealizat, Consultantul are obligația de a prezenta probe corespunzătoare.

Față de aceste argumente, invocarea interesului public și a calității autorității contractante de apărător al acestuia pentru a nu plăti prejudiciile cauzate Consultantului și beneficiul nerealizat ca urmare a analizelor și estimărilor greșite ale necesităților de către Beneficiar în documentația de atribuirea este total neavenită.

Interesul public nu implică lipsa sau limitarea răspunderii autorităților pentru acțiunile și inacțiunile culpabile care prejudiciază persoane fizice sau juridice private.

Mai mult, unele dintre principiile fundamentale în materia achizițiilor publice sunt principiul proporționalității și principiul asumării răspunderii care impun atât un echilibru contractual ce implică absența clauzelor cu caracter excesiv în favoarea autorității contractante, cât și asumarea de către aceasta a răspunderii pentru acțiunile și omisiunile și pentru actele proprii.

Concluzia contestatoarei este că măsurile de remediere nr. 5 și nr. 6 nu sunt susceptibile de a corecta prevederile art. 10.54, 19.3 și art. 15.7 din Contractul de servicii în sensul criticat prin contestație.

II. Referitor la apărăriile formulate de autoritatea contractantă în legătură cu prevederile contractuale nevizate de măsuri de remediere, petenta precizează următoarele:

2.1. În Secțiunea I din punctul de vedere, autoritatea contractantă susține că *„deși pe de o parte contestatoarea susține că are interes în a depune ofertă, pe de cealaltă parte solicită modificarea unui număr foarte mare de clauze esențiale în derularea unui contract de achiziție publică, expunând astfel Autoritatea Contractanta la imposibilitatea respectării interesului public în favoarea operatorului economic.”*

Autoritatea contractantă a mai susținut că din moment ce contractul de achiziție publică este un contract administrativ, în considerarea interesului public, poate impune anumite clauze contractuale favorabile sieși pe care ofertanții trebuie să le accepte ca atare dacă doresc să intre într-o relație contractuală de acest tip.

Autoritatea contractantă arată că, într-un contract de achiziție publică, părțile nu se află pe poziții egale și că principiul libertății contractuale este subordonat principiului priorității interesului public și că, prin impunerea unor clauze contractuale de tipul celor contestate, urmărește protejarea interesului public, respectiv să se asigure că *„operatorul economic desemnat câștigător, va face toate demersurile, sub toate aspectele, în vederea realizării cu celeritate a obiectivului de interes național”*.

În temeiul acestor argumente, autoritatea contractantă a solicitat să se constate că *„contestatoarea nu dorește să participe la această procedură de achizite publică, ci induce concluzia rezonabilă că dorește întârzierea acestei proceduri, prin introducerea acestei contestații nefundamentate, în urma căreia modelul de contract să fie schimbat fundamental, devenind un contract în interesul contestatoarei.”*

Față de aceste susțineri, petenta arată că nu a identificat o incompatibilitate sau contradicției între interesul său de a participa la procedura de atribuire și exercitarea dreptului de a contesta documentația de atribuire pe motive de nelegalitate.

Interesul public nu legitimează încălcarea prevederilor legale în materia achizițiilor publice la elaborarea documentației de atribuire, a modelului de contract etc.

De asemenea, principiul priorității interesului public nu legitimează emiterea unor acte sau luarea unor măsuri care încalcă principiul proporționalității nici în domeniul dreptului administrativ, în general, nici și în domeniul achizițiilor publice, în particular.

Petenta precizează că nu se pune problema aplicării cu prioritate a principiului libertății contractuale, cum susține autoritatea contractantă și transformării contractului în favoarea sa, ci recalibrarea clauzelor contractuale pentru a avea un caracter proporțional față de obiectivul urmărit de către Beneficiar care constă în executarea Contractului de servicii în condițiile agreeate contractual.

În concluzie, aceasta solicită respingerea apărărilor formulate de către autoritatea contractantă, ca neîntemeiate.

2.2. În Secțiunea II din punctul de vedere, autoritatea contractantă solicită să se constate netemeinicia afirmației contestatoarei, în sensul că a identificat clauze contractuale și prevederi ale caietului de sarcini care încalcă principiile nediscriminării, tratamentului egal și asumării răspunderii, pe motiv că nu a propus formulări concrete pentru clauzele contractuale contestate, limitându-ne la *"justificări evazive, cum ar fi: definiția este extrem de generală"*.

Contestatoarea arată că a exercitat cu bună credință dreptul prevăzut de art. 2 și art. 8 din Legea nr. 101/2016, formulând o contestație care îndeplinește condițiile prevăzute de art. 10 din Legea nr. 101/2016, și nu s-a limitat la a contesta clauzele contractuale, inclusiv definițiile, fără a descrie care sunt efectele caracterului general al definițiilor/clauzelor contractuale în condițiile corelării cu alte prevederi contractuale sau indicând necorelarea acestora cu alte clauze contractuale.

Astfel, apreciază că afirmațiile autorității contractante sunt neîntemeiate și solicită respingerea acestora.

2.3. Secțiunea IV din punctul de vedere al autorității contractante. Art. 7.17 din Contractul de servicii.

Față de criticile aduse art. 7.17 din contractul de servicii, autoritatea contractantă a susținut că prevederile contractuale ar fi legale prin raportare la dispozițiile OUG nr. 66/2011, ale punctului 11 și 2 din cadrul art. 3 Practici de cooperare secretă din HG nr. 875/2011, ale art. 47 lit. b) din HG nr. 395/2016 și ale art. 58 din Legea nr. 98/2016.

Petenta reiterează că ANAP a indicat modalitatea de abordare a unei situații de tipul celei pe care autoritatea contractantă urmărește să o evite prin interzicerea nominalizării în cursul derulării contractului a unui subcontractant care a participat la procedura de atribuire ca ofertant.

Încălcând prevederile legale și instrucțiunile exprese formulate de ANAP, prin art. 7.17 din Contractul de servicii, autoritatea contractantă a „reglementat” prezumția de vinovăție în privința înțelegerii între consultant și subcontractantul nominalizat în cursul executării contractului care a depus ofertă în cadrul procedurii de atribuire și a instituit măsura interzicerii nominalizării unui astfel de subcontractant.

Față de argumentele prezentate, solicită respingerea apărărilor autorității contractante ca fiind neîntemeiate și solicită obligarea acesteia la adoptarea de măsuri de remediere adecvate în privința art. 7.17 din contractul de servicii.

2.4. Secțiunea VI din punctul de vedere al autorității contractante. Art. 10.36 din Contractul de servicii.

Față de criticile aduse art. 10.36 din contractul de servicii, autoritatea contractantă susține că prevederea contractuală nu are caracter excesiv prin corelarea cu dispozițiile art. 2.1 care, în opinia sa, nu ar avea caracter extrem de general.

Autoritatea contractantă susține că, în conformitate cu prevederile art. 2.1 din Contractul de servicii care reglementează definiția Ordinului Administrativ, aceste ordine pot fi emise în legătură cu „*prestarea Serviciilor din cadrul contractului sau pentru a clarifica, completa, interpreta termenii și condițiile Contractului, și/sau aproba/avizează anumite activități desfășurate în cadrul Contractului de Servicii*” și nu pot fi emise cu încălcarea prevederilor contractului de servicii și a contractului de lucrări sau pentru a forța Consultantul să încalce prevederile legale.

Contrar susținerilor autorității, art. 10.36 instituie caracter obligatoriu pentru Ordinul Administrative / Ordinul de Modificare / Ordinul de mobilizare / demobilizare / Dispozițiilor administrative și solicitărilor emise de Beneficiar / Managerului de Proiect.

Prin referirea la notificarea situațiilor în care Ordinele Administrative / Ordinele de Modificare / Ordinele de mobilizare / demobilizare / Dispozițiile administrative și solicitările emise de Beneficiar / Managerului de Proiect ar depăși competența Beneficiarului / Managerului de proiect, însuși Beneficiarul a reglementat că pot exista astfel de situații și că astfel de ordine/solicitări sunt obligatorii pentru Consultant.

Solicitările Beneficiarului/Managerului de Proiect nu sunt definite contractual și pot viza orice aspect legat de prestarea serviciilor, inclusiv cu titlu de exemplu emiterea Deciziilor Consultantului cu privire la revendicări ale Antreprenorului sau Beneficiarului în cazul cărora Consultantul trebuie să se bazeze pe propriile convingeri, nicidecum să urmeze instrucțiuni, clarificări și solicitări impuse de către Beneficiar în baza art. 10.36 din contractul de servicii care permite în mod excesiv o astfel de aplicare a prevederilor contractuale.

Ordinul Administrativ/Dispoziția Administrativă este definită ca reprezentând „*orice instrucțiune, modificare, comandă sau dispoziție emisă de Managerul de Proiect către Consultant/Supervizor privind prestarea Serviciilor din cadrul contractului sau pentru a clarifica, completa, interpreta termenii și condițiile Contractului și/sau aproba/avizează anumite activități desfășurate în cadrul Contractului de Servicii*”.

Petenta arată că, în ciuda susținerilor autorității contractante, pe calea Ordinului Administrativ și a Dispoziției Administrative care au caracter obligatoriu pentru Consultant în conformitate cu prevederile art. 10.36 din Contractul de servicii, Beneficiarul poate instrui, modifica, comanda, dispune o anumită manieră de prestare a serviciilor, poate completa și impune interpretarea sau clarificarea contractului de servicii în mod unilateral, la fel ca în cazul solicitărilor la care s-a referit mai sus, adoptarea anumitor Decizii în favoarea sa.

În opinia sa, este excesiv să i se permită Beneficiarului să impună deciziile de natură tehnică Consultantului sau deciziile /măsurile/ analizele și evaluările care implică exercitarea unor atribuții și responsabilități specifice ale Consultantului, adică exact acele atribuții și responsabilități

pe care autoritatea contractantă, considerând că nu le poate exercita /asuma prin personal propriu și a ales să le externalizeze.

Mentținerea art. 10.36 și a definiției Ordinului Administrativ/Dispoziției Administrative în versiunea actuală creează premisele pentru ca Beneficiarul să exercite dreptul de a emite de Ordinele Administrative / Ordinele de Modificare / Ordinele de mobilizare / demobilizare / Dispozițiile administrative și solicitările emise de Beneficiar / Managerului de Proiect cu caracter obligatoriu chiar în afara competenței sale.

Astfel, solicită respingerea apărărilor autorității contractante ca fiind neîntemeiate și obligarea acesteia la adoptarea de măsuri de remediere adecvate în privința art. 10.36 din Contractul de servicii.

2.5. Secțiunea VII din punctul de vedere al autorității contractante. Art. 10.37 și 15.7 din contractul de servicii.

Față de criticile aduse art. 10.37 și 15.7 din contractul de servicii, autoritatea contractantă susține că prevederile contractuale nu se contrazic, ci se completează, art. 10.37 prezentând o obligație contractuală a Consultantului, iar art. 15.7 indicând sancțiunea aplicabilă în cazul în care obligația de la art. 10.37 nu este îndeplinită.

Petenta învederează că aceste prevederi nu se completează, deoarece art. 15.7 din contractul de servicii prevede obligația de a emite toate clarificările necesare în caz de ambiguitate sau discrepanțe sub sancțiunea unei penalități drastice, în timp ce art. 10.37 din contractul de servicii prevede dreptul de a emite aceste clarificări când le consideră necesare.

Dacă aceste articole s-ar completa, ar trebui să fie clară modalitatea în care prevederile se aplică în practică. Or, se pune în continuare problema de a ști dacă clarificarea prevederilor contractului de lucrări este o obligație de diligență sau de rezultat.

Prin art. 15.7, referirea la toate clarificările necesare și aplicarea sancțiunii în cazul neemiterii clarificărilor conduce la concluzia că obligația ce revine Consultantului este de rezultat, orice omisiune de a emite clarificări, chiar dacă acestea nu sunt considerate necesare de către acesta, dar sunt considerate necesare de către Beneficiar, putând fi sancționată prin aplicarea de penalității fără ca Beneficiarul să fie obligat să dovedească faptul că a suportat un prejudiciu.

Prin art. 10.37, reglementarea autorității Consultantului de a stabili când este necesară o clarificare, conduce la concluzia că obligația este de diligență, caz în care devine relevant dacă clarificarea era în mod obiectiv necesară și dacă, în lipsa emiterii acesteia, s-a produs un prejudiciu Beneficiarului.

Clauza penală implică predeterminarea valorii prejudiciului în cazul încălcării obligațiilor contractuale. Aceasta este agreată atunci când sunt îndeplinite condițiile cumulative ale răspunderii civile contractuale, iar, în cazul de față, este neclar tocmai în ce constă fapta ilicită și vinovăția Consultantului.

Prevederile art. 15.7 din contractul de servicii sunt preluate și în secțiunea 5.2.3.4. Activități aferente supervizării pre-construcției, pct. 3 din caietul de sarcini, constituind astfel o cerință obligatorie a autorității contractante.

În opinia petentei, câtă vreme potențialilor ofertanți le este neclară documentația de atribuire, iar autoritatea contractantă nu reușește să clarifice în mod argumentat și obiectiv această documentație, este evident că nu este respectat principiul transparenței.

2.6 Secțiunea X din punctul de vedere al autorității contractante. Art. 10.57 din contractul de servicii

În ceea ce privește criticile aduse art. 10.57 din contractul de servicii, cu privire la faptul că prevederea contractuală excedă scopului contractului, deoarece trasează în sarcina Consultantului obligația de a cădea de acord cu Antreprenorul privind definirea indicatorilor de referință, autoritatea contractantă se limitează să asigure că definirea indicatorilor de referință este în sarcina sa conform prevederilor documentației de atribuire și că va conveni asupra acestora împreună cu Supervizorul, *"în baza prevederilor contractului de supervizare și ale caietului de sarcini, conform căruia: „Definirea punctelor de referință nr. 3, 4 și 5, va fi făcută de către Beneficiar împreună cu Supervizorul și va fi transmisă Antreprenorului [...]"*.

Autoritatea contractantă învederează *"că, în derularea contractului, sub nicio formă Supervizorul nu îi vor fi stabilite, de către aceasta, obligații suplimentare față de cele deja prevăzute prin contractul de supervizare și caietul de sarcini, respectiv documentația de atribuire."*

În acest context, petenta arată că, potrivit prevederilor art. 5.3 din contractul de servicii: *"În cazul oricărei contradicții între prevederile documentelor anexe la contractul de servicii, documentele vor prevala în conformitate cu succesiunea enunțată la Articolul 5.1"*

Or, potrivit prevederilor art. 5.1, acordul contractual are prioritate în ordinea de precedență în fața caietului de sarcini.

2.7. Secțiunea XI din punctul de vedere al autorității contractante. Art. 10.59 din contractul de servicii

Față de criticile aduse art. 10.57 din contractul de servicii, autoritatea contractantă susține că *"emiterea Ordinilor de Mobilizare de către Supervizor este o atribuție a acestuia, pe care trebuie să și-o exercite în vederea îndeplinirii obiectului contractului de servicii de supervizare, cu diligență și în baza experienței deținute care are în vedere art. 10.59"*.

Contestatoarea arată că nu pretinde, astfel cum susține autoritatea contractantă, ca Beneficiarul să îndeplinească obligațiile Consultantului, ci ca Beneficiarul să elaboreze prevederi contractuale clare și proporționale cu scopul urmărit și ca documentele contractuale să fie corelate între ele.

Dacă autoritatea contractantă folosește noțiunea de necesitate alăturată cu aplicarea unor clauze penale, atunci autoritatea contractantă trebuie să explice cel puțin criteriile în funcție de care se stabilește că utilajele sunt necesare, criteriile în funcție de care se va constata fapta ilicită

(neemiterea Ordinului de Mobilizare pentru Utilajele/personalul Antreprenorului) și vinovăția Consultantului.

Petenta consideră că folosirea terminologiei „din momentul în care măsura devine necesară” trebuie clarificată prin raportare la termenul de 5 zile prevăzut pentru emiterea Ordinului de Mobilizare pentru Utilaje/personal. "Momentul" indică un anumit timp precis, o oră. Termenul pe zile nu se poate calcula de la "un moment".

Nu în ultimul rând, arată că autoritatea contractantă trebuie să se decidă dacă emiterea Ordinului de mobilizare se face prin raportare la "diligența și în baza experienței deținute" de către Consultant sau prin raportare la utilajele și personalul prevăzute în programul de execuție.

Suplimentar, autoritatea contractantă trebuie să clarifice care este abordarea în cazul în care Programul de execuție nu reflectă stadiul real al lucrărilor, iar un Ordin de Mobilizare a Utilajelor / personalului Antreprenorului, astfel cum sunt prevăzute acestea în Programul de execuție, nu ar fi util pentru execuția lucrărilor.

În concluzie, contestatoarea constată că autoritatea contractantă, fără argumente, respinge adoptarea unor măsuri de remediere chiar dacă clauzele din contractul de servicii se contrazic cu prevederile caietului de sarcini.

2.8. Secțiunea XII din punctul de vedere al autorității contractante.
Art. 15.7 din contractul de servicii

Față de criticile aduse art. 10.57 din contractul de servicii, autoritatea contractantă susține că „în mod explicit, prevederile art. 15.7, citate în contestație, reglementează situația înlocuirii Supervizorului, acțiune care se realizează prin suspendarea sau rezilierea contractului de servicii” și că „în mod voit, tendențios și fals, contestatoarea încearcă să inducă în eroare Onoratul Consiliu prin interpretarea conform căreia suspendarea contractului ar conduce la înlocuirea Supervizorului, în timp ce articolul contractual reglementează explicit contrariul, respectiv situația în care este necesară înlocuirea Supervizorului, iar aceasta se realizează prin suspendarea sau rezilierea contractului de servicii”.

Petenta învederează că autoritatea contractantă nu răspunde criticii prin care a arătat că suspendarea contractului de servicii nu atrage înlocuirea Consultantului și că această situație generează o neclaritate a prevederii contractuale ce trebuie lămurită și remediată.

De asemenea, autoritatea contractantă nu răspunde criticii care se referă la faptul că prevederile contractuale nu reglementează intenția de suspendare/reziliere a contractului de servicii, iar invocarea intenției cu scopul prestării în continuare a serviciilor de Consultant pentru o perioadă de 120 de zile nu are logică, câtă vreme Beneficiarul are la dispoziție chiar măsura suspendării/rezilierii pe care o poate lua atunci când consideră că s-ar justifica.

Contestatoarea precizează că autoritatea contractantă nu a răspuns nici criticilor referitoare la aplicarea penalității de 5000 lei pe zi de întârziere pentru confirmarea/respingerea în cel mai scurt timp, fără a

depăși termenul prevăzut în contractul de lucrări, a programului de execuție de bază, revizuit și actualizat, în condițiile în care potrivit contractului de lucrări Consultantul poate alege să nu aprobe expres, ci să aprobe tacit aceste programe de execuție.

În ceea ce privește susținerea autorității contractante potrivit căreia penalitatea de la art. 15.7 ar fi corelată cu cea de la art. 10.59 din contractul de servicii, petenta arată că neemiterea în termen a Ordinului de mobilizare pentru utilajele Antreprenorului este sancționată atât prin art. 10.59, cât și prin art. 15.7, fiecare clauză prevăzând câte o sancțiune diferită (10.000 lei, respectiv 5000 lei), care într-un caz se aplică dacă Ordinul nu a fost emis în 5 zile din momentul în care acestea devine necesar, iar, în celălalt caz, imediat ce se constată fapta de către Beneficiar (având în vedere că nu este menționat niciun alt termen).

Susținerea autorității contractante nu numai că neagă în mod inexplicabil evidența, dar conduce la concluzia că a prevăzut aplicarea a două penalități pentru săvârșirea aceleiași fapte ilicite.

Autoritatea contractantă susține că *"afirmația contestatoarei privind penalitatile de la Clauza 37 din cadrul art. 15.7, conform căreia „[...] termenul de 30 de zile este instituit atât pentru realizarea unor activități aflate în responsabilitatea Consultantului, cât și a unor activități aflate în responsabilitatea Beneficiarului” ar fi generată de interpretarea eronată a clauzei, "întrucât aceasta prevede faptul că în termen de 30 de zile, Supervizorul are obligația de a evalua toate modificările, inclusiv cele rezultate din avizul CTE al CNAIR SA, în această perioadă de timp".* Autoritatea contractantă susține, în continuare, că *"Interpretarea clauzei contractuale este superficială și denotă superficialitate în abordarea clauzelor contractului de servicii contestat. În mod evident, în clauza contractuală, Autoritatea Contractantă nu prevede faptul că va percepe penalități Supervizorului pentru obținerea avizului CTE în 30 de zile, această perioadă fiind exclusiv la dispoziția Supervizorului pentru evaluarea tuturor modificărilor."*

Contestatoarea apreciază că autoritatea contractantă nu răspunde criticilor sale.

Potrivit subsecțiunii 5.2.5.1. Administrarea și managementul Contractului de lucrări din caietul de sarcini, pct. 24 și 25:

"24. Pregătirea tuturor modificărilor propuse/necesare, conform Clauzei 37 [Modificări] din Condițiile contractului de lucrări, după cum și dacă acest lucru este cerut de evenimente, în special în situația în care Antreprenorul invocă apariția unor circumstanțe imprevizibile, cu respectarea legislației privind achizițiile publice și a reglementărilor aplicabile. Elaborarea de Rapoarte speciale către Beneficiar pentru fiecare modificare propusă/necesară conform Clauzei 37 [Modificări] din Condițiile contractului de lucrări. Aceste rapoarte vor include punctul de vedere al Supervizorului, documentația necesară conform legislației în vigoare privind achizițiile publice, precum și justificarea din punct de vedere tehnic a modificării, analiza detaliată a impactului financiar, și de

timp corespondența relevantă și avizul Consiliului Tehnico-Economic al CNAIR SA, atunci când este cazul, etc.

25. Supervizorul trebuie să solicite aprobarea prealabilă a Beneficiarului pentru toate modificările conform Condițiilor contractului de lucrări. Modificările se vor realiza prin Ordin Administrativ de Modificare, numai sub condiția obținerii aprobării beneficiarului."

Astfel, dacă în caietul de sarcini este menționată includerea în raportul special elaborat de către Consultant a avizului CTE al CNAIR, dacă este cazul, clauza contractuală lasă să se înțeleagă că acesta trebuie inclus în raport în mod obligatoriu.

Termenul de 30 de zile pentru analiza și elaborarea raportului special curge de la primirea notificării din partea Beneficiarului în sensul de a prezenta respectivul raport care include corespondență cu Beneficiarul și avizul CTE al Beneficiarului care reprezintă aprobarea prealabilă a Beneficiarului cu privire la propunerea de modificare.

Câtă vreme raportul special al Consultantului cuprinde documente emise de către Beneficiar, iar în sarcina Beneficiarului nu se stabilește obligația de a emite respectivele documente înainte de emiterea notificării, este evident că termenul de 30 de zile acordat Consultantului cuprinde și perioada de timp necesară Beneficiarului pentru a emite documentele aflate în sarcina sa.

Or, clauza nu cuprinde astfel de precizări în ciuda alegațiilor autorității contractante.

2.9. Secțiunea XIII din punctul de vedere al autorității contractante. Art. 15.11, art. 15.12 și art. 15.13 din Contractul de servicii

Față de criticile formulate în legătură cu art. 15.11, art. 15.12 și art. 15.13 din contractul de servicii, autoritatea contractantă susține că identificarea de către autoritatea contractantă în Cap. 4 „Ipoteze și Riscuri” a unor factori de risc probabili, atât în sarcina Beneficiarului, cât și în sarcina Consultantului *„nu înseamnă faptul că Supervizorul va fi ținut responsabil pentru riscurile care incumbă Beneficiarului” și că această idee „este prevăzută, în mod explicit, la art. 15.12 din contractul de servicii”.*

În acest sens, autoritatea contractantă a citat art. 15.12 susținând că ar fi clară:

„15.12 Consultantul/Supervizorul nu va avea nicio pretenție de orice natură (materială, financiară, etc.) în cazul apariției oricărui dintre riscurile prevăzute la Art. 15.13 de mai jos sau în cazul apariției riscurilor prevăzute la Capitolul 4 "Ipoteze și Riscuri" din caietul de sarcini, care sunt în responsabilitatea Consultantului/Supervizorului.”

Autoritatea contractantă citează în același sens și art. 15.11:

„Consultantul/Supervizorul își va asuma riscurile stabilite în sarcina acestuia și menționate în caietul de sarcini, iar prin semnarea contractului nu va avea nicio pretenție în cazul apariției acestora”.

Astfel, contestatoarea învederează că susținerea autorității contractante nu se verifică în clauzele contractuale. Clauzele citate nu

prevăd explicit că Consultantul nu este responsabil pentru riscurile ce incumbă Beneficiarului.

Dimpotrivă, clauzele trimit la prevederile caietului de sarcini care detaliază riscurile asumate de părți și care instituie în sarcina Consultantului riscuri care nu sunt în responsabilitatea acestuia (3-8, 12-14, 17 din caietul de sarcini).

2.10. Secțiunea XIV din punctul de vedere al autorității contractante. Art. 16.9 din contractul de servicii

În legătură cu răspunsul autorității contractante privind criticile art. 16.9 din contractul de servicii, petenta reiterează că obligația autorității contractante este de a elabora o documentație de atribuire care să descrie exact, precis care sunt cerințele sale.

Or, apreciază inexplicabil motivul pentru care autoritatea contractantă a reglementat problematica asigurărilor în mod diferit prin 2 clauze contractuale succesive:

"16.8. În termen de 5 zile lucrătoare de la semnarea contractului de servicii, consultantul va încheia și va menține în vigoare o poliță de asigurare sau polițe de asigurare de răspundere profesională cu despăgubire integrală pentru suma asigurată care va fi egală cu Prețul Contractului, asigurare ce va acoperi în integralitate atât perioada de prestare a serviciilor, cât și orice perioadă de prelungire a perioadei de prestare a serviciilor.

16.9. În termen de 5 zile lucrătoare de la semnarea contractului de servicii, Consultantul va încheia și va menține în vigoare o poliță de asigurare sau polițe de asigurare cu despăgubire integrală pentru suma asigurată care va fi egală/e cu Prețul Contractului, asigurare ce va acoperi în integralitate atât perioada de prestare a serviciilor, cât și pe orice perioadă de prelungire a perioadei de prestare a serviciilor precum și următoarele aspecte: (...)."

Această modalitate de redactare a clauzelor contractuale generează neclaritatea sesizată.

Prevederea contractuală criticată se referă la o poliță cu despăgubire integrală pentru suma asigurată egală cu prețul contractului sau mai multe polițe de asigurare cu despăgubire integrală pentru sume asigurate egale cu prețul contractului. Condiția prevederii despăgubirii integrale pentru sume asigurate egale cu prețul contractului permite interpretarea că fiecare poliță de asigurare va prevedea o despăgubire integrală egală cu prețul contractului.

Totodată, petenta învederează că autoritatea contractantă nu prezintă un punct de vedere cu privire la critica referitoare la faptul că obligația de prezentare a unei polițe de asigurare pentru pierderea, distrugerea sau deteriorarea echipamentelor Beneficiarului nu trebuie să fie impusă Antreprenorului, câtă vreme lista acestor echipamente nu a fost prezentată în documentația de atribuire.

2.1.1. Secțiunea XV din punctul de vedere al autorității contractante. Art. 16.10 alin. (2) din contractul de servicii

Față de criticile formulate în legătură cu art. 16.10 alin. (2) din contractul de servicii, autoritatea contractantă susține că ofertantul ar trebui să suporte costurile pentru prelungirea poliței de asigurare, deoarece pentru atribuirea procedurii *"se aplică criteriul de atribuire oferta cea mai avantajoasă din punct de vedere tehnico-economic"*, iar *"ofertanții, când stabilesc prețul ofertei, trebuie să ia în calcul toate costurile, cheltuielile, pe care le presupune derularea contractului, precum și toate riscurile, astfel încât să poată răspunde tuturor necesităților Beneficiarului și/sau Consultantului/Supervizorului pentru îndeplinirea cu succes a obiectului contractului"*.

Contestatoarea consideră disproporționată o prevedere contractuală care impune ofertantului să nu introducă în costurile care justifică prețul oferat costuri reale pe care le suportă efectiv pentru îndeplinirea unei obligații contractuale exprese prevăzute în sarcina sa.

2.12. Secțiunea XVI din punctul de vedere al autorității contractante.
Art. 20.2 și art. 20.9 din contractul de servicii

Cu privire la criticile aduse art. 20.2 și art. 20.9 din contractul de servicii, autoritatea contractantă susține că, din moment ce nu s-a solicitat *"nici modificarea art. 20.9, nici eliminarea acesteia, autoritatea contractantă este în imposibilitatea adoptării vreunei măsuri"*.

Contestatoarea precizează că, prin petitul contestației, s-a solicitat adoptarea măsurilor de remediere adecvate pentru înlăturarea tuturor viciilor documentației de atribuire sesizate în cuprinsul acesteia, iar cu privire la pretenția autorității contractante de a propune modificări concrete, aceasta face trimitere la precizările din secțiunea 2.2 din concluziile scrise.

În ceea ce privește susținerile autorității contractante în sensul că experții pot continua să presteze servicii în cadrul proiectului prin contract de colaborare sau ca PFA, contestatoarea arată că aceste situații implică subcontractarea serviciilor expertului și deci aprobarea prealabilă din partea Beneficiarului. Este cel puțin discutabil ca Beneficiarul să sancționeze Consultantul pentru colaborarea cu un expert demisionar pe un alt contract și, totodată, să aprobe subcontractarea serviciilor către acesta pe noul contract.

În opinia sa, susținerea autorității contractante în sensul că prevederile art. 20.2 și 20.9 se justifică prin interesul autorității ca personalul Consultantului să nu fluctueze față de personalul inițial, prezentat în ofertă, care a asigurat supervizarea contractului de lucrări, de la început, deoarece în decursul anilor, fluctuația personalului Consultantului ar fi condus la o slabă supervizare a lucrărilor, nu justifică instituirea răspunderii Consultantului pentru o situație de fapt pe care nu o poate controla, cum este fluctuația personalului care nu este generată de restructurări și concedieri. Fluctuația personalului generată de demisii nu poate fi controlată de către un angajator.

În orice caz argumentul autorității contractante este complet fals, deoarece clauza vizează sancționarea Consultantului prin reducerea

tarifelor aferente unui expert dacă acesta angajează expertul demisionar în cadrul altui contract implementat de către Beneficiar.

Limitarea dreptului Consultantului de a reangaja și alocă expertul demisionar pe un alt proiect implementat de Beneficiar sub sancțiunea reducerii tarifului plătit pentru expert în Contractul de servicii este disproporționată, deoarece au la bază, potrivit explicațiilor autorității:

- o prezumție de rea credință a Consultantului și angajatului său în sensul că aceștia ar folosi demisia ca mijloc de a masca înlocuirea personalului cheie fără sancțiuni din partea Beneficiarului;

- prezumția că, prin simpla înlocuire a personalului, calitatea serviciilor prestate devine necorespunzătoare, respectiv prezumția existenței unui prejudiciu material cauzat Beneficiarului.

Or, reaua credință nu se prezumă, iar condiția existenței prejudiciului material cauzat Beneficiarului prin demisia personalului și angajarea acestuia în cadrul altui proiect implementat de către Beneficiar, deci prin înlocuirea personalului Consultantului este o condiție a atragerii răspunderii contractuale în lipsa căreia nu ar putea fi predeterminată o clauză penală.

Susținerea autorității contractante că reducerea tarifului per expert nu ar reprezenta o penalitate, ci o economie la contract, este apreciată de contestatoare ca fiind neîntemeiată.

În primul rând, legislația nu reglementează „instituația economiei la contract”, iar în al doilea rând, reducerea tarifului întrunește caracteristicile clauzei penale prevăzute de art. 1538 alin. (1) și (4) din Codul civil, respectiv aceasta obligă la o anumită prestație (renunțarea la o parte din tarif pentru plata expertului), predetermină prejudiciul pretins cauzat Beneficiarului care nu este obligat să dovedească vreun prejudiciu. Faptul că Beneficiarul consideră că sumele neachitate din valoarea tarifului fac în continuare parte din bugetul alocat proiectului și, dacă este cazul, Consultantul poate presta activitate suplimentară pentru care ar fi plătit din aceste sume fără ca Beneficiarul să fie nevoit să modifice prețul contractului, nu schimbă natura juridică de clauză penală a respectivei reduceri a tarifului.

Înlocuirea personalului în sine nu este susceptibilă de a genera prejudicii materiale care să justifice reglementarea unei clauze penale, iar, în cazul în care înlocuirea generează o calitate necorespunzătoare a serviciilor, autoritatea dispune de numeroase prevederi legale și contractuale pentru a sancționa îndeplinirea necorespunzătoare a obligațiilor contractuale.

Urmărind expunerea Beneficiarului, acesta nu poate argumenta că prin aplicarea reducerii tarifului per expert a eliminat posibilitatea/riscul ca prestația Consultantului să fie necorespunzătoare ca urmare a fluctuației personalului care se produce în continuare.

Prin urmare, contestatoarea consideră că măsura nu este eficientă în raport de scopul urmărit, deci prevederea încalcă principiul proporționalității.

Dacă reducerea tarifului per expert acoperă prejudiciul suportat de către Beneficiar, iar în continuare fluctuația este permisă sub condiția aplicării de sancțiuni, ceea ce va conduce în mod indubitabil „conform experienței autorității contractante” la o calitate slabă a serviciilor, adică la încălcarea obligațiilor contractuale, atunci rezultă că Beneficiarul va sancționa și încălcarea obligațiilor contractuale care au drept cauză primară fluctuația de personal.

Prin instituirea reducerii tarifului per expert în ipoteza aflată în discuție pentru a preveni fluctuația personalului Consultantului care ar fi dăunătoare derulării în bune condiții a Contractului de servicii, autoritatea contractantă sancționează Consultantul de două ori pentru aceeași faptă, o dată pentru că a înlocuit personalul și a doua oară pentru că își încalcă obligațiile contractuale generate de fluctuația de personal care, deși sancționată, nu a fost împiedicată, fără a permite Consultantului să dovedească faptul că înlocuirea personalului nu a determinat încălcarea obligațiilor contractuale și nu a cauzat Beneficiarului niciun prejudiciu.

Or, este evident că ceea ce trebuie sancționat este încălcarea obligațiilor contractuale principale în legătură cu prestarea serviciilor care generează prejudicii materiale certe Beneficiarului, nicidecum fiecare acțiune a Consultantului în legătură cu care Beneficiarul are temerea că ar putea genera conduce la încălcarea obligațiilor contractuale și cauzarea unui prejudiciu material.

Cu referire la ipotezele identificate de către autoritatea contractantă în care s-ar aplica prevederile art. 20.9, mai exact ipoteza nr. 3, petenta arată următoarele:

- autoritatea contractantă utilizează noțiunea de demisie într-o manieră care contrazice definiția demisiei din art. 20.2 lit. d) din contractul de servicii, făcând referire la demisia din poziția de expert cheie de un anumit tip, dar păstrarea calității de angajat al Consultantului;

- autoritatea contractantă punctează unul dintre aspectele criticate prin contestație, respectiv că indiferent ce poziție ar ocupa expertul demisionar în cadrul altui proiect, calitatea de angajat al Consultantului, atrage aplicarea sancțiunii față de Consultant;

- autoritatea contractantă nu prezintă justificări pentru limitarea dreptului Consultantului de a angaja un expert demisionar într-un contract implementat de Beneficiar pe perioadă nedeterminată și pe întreg teritoriul țării.

De asemenea, petenta susține că Beneficiarul nu poate justifica riscul unei calități slabe a serviciilor, respectiv încălcarea obligațiilor contractuale de către Consultant ca urmare a fluctuației personalului, deoarece înlocuirea personalului se realizează încă de la începutul contractului de servicii cu personal ce are aceeași calificare și experiență ca expertul înlocuit. Prin urmare, ipoteza invocată de Beneficiar nu poate veni în sprijinul argumentației Beneficiarului.

2.13. Secțiunea XVII din punctul de vedere al autorității contractante. Art. 20.13 alin. (2) din contractul de servicii

În ceea ce privește criticile referitoare la art. 20.13 alin. (2) din contractul de servicii, autoritatea contractantă nu prezintă argumente, ci face referire la dorința sa de a împiedica riscul privind fluctuația personalului Consultantului și a se asigura că acesta acționează ca un angajator de bună credință, cu o politică constructivă de gestionare a resursei umane, orientată pe atingerea obiectivului proiectului și nu o politică care să încurajeze demisia sau încetarea activității în cadrul Contractului de servicii.

În replică, petenta face trimitere la argumentele prezentate în cadrul secțiunii 3.15 din contestație.

2.14. Secțiunea XVIII din punctul de vedere al autorității contractante. Art. 25.1 din contractul de servicii

Contestatoarea apreciază că autoritatea contractantă alege să minimizeze impactul viciilor documentației de atribuire asupra modului de elaborare a ofertei și costurile la care îl expune suplimentar pe Consultant, ca urmare a incapacității sale de a clarifica propriile necesități.

În opinia sa, autoritatea contractantă nu a răspuns concret criticii aduse, în sensul că prevederea are efecte imprevizibile, deoarece Beneficiarul nu a precizat un număr estimat de zile în care s-ar putea presta suplimentar în schimburi prelungite, pe perioada nopții sau în zile nelucrătoare.

În continuare, lipsind determinarea expresă a zilelor cu schimb prelungit și includerea estimării prețului serviciilor de acest tip în valoarea estimată a Contractului, Consultantul nu poate întocmi o ofertă ce acoperă exact cerințele Beneficiarului din punct de vedere financiar și la nivel de personal alocat proiectului, riscând să suporte costuri suplimentare pe care Beneficiarul nu le va deconta, beneficiind însă de prestațiile suplimentare.

2.15. Secțiunea XIX din punctul de vedere al autorității contractante. Art. 32.3 din contractul de servicii:

În ceea ce privește criticile aduse art. 32.3 din contractul de servicii, autoritatea contractantă susține că, condiționarea deblocării diferenței de 30% (rămasă neplătită conform fișelor de pontaj deja aprobate pentru lunile aferente etapei de proiectare) de Stadiul/Progresul fizic al execuției lucrărilor pentru întregul contract nu ar fi abuzivă și de natură să creeze un dezechilibru major în raportul contractual, ci ar fi corectă și aplicată la situația reală. După părerea sa, această modalitate de plată nu creează premisele îmbogățirii fără justă cauză a Beneficiarului, din moment ce sumele datorate pentru activitatea de supervizare sunt plătite în integralitate până la finalizarea respectivei activități.

Autoritatea contractantă susține că Beneficiarul va plăti serviciile prestate, dacă Consultantul își îndeplinește obligația de a monitoriza ritmul lucrărilor și de a propune măsuri de recuperare a întârzierilor pentru încadrarea Antreprenorului în Programul de lucru aprobat și se va asigura că Antreprenorul implementează respectivele măsuri, astfel încât și stadiile fizice să fie îndeplinite la termen.

Contestatoarea consideră că susținerea autorității contractante confirmă aspectele criticate, respectiv faptul că Beneficiarul amână artificial termenul de plată, ceea ce încalcă prevederile Legii nr. 72/2013 privind termenele maxime de plată și recepție a serviciilor și totodată condiționează plata unei părți importante din prețul serviciilor prestate și recepționate nu de activitatea Consultantului, ci de activitatea Antreprenorului.

Este apreciată eronată și susținerea autorității contractante în sensul că *"Procentele de 70% și 30% au fost stabilite de autoritatea contractantă astfel încât să existe un echilibru între activitatea reală prestată de Consultant și situația reală din Șantier la un anumit moment (raportat la stadiul de realizare propriu-zis al construcției) având la baza dezideratul ca Supervizorul să primească o plată corespunzătoare și corectă indiferent de stadiul execuției lucrărilor, iar diferența ce urmează a fi plătită la îndeplinirea unui prag al progresului fizic să îi asigure Beneficiarului tot confortul că Supervizorul își va duce la bun sfârșit activitățile contractuale în scopul realizării efective a construcției autostrăzii astfel încât această execuție să fie corespunzătoare din toate punctele de vedere."*

Activitatea Consultantului nu se poate măsura și plăti prin raportare la activitatea ce face obiectul altui contract, ci strict prin raportare la activitatea depusă de acesta. Monitorizarea execuției lucrărilor nu înseamnă execuția efectivă a lucrărilor. Consultantul poate doar notifica întârzieri, nemobilizare a personalului și utilajelor antreprenorului, dar nu poate forța antreprenorul să se mobilizeze efectiv, să recupereze întârzieri, să execute lucrări.

Chiar dacă sunt stabilite obiective specifice în sarcina Consultantului raportate însă la activitatea proprie, plata se face per zi de activitate, nu per obiectiv, conform contractului de servicii.

Consultantul poate respecta întocmai prevederile contractului de servicii și această activitate să nu se reflecte în stadiul execuției lucrărilor de către un Antreprenor care, deși a fost desemnat de autoritatea contractantă drept câștigător al unei proceduri de atribuire în funcție de niște criterii considerate suficiente de către autoritate, acesta să nu aibă capacitatea reală de a executa lucrările.

Alegerea antreprenorului este în sarcina Beneficiarului, iar riscul prelungirii contractului de servicii din cauza incapacității antreprenorului desemnat de către Beneficiar de a executa lucrările sau din cauze care stau în sarcina Beneficiarului cum sunt lipsa exproprierilor, vicii ale proiectului tehnic, descoperirea de obstacole fizice, nu poate fi transferat Consultantului sub pretextul că acesta ar avea obligația de a monitoriza execuție lucrărilor și de a solicita antreprenorului recuperarea întârzierilor.

Temerea autorității că plata serviciilor de supervizare fără o corelare cu stadiul execuției ar conduce la încălcarea principiului utilizării eficiente a banului public și aplicarea unor corecții financiare pentru neimplementarea la timp a proiectului nu justifică impunerea unor clauze disproportionale.

În perioada de implementare a contractului respectarea principiului utilizării eficiente a fondurilor publice presupune plata pentru prestarea serviciilor conform prevederilor contractuale agreeate.

Principiul utilizării eficiente a fondurilor publice nu implică impunerea în sarcina partenerilor contractuali privați a unor condiții contractuale excesive sau abuzive în încercarea de a obține o pretinsă eficiență a utilizării banului public, fapt ce reiese chiar din sancționarea de către legiuitor, prin Legea nr. 72/2013, cu nulitatea clauzelor abuzive care produc amânarea plății și recepției impuse de către autorități contractante în relația cu partenerii privați.

Blocarea plății onorariilor Consultantului până la atingerea anumitor stadii de execuție nu constituie o măsură susceptibilă de a conduce la atingerea efectivă a respectivelor stadii de execuție, câtă vreme Consultantul nu poate determina în mod efectiv execuția lucrărilor prin alocarea efectivă de personal, utilaje, achiziția de materiale și materii prime.

2.16. Secțiunea XX din punctul de vedere al autorității contractante. Art. 32.17 din Contractul de servicii:

Petenta învederează Consiliului că, în condițiile în care autoritatea contractantă nu răspunde criticilor formulate în secțiunea 3.18 din contestație, face trimitere la argumentele prezentate și solicită obligarea autorității contractante la adoptarea măsurilor de remediere pentru înlăturarea caracterului disproporționat al acesteia.

2.17. Secțiunea XXI din punctul de vedere al autorității contractante. Formularul B – Garanția de Bună Execuție

Referitor la criticile aduse Formularului B - Garanția de bună execuție din documentația de atribuire, autoritatea contractantă susține că Formularul B - Garanția de bună execuție respectă prevederile legale și că asigurările de garanții constituie garanții autonome potrivit art. 1. lit. a) și art. 2 din Regulile Uniforme privind Garanțiile la Cerere publicate cu nr. 758 de către Camera Internațională de Comerț Articolul 1. lit. a) "Regulile Uniforme pentru Garanții la Cerere ("UDRG").

Aceste susțineri sunt apreciate de contestatoare ca fiind neîntemeiate. Norma specială care reglementează activitatea societăților de asigurări de emiterie a asigurărilor de garanții necondiționate este Norma nr. 32/2021. Aceasta cuprinde prevederi speciale aplicabile cu prioritate față de orice alte prevederi care se aplică garanțiilor la cerere cum ar fi UDRG și stabilește prin art. 2 alin. (4) și (5) caracteristicile garanțiilor necondiționate pe care societățile de asigurări sunt autorizate să le emită.

Conform art. 2 alin. (2) lit a) din Norma nr. 32/2021, societățile de asigurări pot emite în mod limitativ numai două categorii de garanții: garanții condiționate și garanții necondiționate.

Potrivit art. 2 alin. (b) din Norma nr. 32/2021, prevederile normei se aplică garanțiilor necondiționate "încheiate conform prevederilor alin. (4) și (5) și art. 3, dar care nu se încadrează în categoria garanțiilor autonome

reglementate de art. 2.321 din Legea nr. 287/2009 privind Codul civil, republicată, cu modificările ulterioare".

Astfel, garanțiile necondiționate reglementate de normă ca fiind singurele categorii de garanții necondiționate pe care societățile de asigurări le pot emite în derularea activității specifice nu constituie garanții autonome. Dacă acestea sunt garanții autonome în sensul prevăzut de Codul civil, atunci acestea nu fac obiectul reglementării.

În opinia sa, trimiterea autorității contractante la corespondența cu Autoritatea de Supraveghere nu poate fi reținută, în primul rând, pentru că nu i-a fost comunicată, iar, în al doilea rând, pentru că răspunsul ASF nu analizează critica și argumentele sale, ci se limitează să arate ceea ce este evident, și anume că Norma nu are ca scop reglementarea condițiilor de asigurare generale sau specifice ale asigurărilor de garanții, respectiv că Directiva 2009/138/CE (Solvabilitate II) nu permite statelor membre *"să impună aprobarea prealabilă sau notificări sistematice cu privire la condițiile de asigurare generale și speciale, nivelul primelor, bazelor tehnice folosite în special la calcularea nivelului primelor și rezervelor tehnice sau la formulare și alte documente tipărite pe care un asigurător intenționează să le folosească în interacțiunile sale cu deținătorii polițelor de asigurare"*.

2.18. Secțiunea XXII din punctul de vedere al autorității contractante. Art. 34.21 din contractul de servicii

Petenta consideră că susținerile autorității contractante sunt irelevante și de rea credință, câtă vreme aceasta nu răspunde argumentat tuturor criticilor formulate în secțiunea 3.20 din contestație. Astfel, în acest sens, face trimitere la argumentele prezentate în 3.20 din contestație.

2.19. Secțiunea XXIII din punctul de vedere al autorității contractante. Art. 34.22 alin. (6) și (7) din contractul de servicii

Autoritatea contractantă susține că prin prevederile contractuale *"se solicită doar transmiterea unei dovezi cu privire la constituirea garanției de bună execuție prin rețineri succesive"*. În continuare, autoritatea contractantă susține că *"Prin includerea în contract a prevederilor celor două alineate, autoritatea contractantă dorește doar să se asigure că sunt respectate prevederile art. 39 alin. (1) din HG nr. 395/2016, cu modificările și completările ulterioare, respectiv, de a se asigura că garanția de bună execuție s-a constituit de către Supervisor în scopul asigurării Beneficiarului de îndeplinirea cantitativă, calitativă și în perioada convenită a contractului. În lipsa transmiterii de către Trezoreria Statului a acestor confirmări solicitate de către autoritatea contractantă la alin. (6) și (7) din contractul de servicii se creează premisele nerespectării de către Supervisor a art. 39 alin. (1) din H.G. nr. 395/2016, cu modificările și completările ulterioare, Supervisorul nefiind îngrădit să dizolve contul de disponibil care conține garanția de bună execuție "*

Contestatoarea apreciază că autoritatea contractantă nu prezintă argumente pertinente care să fie susceptibile de a justifica impunerea

obligățiilor de prezentare a unor confirmări din partea Trezoreriei Statului care exced obligațiilor instituite în sarcina ofertantului prin art. 40 alin. (4) - (8) din HG nr. 395/2016 și prevederilor Ordinului ministrului delegat pentru buget nr. 1338/2014 privind stabilirea nivelului comisiunilor percepute de Trezoreria Statului pentru serviciile prestate clienților.

2.20. Secțiunea XXIV din punctul de vedere al autorității contractante. Art. 37.3-37.5 din contractul de servicii:

Petenta învederează Consiliului că autoritatea contractantă nu răspunde argumentelor prezentate în secțiunea 3.22 din contestație, motiv pentru care face trimitere la respectivele argumente. Susținerile autorității contractante nu sunt de natură să justifice caracterul disproporționat al clauzei contractuale care îi permite să suspende contractul de servicii fără a prezenta justificări adecvate, fără ca Consultantul să se poată împotrivi sau să poate rezilia contractul de servicii pentru a evita pierderile.

2.21. Secțiunea XXV din punctul de vedere al autorității contractante. Art. 38.18 din contractul de servicii

În ce privește criticile aduse art. 38.8 din contractul de servicii, autoritatea contractantă susține că *„autoarea contestației încearcă să îndică în eroare Consiliul, deoarece în cadrul art. 34 din contractul de servicii care reglementează garanția de bună execuție, atât în ceea ce privește modalitatea de constituire, cuantumul și executarea acesteia, se prevede faptul că autoritatea contractantă [...] are dreptul de a emite pretenții asupra Garanției de bună execuție, oricând pe parcursul derulării contractului, în limita prejudiciului creat Beneficiarului [...]”*.

Petenta arată că atâta timp cât clauza prevede în mod expres condiții ale executării garanției de bună execuție, fără a face trimitere la clauza generală care reglementează aceste condiții sau la condițiile prevăzute de lege, prevederea expresă se aplică ipotezei prevăzute de acea clauză contractuală.

Prevederile art. 34 sau ale HG nr. 395/2016, la care face trimitere autoritatea contractantă în punctul de vedere, trebuia efectuată de la început, la elaborarea modelului de contract, iar în prezent aceasta ar fi trebuit să facă obiectul unei măsuri de remediere.

2.22. Secțiunea XXVI din punctul de vedere al autorității contractante. Art. 40.2 din contractul de servicii (contestatoarea precizează că, din eroare, autoritatea contractantă se referă la art. 34.24 pe care nu l-a criticat în contestație):

Referitor la criticile aduse art. 40.2 din contractul de servicii, autoritatea contractantă susține că *„prevederile acestei clauze contractuale nu prejudiciază Supervisorul, întrucât acesta va fi remunerat pentru serviciile prestate și aprobate de către autoritatea contractantă, anterior suspendării contractului”*. Autoritatea contractantă invocă din nou protejarea interesului public, arătând că, prin clauza contractuală, *„dorește să se asigure de faptul că operatorii economici înțeleg faptul că obiectul contractului este unul de interes public general, iar autoritatea*

contractantă are obligația de a se asigura că, în îndeplinirea contractului, operatorul economic desemnat câștigător, va face toate demersurile, sub toate aspectele, în vederea realizării cu celeritate a obiectivului de interes național”.

În opinia contestatoarei, argumentele autorității contractante nu justifică caracterul disproporționat al clauzei contractuale.

Principiul protejării interesului public este subordonat principiului legalității actului administrativ și actelor asimilate acestuia. Interesul public nu legitimează încălcarea prevederilor legale în materia achizițiilor publice la elaborarea documentației de atribuire, a modelului de contract etc.

De asemenea, principiul priorității interesului public nu legitimează emiterea unor acte sau luare unor măsuri care încalcă principiul proporționalității nici în domeniul dreptului administrativ, în general, nici și în domeniul achizițiilor publice, în particular.

Contestatoarea consideră că nu există o legătură de cauzalitate între a atenționa operatorii economici că au obligația *”de a face toate demersurile, sub toate aspectele, în vederea realizării cu celeritate a obiectivului de interes național”* și denunțarea unilaterală a contractului de către Beneficiar fără a plăti despăgubiri pentru prejudiciile pe care le cauzează.

Contrar susținerilor autorității, contractul de servicii, în forma actuală, nu se caracterizează prin punerea în aplicare a principiului protejării interesului public și al utilizării eficiente a fondurilor publice, ci prin punerea în aplicare a altor ”principii”, precum lipsa asumării răspunderii Beneficiarului pentru deciziile luate în cursul implementării contractului, pentru pagubele pe care le cauzează Consultantului și suportarea de către operatorul economic a unor costuri / prejudicii / sancțiuni / condiții de plată pentru fapte sau omisiuni de care nu este răspunzător.

Pentru a îndeplini obligația stabilită la art. 61¹ alin. (2¹) din Legea nr. 101/2016, contestatoarea a înaintat recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 208069215/1, în valoare de 220.000 lei, emisă de CEC Bank – Sucursala Piața Victoriei, la data de 20.05.2022.

Cauțiunea constituită se va restitui, la cerere, nu mai devreme de 30 de zile de la data rămânerii definitive a hotărârii, în temeiul art. 61¹ alin. (5) și (6) din Legea nr. 101/2016.

Din analiza susținerilor părților și a documentelor existente la dosarul cauzei, Consiliul reține cele ce urmează:

COMPANIA NAȚIONALĂ DE ADMINISTRARE A INFRASTRUCTURII RUTIERE SA, în calitate de autoritate contractantă a organizat procedura de atribuire prin „licitație deschisă”, a contractului de achiziție publică având ca obiect „Servicii de supervizare Execuție Autostrada Buzău-Focșani tronson 2 km 4+600 - km 35+400 Vadu Pașii - Râmnicu Sărat”, cod CPV 71520000-9 (Rev.2), prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr.

CN1042392/08.05.2022, stabilind termen limită pentru primirea ofertelor la 29.06.2022 ora 15⁰⁰, criteriul de atribuire „cel mai bun raport calitate-preț” și valoarea estimată între 45171297,50 și 53344260,68 lei, fără TVA.

Nemulțumită de prevederile documentației de atribuire SC VIA DESIGN SRL a formulat contestația ce face obiectul prezentei cauze prin care solicită.

-suspendarea procedurii de atribuire până la soluționarea contestației în temeiul art.22 din Legea nr. 101/2016;

-obligarea autorității contractante la adoptarea de măsuri de remediere privind conținutul Contractului de supervizare, constând fie (i) în punerea acestora în acord cu dispozițiile legale în materie și cu principiile care guvernează achizițiile publice, fie în (ii) anularea acestora, în situația în care modificarea lor nu este posibilă.

În ceea ce privește cererea contestatoarei de suspendare a procedurii de atribuire, Consiliul s-a pronunțat în sensul respingerii acesteia, prin Încheierea nr. 1463/C4/1182 din data de 30.05.2022.

Împotriva Încheierii nr. 1463/C4/1182 a formulat plângere SC VIA DESIGN SRL la Curtea de Apel București care a făcut obiectul dosarului nr. 4143/2/2022, asupra căreia instanța s-a pronunțat prin Decizia civilă nr. 1730/28.06.2022, ocazie cu care a dispus respingerea, ca nefondată, a acesteia.

Pentru o mai bună gestionare a procedurii de atribuire autoritatea contractantă din proprie inițiativă a dispus suspendarea, starea procedurii de atribuire în SEAP fiind „suspendată”.

Pe fondul cauzei, Consiliul reține că sunt formulate critici cu privire la prevederile caietului de sarcini și contractul de servicii, în conținutul cărora a identificat o serie de clauze care contravin atât dispozițiilor legale în materia achizițiilor publice cât și principiilor de drept ce o guvernează, și au un caracter neclar, după cum susține contestatoarea.

Contestatoarea susține că sunt prevederi ale caietului de sarcini și prevederi contractuale care au un caracter disproporționat față de scopul urmărit (excesive), atât privite individual cât și cumulat, cu privire la modalitatea de plată, sancțiunile aplicabile pentru nerespectarea unor obligații contractuale, reducerile de onorarii, dreptul beneficiarului de a suspenda unilateral executarea contractului de servicii, instituirea unor riscuri neafiate în controlul Consultantului în responsabilitatea acestuia, limitarea răspunderii Beneficiarului pentru prejudiciile cauzate consultantului prin acțiuni și/sau inacțiuni proprii acestuia sau fapte în controlul și/sau responsabilitatea beneficiarului, ajungând în situația de a impune în mod excesiv, total nejustificat raportat la scopul urmărit o serie de măsuri, obligații, sancțiuni, reduceri de onorarii, etc, care înlătură în totalitate obligația de colaborare și fidelitate a părților, deoarece consultantul nu este tratat ca un partener onest și bine intenționat, ci dimpotrivă se pornește de la prezumția de vinovăție a acestuia pentru întârzierea execuției lucrărilor și nefinalizarea proiectului.

În susținerea contestației, SC VIA DESIGN SRL arată că a formulat o solicitare de clarificări cu privire la respectivele prevederi în data de 11.05.2022 la care autoritatea contractantă nu a răspuns.

Analizând conținutul contestației formulată de SC VIA DESIGN SRL, Consiliul constată că autoarea acesteia critica prevederile documentației de atribuire, respectiv unele dispoziții ale modelului de **contract de servicii de supervizare** (parte integrantă din documentația de atribuire), prin raportare la clauzele corespunzătoare ale caietului de sarcini. Din susținerile contestatoarei, rezultă că aceasta invocă caracterul excesiv al prevederilor modelului de contract, cât și caracterul contradictoriu al unor prevederi din contract cu prevederi din caietul de sarcini.

Verificând legislația în vigoare, Consiliul constată că la nivel național 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** a hotărârii de guvern anterior menționată.

Modelul de contract stabilit prin HG nr. 1/2018 nu acoperă, însă, și serviciile de supervizare, astfel că autoritatea contractantă a elaborat proiectul respectiv, pentru a acoperi acest domeniu.

Pentru elaborarea acestui model de contract, s-au consultat instituțiile care au atribuții în coordonarea investițiilor publice, ținându-se cont de bunele practici dobândite în materia lucrărilor finanțate atât din fonduri publice naționale, cât și europene.

Unul din aspectele principale vizate de condițiile generale pentru proiectarea și execuția de lucrări, îl constituie rolul și responsabilitățile supervisorului în urmărirea activității antreprenorului, detaliate în linii generale în cadrul Clauzei 5 (anexa 2 a HG nr. 1/2018), dar care pot fi completate de către Beneficiar în cadrul Caietului de sarcini și/sau modelului de contract prin care se contractează serviciile de supervizare.

Prin prezenta procedură de atribuire urmează a fi atribuite serviciile de supervizare a contractului având ca obiect „*Execuție Autostrada Buzău-Focșani tronson 2 km 4+600 - km 35+400 Vadu Pașii - Râmnicu Sărat*”, pentru care autoritatea contractantă încă derulează procedura de atribuire inițiată prin publicarea în SEAP a anunțului de participare **CN1042392**.

Verificând informațiile publice aferente procedurii de atribuire anterior menționate (**CN1042392**), Consiliul constată că documentația de atribuire conține, printre altele, fișierul „Model contract” și fișierul intitulat „Condiții generale și speciale contract lucrări.rar.p7s” în cadrul căruia se regăsesc:

- HG nr. 1/2018 pentru aprobarea condițiilor generale și specifice pentru anumite categorii de contracte de achiziție aferente obiectivelor de investiții finanțate din fonduri publice; și

- Condițiile speciale pentru contractul „Execuție Autostrada Buzău-Focșani tronson 2 km 4+600 - km 35+400 Vadu Pașii - Râmnicu Sărat”, astfel încât orice operator economic interesat de prezenta procedură de atribuire, cu diligențe minime, putea lua la cunoștință de prevederile acestor documente, cu atât mai mult cu cât nu ar putea invoca necunoașterea dispozițiilor HG nr. 1/2018 (anexa 2), care conține un model obligatoriu de folosit pentru contractele de lucrări finanțate din fonduri publice, fonduri nerambursabile și/sau rambursabile, a căror valoare totală estimată este cel puțin egală cu cea a pragului de publicare a unui anunț în JOUE.

În plus, în cadrul anunțului de participare nr. CN1042392/08.05.2022, prin care a fost inițiată prezenta procedură de atribuire, autoritatea contractantă a inserat informații cu privire la Contractul de „Execuție Autostrada Buzău-Focșani tronson 2 km 4+600 - km 35+400 Vadu Pașii - Râmnicu Sărat”.

În ceea ce privește serviciile de supervizare a contractelor de execuție, la nivel național, nu a fost emis un act normativ prin care să se stabilească o formă standardizată de contract, cunoscut și acceptat atât de antreprenori, cât și de beneficiari, care ar fi contribuit la evitarea unor litigii de genul celui aflat pe rolul Consiliului.

În aceste condiții i-a revenit autorității contractante sarcina de a crea un mecanism contractual, în funcție de experiența sa în implementarea contractelor aferente construirii de drumuri, prin care să se garanteze buna implementare a acestui obiectiv de investiții.

Definiția contractului de achiziție publică, stipulată de art. 3 alin. (1) lit. l) din Legea nr. 98/2016, este următoarea: *„contract de achiziție publică”* - *„contractul cu titlu oneros, **asimilat, potrivit legii, actului administrativ**, încheiat în scris între unul sau mai mulți operatori economici și una ori mai multe autorități contractante, care are ca obiect execuția de lucrări, furnizarea de produse sau prestarea de servicii”*.

Conform Legii nr. 554/2004 privind contenciosul administrativ, art. 2 alin. (1) lit. c) și c¹), *„actul administrativ”* este *„actul unilateral cu caracter individual sau normativ emis de o autoritate publică, în regim de putere publică, în vederea organizării executării legii sau a executării în concret a legii, care dă naștere, modifică sau stinge raporturi juridice”*, fiind asimilate actelor administrative, în sensul Legii nr. 554/2004 și contractele încheiate de autoritățile publice care au ca obiect punerea în valoare a bunurilor proprietate publică, **executarea lucrărilor de interes public**, prestarea serviciilor publice, achizițiile publice, prin legi speciale putând fi prevăzute și alte categorii de contracte administrative.

Având în vedere cele mai sus menționate, Consiliul constată că regimul juridic al contractului în discuție este unul special. Fiind un contract cu ajutorul căruia autoritatea contractantă își realizează o parte din sarcinile

sale, regimul juridic aplicabil acestui contract este unul preponderent de drept public. Prerogativele de drept public la îndemâna autorității contractante constau în faptul că se încheie contractul pentru realizarea unor sarcini ale interesului public ceea ce pune autoritatea contractantă într-o poziție privilegiată cu posibilitatea de a impune unele clauze în contract, de a controla modul de executare și chiar de reziliere a contractului. Voința autorității contractante ca parte a acestui contract este subordonată realizării interesului general.

Fiind încheiat în vederea realizării unei competențe a administrației publice, acest contract se deosebește de contractul de drept comun, privat, el având o natură juridică preponderent de adeziune.

Acesta a fost și motivul pentru care legiuitorul a înțeles să precizeze în mod clar natura juridică a acestui contract, înainte de intrarea în vigoare a OUG nr. 77/2012 pentru modificarea și completarea Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii (act normativ în prezent abrogat), contractul de achiziție publică fiind definit ca un „contract comercial”.

Întrucât legislația în vigoare nu conține o formă standardizată de contract de supervizare, raportat la cele reținute anterior, face ca în realitate conținutul prezentului contract de supervizare să rămână, în general, la aprecierea autorității contractante care își cunoaște cel mai bine interesele, va fi parte în contract și va urmări îndeaproape realizarea acestuia, acesta putând fi cenzurat numai în măsura în care se face dovada că încalcă dispozițiile legale în vigoare.

În cazul de față, autoritatea contractantă a stabilit aceleași cerințe pentru toți posibili ofertanți, le-a adus la cunoștința lor în mod transparent, aceștia având libertatea de a participa sau nu la procedura de atribuire în cauză, în condițiile contractuale impuse de către autoritatea contractantă. Clauzele contractuale redactate de autoritatea contractantă vor putea face obiectul cenzurii CNSC doar în condițiile în care contestatoarea dovedește că încalcă prevederile legale în vigoare.

În soluționarea criticilor aduse prevederilor documentației de atribuire, Consiliul va avea în vedere ca relevante următoarele dispoziții legale:

- art. 3 alin. (1) din Legea nr. 98/2016 „z) *documentația de atribuire - documentul achiziției care 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*”;

- art. 154 din Legea nr. 98/2016 „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”;

- art. 20 alin. (2) din HG nr. 395/2016 „(2) Documentația de atribuire conține orice cerință, criteriu, regulă și alte informații necesare pentru a asigura ofertantului/candidatului o informare completă, corectă și explicită cu privire la modul de aplicare a procedurii de atribuire”;

În cele ce urmează, Consiliul va analiza fiecare aspect criticat așa cum se regăsește în conținutul contestației.

Referitor la **Clauza 2.1 – Definiții din Contractul de servicii și prevederea corespunzătoare din Caietul de sarcini**, contestatoarea critică caracterul neclar al definiției „*Denunțării unilaterale*” a contractului de către Beneficiar, potrivit căreia este „*dreptul recunoscut beneficiarului privind desființarea unui contract privind voința unilaterală a Beneficiarului*”, în lipsa unei trimiteri clare la articolul care stabilește ipotezele de excepția în care Beneficiarul poate exercita dreptul definit, lăsând să se înțeleagă că Beneficiarul are un drept necondiționat de a denunța unilateral contractul, ceea ce nu reiese din art. 40.1 din contractul de servicii. Mai arată că există o necorelare între definiția prevăzută la art. 2.1 și ipotezele în care Beneficiarul poate exercita dreptul de denunțare unilaterală prevăzută la art. 40.1.

Consiliul urmează să respingă ca nefondată critica, deoarece clauzele contractuale se interpretează sistematic, potrivit art. 1267 din Codul civil, „Clauzele se interpretează unele prin altele, dând fiecăreia înțelesul ce rezultă din ansamblul contractului”. Deci, definiția nu se interpretează în afara contextului prevăzut la art 40, o definiție neputând prelua, în conținutul său, toate clauzele contractuale detaliate.

Este evident că nu definiția stabilește condițiile denunțării unilaterale, ci clauzele prevăzute la art. 40. Astfel, iese din discuție existența unui drept necondiționat de a denunța unilateral contractual, aceasta realizându-se în condițiile detaliate în contract.

Este criticat de asemenea faptul că nu este corelată mențiunea din definiția Ordinului de mobilizare/demobilizare a personalului cu dispozițiile art. 10.54 din Contractul de servicii, situație care permite Beneficiarului, în mod excesiv, să includă în categoria „*alte asemenea*” orice situații pentru a justifica emiterea Ordinului de mobilizare sau demobilizare a personalului Consultantului și aplicarea sancțiunilor în cazul neaducerii acestuia la îndeplinire.

Consiliul reține că definiția Ordinului de mobilizare/demobilizare a personalului are următorul conținut „*documentul emis de Beneficiar prin care se solicită de către acesta mobilizarea/demobilizarea personalului Consultantului/Supervizorului oricând pe parcursul derulării contractului de servicii în funcție de necesitățile Beneficiarului, în funcție de situația existentă la un moment dat a prezentului Contract de Servicii sau a Contractului de Execuție Autostrada Buzău-Focșani Tronson 2 km 4+600-km35+400 Vadu Pasii-Râmnicu Sărat sau în funcție de progresul fizic/stadiul fizic al Lucrărilor, sau alte asemenea*”, iar la art. 10.54 din

Contractul de servicii „Consultantul/Supervizorul are obligația, la solicitarea expresă a Beneficiarului, de a mobiliza/demobiliza personalul în funcție de necesitățile Beneficiarului, de situația existentă la un moment dat a prezentului Contract de Servicii sau a Contractului de Execuție sau în funcție de progresul fizic/stadiul fizic al Lucrărilor”.

Consiliul reține că autoritatea contractantă a eliminat, prin măsurile de remediere, sintagma „alte asemenea”, și, cu toate acestea, contestatoarea se arată nemulțumită, deoarece nu vizează prevederi identice din caietul de sarcini. Consiliul urmează să respingă ca nefondată critica, având în vedere că sintagma „alte asemenea” este uzuală în cadrul oricărui contract sau documentații de atribuire, referindu-se la apariția unor situații comparabile. Astfel, niciun model de contract nu poate conține toate situațiile ce se pot ivi în practică. Din acest motiv, revine părților rolul de a justifica și motiva că o anumită situație neprevăzută expres se încadrează în sintagma „alte asemenea”, fiind similar. De altfel, și legislația achizițiilor abundă de expresii de acest gen, uzuală fiind sintagma „sau echivalent”, după cum și „similar” sau „cum ar fi” etc, fără a putea, însă, conchide că legislația nu ar fi clară. Introducerea unei sintagme de acest gen nu transformă prevederile documentației într-unele aleatorii. Este dreptul autorității contractante a elimina din modelul de contract această sintagmă, de la art. 10.54, dar Consiliul nu o va elimina din cadrul altor clauze (7 la număr în modelul de contract) sau din caietul de sarcini, așa cum s-a arătat, fiind o expresie uzuală în contracte.

O altă definiție criticată de către contestatoare este cea prevăzută în Contractul de servicii la art. 2.1 pentru Ordinul Administrativ/Dispoziție Administrativă ca fiind „*orice instrucțiune, modificare, comandă sau dispoziție emisă de managerul de Proiect către Consultant/Supervizor privind prestarea Serviciilor din cadrul contractului sau pentru a clarifica, completa, interpreta termenii și condițiile Contractului, și/sau aprobă/avizează anumite activități desfășurate în cadrul Contractului de Servicii*”, definiție care, în opinia sa, este extrem de generală.

Contestatoarea critică faptul că așa cum este stabilită această definiție, un astfel de document emis de Beneficiar poate viza orice aspect din executarea Contractului de servicii, inclusiv prin raportare la modul în care Consultantul trebuie să își îndeplinească responsabilități în condițiile stabilite în Contractul de execuție lucrări, situație care dă libertate discreționară Beneficiarului de a-și subordona total Consultantul, chiar în privința unor decizii, soluții, luării unor măsuri care necesită independența și obiectivitatea Consultantului.

De asemenea, caracterul excesiv și total imprevizibil al dreptului Beneficiarului de a emite Ordine administrative/Dispoziții administrative obligatorii pentru Consultant conform art. 10.36, este evident, în opinia sa, și prin instituirea dreptului acestuia de a impune Consultantului orice interpretare a termenilor și condițiilor contractuale în condițiile în care interpretarea contractului se face, de regulă, prin acordul părților sau în caz de dezacord de către instanța competentă.

Consiliul va respinge ca nefondată critica respectivă, fiind valabile argumentele de la primele două critici. Astfel, pe de o parte, definiția numește Ordine administrative/Dispoziții administrative orice dispoziție, indiferent cum este aceasta denumită, emisă în legătură cu serviciile ce formează obiectul contractului, și nu în abstract, iar așa cum s-a arătat mai sus, clauzele contractului se interpretează coordonat, iar pe de altă parte, niciun model de contract nu poate cuprinde toate situațiile posibile, revenind părților sarcina de a aprecia similitudinea unor situații.

În ceea ce privește eventuala subordonare a supervisorului, invocată de contestatoare, așa cum rezultă din contestație, este o simplă speculație a contestatoarei, nefiind în niciun fel motivată. Faptul că în paranteză arată că prevederea referitoare la emiterea Ordinilor de suspendare a lucrărilor care apar în art. 10.28 ca fiind o obligație a Consultantului, și nu o măsură/responsabilitate aflată în sarcina acestuia, nu reprezintă o motivare, ci o dispută semantică, respectiv dacă obligația contractuală a unei părți este o noțiune diferită de măsurile/responsabilitățile aflate în sarcina acestuia, ori cele două situații sunt echivalente, fiind evident că responsabilitatea unei părți într-un contract reprezintă obligația sa contractuală.

În ceea ce privește clauza 10.36, despre care contestatoarea susține că ar institui dreptul beneficiarului de a impune Consultantului orice interpretare a termenilor și condițiilor contractuale în condițiile în care interpretarea contractului se face, de regulă, prin acordul părților sau în caz de *dezacord de către instanța competentă, aceasta are următorul conținut:*

„10.36. Consultantul/Supervisorul se va conforma Ordinilor Administrative/Ordinelor de Modificare/Ordinelor de mobilizare/demobilizare/ Dispozițiilor administrative și solicitărilor emise de Beneficiar/ Managerului de Proiect în termenele comunicate de către acesta. Când Consultantul/ Supervisorul apreciază că Ordinele Administrative/Dispozițiile administrative sunt emise cu depășirea competenței Beneficiarului/ Managerului de Proiect sau nu corespund scopului Contractului de Servicii, va notifica Beneficiarul/ Managerul de Proiect într-un termen de 15 zile de la data primirii Ordinului/ Dispoziției/ solicitării. Executarea Ordinului Administrativ/ Dispoziției administrative/ solicitării nu va fi suspendată prin această notificare”.

Consiliul reține că și această clauză este interpretată eronat. Astfel, este evident că modelele de contract de tip FIDIC dau în sarcina Consultantului/Supervisorului interpretarea contractului și tranșarea unor dispute, în modelul de contract „Condițiile generale și specifice și acordul contractual pentru contractele de proiectare și execuție de lucrări din 10.01.2018”, aprobat prin HG nr. 1/2018, existând o multitudine de clauze care se referă la sarcinile supervisorului în interpretarea contractului de lucrări, cele mai relevante fiind clauzele 68- SOLUȚIONAREA LITIGIILOR ȘI LEGEA și 69. REVENDICĂRI ȘI DECIZII, care stabilesc procedură premergătoare de soluționare a litigiilor între beneficiar și antreprenor

înainte de a apela la instanță sau la arbitraj, cu intermedierea supervisorului.

Astfel, prevederile clauzei 69 din Condițiile generale dau un rol important supervisorului în interpretarea clauzelor contractului, acesta având obligația de a analiza revendicările antreprenorului/beneficiarului și de a emite decizii.

Din cuprinsul acestor două clauze, Consiliul va cita, cu caracter exemplificativ, o parte din clauza 69, de unde rezultă rolul important al supervisorului în medierea disputelor între antreprenor și beneficiar:

„Clauza 69c Decizia Supervisorului

69c.1. Admiterea/respingerea în principiu de către Supervisor a Revendicării

După primirea detaliilor (finale) ale unei Revendicări, Supervisorul va:

(a) verifica dacă prevederile Contractului în legătură cu notificarea Revendicării și a detaliilor acesteia, precum și conținutul Revendicării au fost respectate; și

(b) verifica dacă există un merit contractual în baza subclauzelor menționate în Revendicare.

În cazul în care sunt îndeplinite condițiile prevăzute la punctele (a) și (b) de mai sus, Supervisorul va admite în principiu Revendicarea în termen de 30 de zile de la primirea detaliilor (finale) și se va aplica subclauza 69c.2 [Decizia Supervisorului].

În cazul în care una dintre condițiile prevăzute la punctele (a) și (b) de mai sus nu este îndeplinită, Supervisorul va emite o notificare motivată de respingere în principiu a Revendicării, în termen de 30 de zile de la primirea detaliilor (finale). În acest caz, oricare dintre Părți poate să emită o notificare de dezacord în termen de 10 zile de la primirea notificării, în conformitate cu prevederile prezentei subclauze și ale subclauzei 69c.5 [Notificarea de dezacord], caz în care se vor aplica prevederile clauzei 70 [Dispute și arbitraj]. În situația în care nu este emisă nicio notificare de dezacord în acest termen, Părțile au decăzut din dreptul de a primi orice prelungire de termen sau compensații financiare ca urmare a evenimentului sau situației care face obiectul Revendicării.

Dacă Supervisorul nu emite o notificare privind admiterea/respingerea în principiu a Revendicării în termen de 30 de zile de la primirea detaliilor (finale), se consideră că Revendicarea a fost respinsă în principiu. În acest caz, oricare dintre Părți poate să emită o notificare de dezacord în conformitate cu prevederile prezentei subclauze și ale subclauzei 69c.5 [Notificarea de dezacord] în termen de 10 zile de la expirarea acestui termen, în conformitate cu prevederile prezentei subclauze, caz în care se vor aplica prevederile clauzei 70 [Dispute și arbitraj]. În situația în care nu este emisă nicio notificare de dezacord în acest termen, Părțile au decăzut din dreptul de a primi orice prelungire de termen sau compensații financiare ca urmare a evenimentului sau situației care face obiectul Revendicării.

Orice notificare emisă de Supervisor privind admiterea/respingerea în principiu a Revendicării emisă după expirarea termenului de 30 de zile nu produce niciun efect.

69c.2. Decizia Supervisorului

În cazul în care Supervisorul a emis o notificare privind admiterea în principiu a Revendicării, sau ori de câte ori este prevăzut în Contract că Supervisorul va Decide sau va emite o Decizie într-o privință, Supervisorul în termen de 30 de zile de la admitere în principiu a Revendicării, respectiv de la momentul când problema este supusă Supervisorului, va emite o Decizie prin parcurgerea etapelor prevăzute mai jos.

(a) Perioada de consultare

În termen de 15 zile de la admitere în principiu a Revendicării, respectiv de la momentul când problema este supusă Supervisorului sau în termenul convenit de Beneficiar și Antreprenor, Supervisorul va avea consultări cu Părțile, împreună și/sau separat, cu scopul de a ajunge la un acord. După încheierea perioadei de consultări și în cazul în care mai există elemente asupra cărora nu s-a ajuns la un acord, pentru aceste elemente se vor aplica prevederile punctului (b) din această subclauză.

În cazul în care o Parte sau ambele Părți nu participă la consultări, se va considera că a fost respectată procedura privind consultarea și se vor aplica prevederile punctului (b) din această subclauză.

(b) Decizia

Supervizorul va emite Decizia pentru elementele asupra cărora nu s-a ajuns la un acord între Părți în termen de 15 zile de la încheierea perioadei de consultări. Decizia trebuie să cuprindă și motivarea. Decizia Supervizorului va face referire în mod separat la impactul asupra perioadei de timp (dacă există) și la compensații financiare (dacă există). Decizia va fi transmisă imediat (în ziua în care este emisă) Beneficiarului și Antreprenorului.

În cazul în care una dintre Părți nu este de acord cu Decizia emisă de Supervisor, oricare dintre Părți va putea emite, către cealaltă Parte, o notificare de dezacord în conformitate cu prevederile prezentei subclauze și ale subclauzei 69c.5 [Notificarea de dezacord] în termen de 10 zile de la data transmiterii Deciziei. Se vor aplica prevederile clauzei 70 [Dispute și arbitraj], în vederea soluționării problemei pentru care Supervisorul a emis o Decizie.

În cazul în care nu este emisă nicio notificare de dezacord în acest termen, Decizia emisă este finală și obligatorie pentru Părți, care o vor pune în aplicare fără întârziere. În cazul în care o Parte refuză să respecte Decizia Supervizorului devenită finală și obligatorie, cealaltă Parte poate acționa refuzul direct în arbitraj conform prevederilor clauzei 70 [Dispute și arbitraj].

În cazul în care Supervisorul nu emite o Decizie în perioada de timp menționată în cadrul punctului (b) al prezentei subclauze, oricare dintre Părți va putea emite o notificare de dezacord în conformitate cu prevederile prezentei subclauze și a subclauzei 69c.5 [Notificarea de dezacord] în termen de 10 zile de la expirarea termenului de emitere a Deciziei. Orice Decizie emisă de Supervisor după expirarea termenului contractual nu produce niciun efect. Oricare dintre Părți va putea recurge la prevederile clauzei 70 [Dispute și arbitraj], în vederea soluționării problemei pentru care Supervisorul ar fi trebuit să emită o Decizie.

În cazul în care nu este emisă Decizia Supervizorului în termenul aferent Deciziei și nicio notificare de dezacord nu este emisă în termenul aferent notificării de dezacord, Părțile sunt decăzute din dreptul de a primi orice prelungire de termen sau compensații financiare în legătură cu problemele pentru care s-a cerut Decizia Supervizorului”.

Față de cele constatate, Consiliul va respinge, ca nefondată, critica respectivă, în integralitatea sa.

În ceea ce privește criticile referitoare la **Clauza 7.17 din Contractul de servicii**, contestatoarea susține că încalcă prevederile art. 49 alin. (1), art. 50 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, considerând că anumiți operatori ar fi discriminați, că interdicția instituită prin Contractul de servicii poate fi calificată drept practică anticoncurențială în sensul art. 5 alin. (1) din legea nr. 21/1996, fiind o înțelegere între două întreprinderi, care au ca efect împiedicarea/restrângerea dreptului de participare a altor prestatori de servicii pe piața de profil, situația care poate conduce la denaturarea concurenței pe piața relevantă. Contestatoarea mai arată că în lipsa mențiunii existenței unei sancțiuni a Consiliului Concurenței prin care ofertantul și subcontractantul să fi fost sancționați pentru săvârșirea unor practici anticoncurențiale, obligarea Consultantului de a nu subcontracta servicii unui alt ofertant în cadrul procedurii poate conduce la încălcarea prevederilor legislației concurenței și expune Consultantul unor sancțiuni de către Consiliul Concurenței.

Consiliul constată că la art. 7.17 din Contractul de servicii, autoritatea contractantă a stabilit că „În situația în care este necesară înlocuirea unui subcontractant, Consultantul/Supervizorul are obligația de a nu încheia un nou contract de subcontractare cu niciunul/oricare dintre ofertanții declarați necâștigători în cadrul procedurii de atribuire a prezentului contract de achiziție publică”.

Astfel, chiar ea aduce argumentele în susținerea validității acestui punct din contract, respectiv răspunsul ANAP Speța 1132: „Situația descrisă în cadrul întrebării poate fi interpretată ca **prezentând indicii de denaturare a concurenței prin aranjamente în acest sens**, prealabile derulării procedurii de atribuire, ale celor trei ofertanți. Astfel, conform Ghidului privind detectarea și descurajarea practicilor anticoncurențiale în cadrul procedurilor de achiziție publică, publicat de Consiliul Concurenței, **situația în care ofertantul câștigător subcontractează în mod constant către ofertanții necâștigători este considerată un indicator comportamental care poate sugera o practică anticoncurențială. Totodată, ghidul amintit include printre măsurile de prevenire a practicilor anticoncurențiale și recomandarea ca personalului implicat în organizarea procedurilor de achiziții publice să fie instruit cu privire la riscurile practicilor anticoncurențiale și să identifice situațiile care sugerează o posibilă practică anticoncurențială, urmând să sesizeze Consiliului Concurenței.**

Prin urmare, astfel de situații trebuie investigate de Consiliul Concurenței potrivit metodologiilor și metodelor de investigație proprii, doar aceasta din urmă instituție fiind în măsură să constate existența unei infracțiuni în domeniul concurenței și să transmită o analiză autorității contractante care îi oferă suficiente argumente acesteia pentru a respinge subcontractarea către foștii ofertanți, A și C. Astfel, simpla constatare a situației că ofertantul câștigător intenționează să subcontracteze foștilor concurenți nu este suficientă, din punct de vedere legal, pentru a fundamenta respingerea solicitărilor de aprobare a subcontractărilor de către autoritatea contractantă”.

Astfel, speța nu vorbește de o anchetă finalizată a Consiliului concurenței, așa cum eronat susține contestatoarea, ci de caracterul îndoielnic al unei astfel de practici, ce se cuvine a fi prevenit. Deci, textul incriminat de contestatoare nu are un rol sancționatoriu, coercitiv, restrictiv, ci preventiv, astfel încât operatorii să nu fie puși ulterior în situația de a fi sancționați cu sume semnificative, de a fi anchetați sau chiar condamnați.

Prin urmare, contrar interpretării contestatoarei, această clauză cu rol preventiv are rolul de a proteja concurența loială, și nu de a o îngradi.

În același timp, o anchetă a Consiliului Concurenței în situația în care s-ar întâlni o astfel de practică este îndelungată, ori a aștepta finalizarea sa înainte de aprobarea subcontractantului periclitează execuția contractului, afectând interesul public. În concluzie, dacă o astfel de anchetă obligatorie

Într-o atare situație poate fi prevenită prin introducerea acestei clauze contractuale de prevenție, nicio dispoziție legală nu se opune introducerii ei.

Consiliul mai reține ca relevant și punctul de vedere al autortății contractante, conform căruia aceasta a introdus clauza în discuție în conformitate cu prevederile OUG nr. 66/2011 privind prevenirea, constatarea și sancționarea neregulilor apărute în obținerea și utilizarea fondurilor europene și/sau a fondurilor publice naționale aferente acestora, cu modificările și completările ulterioare, precum și HG nr. 875/2011 pentru aprobarea Normelor metodologice de aplicare a prevederilor Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 66/2011 privind prevenirea, constatarea și sancționarea neregulilor apărute în obținerea și utilizarea fondurilor europene și/sau a fondurilor publice naționale aferente acestora, cu modificările și completările ulterioare.

Prevederile punctului 1 și 2 din cadrul art. 33 Practici de cooperare secretă din HG nr. 875/2011 menționează următoarele:

"1. Depunerea de oferte de curtoazie

Ofertele de curtoazie, cunoscute și ca "oferte fantomă", au scopul de a asigura aparența unei licitații concurențiale, fără a se urmări câștigarea acesteia.

Mai mulți ofertanți care cooperează convin să depună oferte la prețuri excesive sau conținând condiții inacceptabile, pentru a favoriza selectarea unui contractant preferat la un preț majorat artificial (în aceste situații ar trebui să se verifice atent valoarea estimată a contractului). Câștigătorul împarte o cotă din profituri cu ofertanții respinși, îi angajează ca subcontractanți sau le permite să câștige alte contracte la prețuri avantajoase. Ofertele de curtoazie pot fi depuse inclusiv de societăți-paravan sau firme afiliate."

"2. Indicatori de fraudă:

[...]

ofertanții respinși sunt angajați ca subcontractanți; [...]

în oferta contractantului sunt incluși subcontractanți aflați în competiție pentru contractul principal;

contractanții calificați se abțin de la depunerea unei oferte și devin subcontractanți, sau ofertantul cu cel mai scăzut preț se retrage și devine subcontractant; [...]"

Din prevederile actului normativ mai sus citate, se observă că angajarea ulterioară ca subcontractant a unui ofertant respins constituie indicator de fraudă, în conformitate cu prevederile OUG nr. 66/2011 și HG nr. 875/2011, critica urmând a fi respinsă.

În ceea ce privește **clauza 10.28 din Contractul de servicii**, contestatoarea subliniază caracterul neclar al acesteia: *"Consultantul/Supervizorul are obligația de a emite Ordine Administrative de suspendare a execuției lucrărilor sau a unei părți din lucrări. Consultantul/Supervizorul va emite și ordinul Administrativ de reluare a execuției lucrărilor atunci când cauza suspendării a dispărut sau a fost*

remediată în mod rezonabil". Caracterul neclar constă în aceea că nu stabilește circumstanțele în care Consultantul ar avea obligația de a emite Ordinul Administrativ de suspendare a execuției lucrărilor în contextual în care neîndeplinirea obligației atrage răspunderea Consultantului. Acesta mai arată că potrivit Sub-clauzei 38.1 (Suspendarea prin ordin Administrativ al Supervizorului) din Condițiile Generale ale Contractului de execuție lucrări emiterea Ordinului nu apare ca fiind o obligație, ci o măsură aflată la dispoziția Consultantului generate de situații care rămân la aprecierea acestuia. Contestatoarea mai arată că obligația de a emite Ordinul administrativ de suspendare a lucrărilor este o obligație de rezultat, potrivit clauzei 10.28, situație care nu poate fi acceptat câtă vreme nu sunt stabilite circumstanțele care oblige Consultantul la emiterea respectivului Ordin.

În analiza criticii, Consiliul reține că la Sub-clauza 38.1 „Suspendarea prin Ordin Administrativ al Supervizorului”, Clauza 38 Suspendare, din Anexa nr. 1 Condiții generale și specific și acordul contractual pentru contractele de execuție de lucrări, din HG nr. 1/2018, este stabilit că:

„Antreprenorul, la primirea unui Ordin Administrativ de suspendare, va suspenda execuția Lucrărilor sau a unei părți din acestea, pe perioadele și în modul specificate în notificare. Ordinul Administrativ va menționa cauza suspendării, precum și Partea responsabilă în conformitate cu prevederile Contractului. Suspendarea va intra în vigoare la data la care Antreprenorul primește Ordinul sau la o data ulterioară dacă Ordinul prevede astfel. Dacă data reluării execuției nu este prevăzută în ordinul Administrativ de suspendare, Supervizorul va emite un nou Ordin Administrativ de reluare a execuției imediat după ce, în opinia Supervizorului, cauza suspendării a dispărut sau a fost remediată în mod rezonabil. Antreprenorul va relua execuția Lucrărilor la data reluării execuției (dacă este menționată în ordinal Administrativ de suspendare (sau în cel mai scurt timp rezonabil și, cu excepția cazului în care Părțile stabilesc astfel, în cel mult 10 zile de la primirea unui Ordin Administrativ de reluare a execuției. Aplicând prevederile subclauzei 10.1. Părțile se vor asigura că autorizația/autorizațiile de construire sunt în continuare valabile”.

Consiliul consideră critica nefondată. Astfel, dacă modelul de contract din HG nr. 1/2018 cuprindea toate obligațiile supervizorului, nu mai era necesară realizarea acestui model de contract, ce reprezintă actul atacat prin prezenta. Este cert că modelul de contract de tip FIDIC expus mai sus stabilește obligațiile părților, respective antreprenor și beneficiar, și doar tangențial face referire la cele ale supervizorului. De asemenea, este necesar ca acel contract să fie coordonat cu contractul cu supervizorul, stabilindu-se și obligații pentru acesta.

Cu caracter exemplificativ, Consiliul reține clauza 58.2. din modelul de contract din Anexa nr. 1 Condiții generale și specific și acordul contractual pentru contractele de execuție de lucrări, din HG nr. 1/2018, potrivit căruia: „În urma verificării și testării, **Supervizorul va notifica Antreprenorul cu privire la rezultatul Testelor la Terminare.** În conformitate cu prevederile notificării și în termenul prevăzut de aceasta,

Lucrările care nu corespund specificațiilor și condițiilor din Contract vor fi demolate și reconstruite de Antreprenor sau reparate. Dacă Antreprenorul nu respectă prevederile notificării, Beneficiarul poate alege, printr-o notificare transmisă Antreprenorului în conformitate cu prevederile subclauzei 69b [Revendicările Beneficiarului], să efectueze aceste demolări, reconstruiri sau reparații, direct sau prin terți, pe costul Antreprenorului. Supervizorul poate solicita de asemenea demolarea și reconstruirea sau reparația oricărei Lucrări în care s-au utilizat Materiale și/sau Echipamente neconforme cu prevederile Contractului, sau care au fost executate în perioadele de suspendare prevăzute la clauza 38 [Suspendare]”.

Astfel, este illogic să admitem că supervizorul acționează doar la simpla sa apreciere, și nu în baza regulilor profesionale. Motivul pentru care sunt angajați supervizorii tocmai acesta este, respectiv necesitatea existenței unui profesionist obiectiv interpus între antreprenor și beneficiar, acesta urmărind pentru beneficiar modalitatea în care este respectat contractul și dispozițiile legale speciale în materie.

Astfel, potrivit modelului de contract din HG nr. 1/2018, motivele de suspendare pot fi din vina antreprenorului, dar există și din motive care nu sunt imputabile Antreprenorului, respectiv sunt imputabile beneficiarului sau sunt independente de ambele părți, cum ar fi condiții meteorologice excepționale. Supervizorul, ca un bun profesionist, este cel mai în măsură să aprecieze dacă trebuie sau nu să ia această măsură. Ori, dacă ea este necesară, iar profesionistul, din eroare sau neglijență, nu ia această măsură, acestapotea fi și trebuie tras la răspundere.

Modelul de contract nu poate stabili când trebuie emise aceste ordine, ci supervizorul calificat trebuie să știe acest lucru. De regulă, beneficiarul află târziu că aceste măsuri nu au fost luate, prin prisma problemelor ulterioare din șantier.

Prin urmare, clauza este clară, interpretarea sa depinzând de problemele apărute în șantier care impun intervenția la timp a supervizorului.

În ceea ce privește clauza **10.36 din Contractul de servicii**, *„Consultantul/Supervizorul se va conforma ordinelor Administrative/Ordinelor de Modificare/Ordinelor de mobilizare /demobilizare/Dispozițiilor administrative și solicitărilor emise de Beneficiar/Managerul de Proiect în termenele comunicate de către acesta. Când Consultantul/Supervizorul apreciază că Ordinele Administrative/Dispozițiile administrative sunt emise cu depășirea competenței Beneficiarului/Managerului de Proiect sau nu corespund scopului Contractului de Servicii, va notifica Beneficiarul/Managerul de Proiect într-un termen de 15 zile de la data primirii ordinului/Dispoziției/solicitării. Executarea Ordinului Administrativ/Dispoziției administrative/solicitării nu va fi suspendată prin această notificare”*, contestatoarea critică faptul că prin precizarea că ordinul este obligatoriu pentru Consultant chiar, chiar dacă este emis cu depășirea competenței Beneficiarului/Managerului de Proiect sau nu corespuns

scopului Contractului de servicii, Beneficiarul își asigură în fapt dreptul de a emite Ordine ce încalcă atât prevederile Contractului de servicii și ale Contractului de lucrări, cât și prevederile legale și de a forța Consultantul să încalce și el prevederile legale și eventual să răspundă în fața terților în temeiul răspunderii delictuale. Contestatoarea precizează, totodată, că în lipsa stabilirii unei perioade de conciliere între părți cu privire la caracterul necontractual și/sau nelegal al Ordinului/Dispoziției din cauza depășirii competenței Beneficiarului/ Managerului de Proiect sau a extinderii scopului Contractului de Servicii la activități neprevăzute în acesta, impunerea unui astfel de Ordin/Dispoziție are caracter excesiv, situație care permite Beneficiarului să dea orice Ordin, în orice domeniu, cu încălcarea oricărei dispoziții contractuale și/sau legale.

Consiliul reține că această clauză se interpretează în contextul general al contractului, și nu ruptă din context. Ea este logică, beneficiarul având dreptul de a da dispoziții administrative, ordine de mobilizare/demobilizare. Discuția se poartă, însă, asupra caracterului contractual/necontractual al dispoziției, în aprecierea Consultantului/ Supervizorului. Clauza nu spune, însă, că supervizorul este obligat să încalce legea și contractul, așa cum susține contestatoarea, ci spune că beneficiarul, în calitate de client, deci cea mai interesată persoană în bunul mers al șantierului, poate emite dispoziții obligatorii, executorii imediat. Dacă Consultantul/Supervizorul are obiecțiuni, acesta este obligat să le expună prin notificare, iar până la analiza notificării, acesta este obligat să se supună dispozițiilor beneficiarului. Este evident că un eventual ordin nelegal nu poate fi imputat supervizorului, ci beneficiarului, ori eventuale consecințe ca urmare a unui astfel de ordin sunt suportate de beneficiar.

Consiliul nu identifică în motivarea contestației niciun fel de vătămare produsă supervizorului, prin existența acestei clauze, prin urmare, nu există motive pentru a fi eliminată.

În ceea ce privește clauzele **10.37 și 15.7 din Contractul de servicii**, contestatoarea critică faptul că acestea se contrazic, una stabilind autoritatea Consultantului de a decide dacă și ce clarificări să emită cu privire la ambiguitățile, erorile, discrepanțele și neclaritățile din documentele Contractului de Execuție lucrări, iar cealaltă sancționând Consultantul dacă nu își îndeplinește obligația de a emite astfel de clarificări. Contestatoarea mai arată că prin caracterul neclar al clauzelor este încălcat principiul transparenței ce guvernează achizițiile publice și pe cel al proporționalității în condițiile în care permite sancționarea Consultantului în situații nedeterminate în mod clar.

Din analiza celor două clauze din Contractul de servicii, Consiliul reține că acestea au următorul conținut:

- clauza 15.7 „*Consultantul/Supervizorul are obligația să emită toate clarificările sau dispozițiile necesare pentru documentele care fac parte din Contractul de Lucrări, în caz de ambiguitate sau discrepanțe ale acestora*”
sancțiunea pentru nerespectarea acestei obligații fiind de 4000 lei/eveniment;

- clauza 10.37 „În îndeplinirea atribuțiilor sale, Consultantul/Supervizorul va avea responsabilitățile prevăzute în Contractul de Execuție (conform Condiții Generale și acordul contractual pentru contractele de execuție lucrări, prevăzute în Anexa nr. 1 din H.G. nr. 1/2018), iar în caz de ambiguitate, erori, discrepanțe, neclarități ale documentelor Contractului de Execuție de lucrări, Consultantul/supervizorul are autoritatea de a emite dispozițiile pe care le consideră necesare pentru rezolvarea acestor situații”.

Consiliul constată că nu există contradicții între cele două clauze, așa cum susține contestatoarea, ci ele sunt perfect lizibile, referindu-se la obligația consultantului de a lămuri ambiguitatea sau discrepanțele dintre documentele contractului.

Dimpotrivă, clauza își are sorginea în Clauza 3 Ordinea de precedență a documentelor contractuale, din modelele de contract ce fac parte din anexele la HG nr. 1/2018, respectiv:

„3.1. Documentele care alcătuiesc Contractul vor fi considerate ca documente care se explicitează reciproc. În scopul interpretării, ordinea de precedență a documentelor va fi următoarea:

- (i) Acordul Contractual;*
- (ii) Formularul de Ofertă completat și, după caz, corectat;*
- (iii) Condițiile Speciale;*
- (iv) Condițiile Generale;*
- (v) Cerințele Beneficiarului;*
- (vi) Graficul de Eșalonare a Plăților;*
- (vii) Oferta Antreprenorului și orice alte documente care fac parte din Contract, inclusiv, fără a fi limitat la:*
 - Oferta financiară a Antreprenorului (după corecțiile aritmetice);*
 - Oferta tehnică a Antreprenorului (inclusiv clarificările din perioada de evaluare a ofertelor);*
 - angajamentul ferm al fiecărui terț susținător (dacă este cazul);*
 - acordul de asociere (în cazul în care Antreprenorul constituie o asociere, un consorțiu sau o altă grupare de două sau mai multe persoane);*
 - subcontractul încheiat cu fiecare Subcontractant (dacă este cazul);*
 - orice alte documente care fac parte din Contract.*

Modificările și actele adiționale (dacă există) vor avea prioritatea documentelor pe care le modifică. Ordinea de precedență reprezintă ordinea de prioritate a documentelor. În caz de discrepanțe între documente, prevederile documentului prioritar vor prevala. În caz de ambiguitate ale documentelor, Supervizorul va emite clarificările sau instrucțiunile necesare”.

Prin urmare, nu există niciun motiv a corecta documentația în vreun sens sau altul, critica urmând a fi respinsă.

În ceea ce privește criticile referitoare la clauzele **10.43 și 15.7 din Contractul de servicii**, contestatoarea consideră că un termen de 30 de

zile și nu de 20 zile ar fi necesar pentru volumul și complexitatea documentelor ce trebuie analizate pentru aprobarea numirii și/sau înlocuirii Subantreprenorilor, activitate care necesită timp îndelungat pentru analiză, solicitări de clarificări sau completări a unor documente.

Contestatoarea supune analizei Consiliului și necorelarea conținutul art. 10.43 cu cel al art. 15.7, prin care pentru nerespectarea termenului „în termen de 15 zile de la primirea propunerii”, situație care creează incertitudine în privința condițiilor ce trebuie îndeplinite pentru aplicarea sancțiunii drastice prevăzute de Contractul de servicii.

Consiliul constată că art. 10.43 are următorul conținut:

„Consultantul/Supervizorul are obligația ca în termen de 20 de zile de la data primirii propunerii să analizeze, evalueze, și după caz să aprobe/respingă orice propunere transmisă de către Antreprenor cu privire la înlocuirea Subantreprenorilor propuși după semnarea Contractului de Execuție, cât și cu privire la nominalizarea altor Subantreprenori care nu au fost menționați inițial la semnarea Contractului de Execuție. În condițiile nerespectării acestei obligații, Beneficiarul va percepe penalități de 10.000 lei per subcontractant”.

Potrivit art. 15.7 „Clauza 7 Subcontractare - Consultantul/Supervizorul are obligația de a analiza, revizui și aproba/respinge, după caz, orice propunere făcută de către Antreprenor cu privire la înlocuirea Subantreprenorilor propuși, după semnarea Contractului de lucrări, în termen de 15 zile de la primirea propunerii”.

Consiliul mai reține că pentru claritate și pentru corelare la nivelul modelului de contract de servicii, autoritatea contractantă a adoptat măsura de remediere nr. 3, respectiv modificarea prevederilor art. 10.43, după cum urmează:

„10.43 Consultantul/Supervizorul are obligația ca, în termen de 30 de zile de la data primirii propunerii, să analizeze, evalueze, și după caz să aprobe/respingă orice propunere transmisă de către Antreprenor cu privire la înlocuirea Subantreprenorilor propuși după semnarea Contractului de Execuție, cât și cu privire la nominalizarea altor Subantreprenori care nu au fost menționați inițial la semnarea Contractului de Execuție. În condițiile nerespectării acestei obligații, Beneficiarul va percepe penalități de 10.000 lei per subcontractant. ”

De asemenea, autoritatea contractantă a adoptat măsura de remediere nr. 4, respectiv modificarea prevederilor art. 15.7 - Clauza 7 după cum urmează:

Obligație contractuală	Sanctiune / penalitate în caz de neîndeplinire obligație contractuală
[...]	

<p>Clauza 7 Subcontractare <i>Consultantul/Supervizorul are obligația de a analiza, revizui și aproba/respinge, după caz, orice propunere făcută de către Antreprenor cu privire la înlocuirea Subantreprenorilor propuși, după semnarea Contractului de lucrări, în termen de 30 de zile de la primirea propunerii.</i></p>	<p>10.000 lei/ subcontractant</p>
<p>[...]</p>	

Astfel, având în vedere că autoritatea contractantă a achiesat la solicitarea contestatoarei, clarificarea nefiind, însă, postată în SEAP, Consiliul va admite critica și va dispune publicarea în SEAP a măsurilor de remediere.

În ceea ce privește clauzele **10.54, 19.3 și 19.11 din Contractul de servicii**, Consiliul constată că legat de aceste clauze contractuale contestatoarea critică faptul că:

-modul de formulare a art. 10.54 și art. 19.3 este unul mai mult decât permisiv în privința beneficiarului;

-în conținutul acestora nu sunt identificate/circumstanțiate situațiile în care Beneficiarul poate proceda la mobilizarea/demobilizarea personalului, decizia fiind lăsată exclusiv la îndemâna beneficiarului nu doar sub aspectul cauzelor, cât și sub aspectul condițiilor termen și durată;

-clauzele 10.54 și 19.3 (inclusiv prin raportare la art. 19.11 alin. 2) sunt excesive în condițiile în care împrejurările care pot determina demobilizarea persoanelor nu sunt limitative sau cel puțin obiectiv determinate sau nu implică pe supervisor în actul decizional, în timp ce demobilizările pot avea durate nedeterminate și nedeterminabile la momentul formulării ofertei;

-art.19.11 alin. (2), riscurile unor întârzieri în executarea contractului de lucrări nu pot fi asumate de către Supervisor prin costuri suplimentare de 50% din Prețul contractului;

-limitarea răspunderii Beneficiarului pentru prejudiciile cauzate prin demobilizarea îndelungată a personalului Consultanțului pe o perioadă cumulate de 50% din numărul de zile alocat fiecărui expert este excesivă, și mai mult decât atât, în ipoteza neîndeplinirii de către Supervisor a obligațiilor asumate prin contract, Beneficiarul are la dispoziție mecanisme contractuale prin care să sancționeze Consultanțul pentru conduită necorespunzătoare;

-Consultanțul este penalizat în cazul în care alocă personalul altui proiect, iar la emiterea unui ordin de mobilizare nu mai poate fi în poziția de a reduce personalul nominalizat prin Contractul de servicii, situație față de care consideră necesară o **pondere rezonabilă** între circumstanțele care pot determina evoluția contractului de executare de lucrări la care se raportează activitatea Supervisorului și durata perioadelor de demobilizare pentru care Contractanțul nu este îndreptățit să pretindă compensații

financiare este de 10% din numărul de zile alocat respectivului expert potrivit ofertei.

Pentru a concluziona în ce măsură sunt sau nu fondate criticile de mai sus, Consiliul are în vedere conținutul prevederilor supuse analizei, acestea având următorul conținut:

-10.54 „Consultantul/Supervizorul are obligația, la solicitarea expresă a Beneficiarului, de a mobiliza/demobiliza personalul în funcție de necesitățile Beneficiarului, de situația existentă la un moment dat a prezentului Contract de Servicii sau a Contractului de Execuție sau în funcție de progresul fizic/stadiul fizic al Lucrărilor”;

-19.3, partea finală, „Oricând pe parcursul derulării contractului de servicii, în funcție de necesitățile Beneficiarului, și/sau de necesitățile Consultantului/Supervizorului, cât și de situația existentă la un moment dat a prezentului Contract de Servicii sau a Contractului Execuție Autostrada Buzău-Focșani Tronson 2 km 4+600+km 35+400 Vadu Pașii – Râmnicu Sărat sau în funcție de progresul fizic/stadiul fizic al Lucrărilor, sau alte asemenea, Beneficiarul poate emite Ordinul/ordine de mobilizare/demobilizare prin care se va solicita fie mobilizarea personalului Consultantului/Supervizorului, fie demobilizarea acestuia în condițiile în care personalul Consultantului/Supervizorului a fost deja mobilizat”.

-19.11 din Contractul de servicii „(1) Experții cheie/non-cheie/alt personal demobilizat pot fi activați ulterior, în funcție atât de necesitățile Beneficiarului, cât și de situația existentă la un moment dat în prezentul Contract de Servicii sau în Contractul Execuție Autostrada Buzău-Focșani Tronson 2 km 4+600 – km 35+400 Vadu Pașii – Râmnicu Sărat sau în funcție de progresul fizic/stadiul fizic al Lucrărilor, sau alte asemenea, printr-un nou Ordin de Mobilizare emis de către Beneficiar în care va fi menționată data reactivării acestora, data care nu poate depăși 5 zile de la data emiterii Ordinului de Mobilizare.

(2) În situația demobilizării personalului care a fost deja mobilizat prin Ordin de Mobilizare anterior, dar Autoritatea contractantă considera ca mai este nevoie de acesta, Consultantul/Supervizorul nu este îndreptățit să pretindă compensații financiare/costuri suplimentare/daune/despăgubiri/pretenții de orice natură, atât timp cât durata cumulată a perioadelor de mobilizare a expertului respectiv nu depășește 50% din numărul de zile alocat respectivului expert conform Caietului de sarcini.

(3) În situația demobilizării personalului care a fost deja mobilizat prin Ordin de Mobilizare anterior, Consultantul/Supervizorul nu este îndreptățit să pretindă compensații financiare/costuri suplimentare/daune/despăgubiri/pretenții de orice natură, în condițiile în care nu mai este deloc necesară prezenta acestui expert după demobilizare, prin raportare la situația contractului de servicii sau a contractului de execuție sau a progresului fizic/stadiul fizic al lucrărilor.

(4) În situația nemobilizării deloc a personalului, Consultantului/Supervizorului nu este îndreptățit să pretindă compensații

financiare/costuri suplimentare/daune/despăgubiri/pretenții de orice natură”.

Consiliul reține că în ceea ce privește clauza 10.54, autoritatea contractantă nu face decât să o coreleze cu contractul de lucrări, respectiv mobilizarea/demobilizarea personalului trebuie să țină seama de bunul mers al șantierului. Clauzele contractuale se interpretează cu bună-credință, astfel că nu se poate invoca o eventuală rea-credință a beneficiarului, care ar putea mobiliza/demobiliza personalul la bunul său plac. Această clauză, ca și cea de la 19.3, au drept scop folosirea judicioasă a personalului, astfel încât contractul să poată fi derulat eficient și economic. Astfel, dacă stadiul fizic al lucrărilor nu presupune prezența unui anumit expert, acesta trebuie demobilizat, pentru ca beneficiarul să nu îl plătească inutil.

Gestiunea forței de muncă proprii aparține prestatorului, fără ca acest lucru să însemne că beneficiarul va plăti toți experții implicați în contract, pe toată durata contractului, indiferent dacă prestează sau nu activități pe toată durata contractului sau doar în anumite perioade. De regulă, supervizorii au în derulare mai multe contracte simultan, experții fiind ocupați doar în anumite perioade în cadrul contractelor respective. Modul în care operatorul își gestionează resursele proprii nu ține doar de ACEST contract, în cadrul lui urmând a fi decontate doar activitățile prestate efectiv, și nu simpla prezență a expertului.

În ceea ce privește clauzele de la 19.11 din Contractul de servicii, Consiliul reține că în vederea îndeplinirii obligațiilor contractuale, în acord cu obiectul Contractului de proiectare și execuție, Consultantul are obligația să-și adapteze programul de lucru prevăzut în graficul de lucrări în concordanță cu programul de lucru al antreprenorului, în funcție de stadiul lucrărilor, că modalitatea în care prestatorul îndeplinește obiectul contractului, prin alocarea personalului aferent prestării serviciilor la care s-a obligat și a numărului de ore pe care aceștia urmează să-l presteze în vederea îndeplinirii sarcinilor ce le revin, este în strânsă legătură cu etapa contractuală în care se află Antreprenorul, fără însă a se depăși termenele contractuale menționate în graficul de timp al Inginerului. Astfel, de nicăieri din conținutul clauzelor citate nu rezultă că prestatorul și-ar asuma obligația de a alocă un număr de personal angajat pe o anumită perioadă de timp independent de stadiul lucrărilor de construcție, ci dimpotrivă, că acesta își asumă obligația de a presta serviciile cu personalul necesar stadiului lucrărilor, ofertanții dimensionându-și oferta pentru îndeplinirea obiectului contractului. Apare, astfel, ca evidentă obligația lor de a-și suplimenta resursele în situația în care ceea ce a ofertat nu asigură necesarul de resurse. Prin urmare, dacă operatorul s-a angajat la prestarea unui serviciu la un preț, nu există niciun motiv a solicita renegocierea prețului, în afara celor stabilite în contract. Faptul că prezența unui expert este necesară pentru mai mult timp decât cel stabilit initial, nu dă dreptul la renegocierea contractului.

Consiliul mai reține că nu se poate pune în discuție impreviziunea în acest contract, în ceea ce privește durata realizării lui, în realitate, fiind

vorba de legătura sa indivizibilă cu contractul de proiectare și execuție, fiind clar că în situația în care acesta din urmă se prelungește, și contractul de supervizare va avea aceeași soartă. Așa cum s-a arătat mai sus, contractul de supervizare nu este unul de tip abonament, consultantul fiind angajat pentru supervizarea unei lucrări, pe tot parcursul său, până la recepția finală. Drept urmare, că lucrarea este sau nu este finalizată în timp, este un risc pe care supervizorul și-l asumă, acesta având pârghii legale de a interveni în contractul de execuție pentru accelerarea ritmului lucrărilor.

Consiliul reține că necesarul de personal este stabilit de fiecare operator economic participant, cu respectarea documentației de atribuire. În condițiile în care operatorul trebuie să își mobilizeze/demobilizeze personalul în concordanță cu stadiul proiectării și execuției, și în funcție de specializarea acestuia în diverse etape ale contractului, nerespectarea acestor obligații va conduce la emiterea unui ordin de mobilizare/demobilizare din partea beneficiarului. În situația în care acești specialiști ar rămâne mobilizați, deși nu mai este nevoie de ei în această etapă, contractul ar deveni neeconomic, beneficiarul având interes în realizarea lui în condiții economice, pentru a putea fi dus la bun sfârșit. Principala responsabilitate de exploatare economică a resurselor revine, însă, Supervizorului, beneficiarul intervenind *in extremis*, în condițiile în care acesta nu își îndeplinește atribuțiile.

În ceea ce privește susținerea contestatoarei potrivit căreia *„Derularea contractului de supraveghere este strâns corelată cu evoluția contractului de executare a lucrării. Trebuie să se țină seama că în măsura în care Supervizorul și-a îndeplinit obligațiile specifice din contractul de Supervizare, iar executantul tot nu respectă termenele contractuale, trebuie luată în calcul și culpa beneficiarului în alegerea executantului; potrivit principiul asumării răspunderii”*, așa cum s-a arătat mai sus, contractul de supervizare nu este un contract tip abonament, plătit lunar, ci el are un obiect determinat, respective supervizarea unei lucrări, la un preț stabilit. Că antreprenorul întârzie din vina sa exclusivă, nu poate fi imputat beneficiarului, ci exclusiv acestuia, urmând a plăti penalități. Tocmai din acest motiv supervizorul trebuie să gestioneze corect personalul, respectiv să îl mobilizeze sau demobilizeze în funcție de necesitățile contractului și de realitatea și ritmul lucrărilor din teren, pentru a nu înregistra pierderi în derulare. Consiliul mai reține că din clauza criticată, rezultă că mobilizarea în plus a unui expert mai mult de 50% din timp, față de numărul de ore din caietul de sarcini dă dreptul la decontarea integrală a serviciilor respective, înțelegându-se, astfel, că o creștere semnificativă a prestațiilor dă drept de decontare integrală. Consiliul mai reține că clauza criticată nu se referă, așa cum eronat susține contestatoarea, la prestarea de activități în plus cu 50% de către fiecare expert în parte, ci se referă la situații accidentale, când este vorba doar de *„durata cumulată a perioadelor de mobilizare a expertului respectiv nu depășește 50%”*, deci situații izolate. Cu toate acestea, o astfel de interpretare, in extremis, poate avea loc.

În această situație, pentru a fi prevenită și a nu fi posibilă asumarea unui risc major pentru supervizor, devine necesară introducerea unor prevederi rezonabile care să limiteze cuantumul sumei cu care s-ar majora valoarea contractului ca urmare a aplicării acestei clauze, sau numărul de persoane pentru care se aplică această clauză, pe tot parcursul contractului, astfel încât să nu se ajungă la interpretarea pe care o invocă contestatoarea, respectiv majorarea prestațiilor tuturor experților până la 50%, situație care ar deveni deosebit de împovăraătoare pentru supervizor. Sub acest aspect, nici menționarea unui procent de 10% în loc de 50% nu este de natură a îl proteja pe supervizor, dacă se referă la toți experții, o majorare cu 10 % a valorii contractului, doar din aplicarea acestei clauze, fiind una importantă.

Prin urmare, Consiliul dispune completarea Clauzei 19.11 alin. (2) în sensul arătat mai sus.

În ceea ce privește clauza 19.3, Consiliul reține că autoritatea contractantă este de acord să ia măsuri de remediere, în acest sens fiind propusă măsura de remediere nr. 5, respectiv modificarea prevederilor art. 19.3 - ultimul paragraf, după cum urmează:

"Oricând pe parcursul derulării contractului de servicii, în funcție de necesitățile Beneficiarului, și/sau de necesitățile Consultantului/Supervizorului, cât și de situația existentă la un moment dat a prezentului Contract de servicii sau a Contractului Execuție Autostrada Buzău-Focșani Tronson 2 km 4+600 - km 35+400 Vadu Pașii - Râmnicu Sărat sau în funcție de progresul fizic/stadiul fizic al Lucrărilor, Beneficiarul poate emite Ordin/Ordine de mobilizare/demobilizare prin care se va solicita fie mobilizarea personalului Consultantului/Supervizorului, fie demobilizarea acestuia în condițiile în care personalul Consultantului/Supervizorului a fost deja mobilizat", precum și măsura de remediere nr. 6, respectiv modificarea prevederilor art. 19.11 alin. (1), după cum urmează:

„19.11 (1) Experții cheie/non-cheie/alt personal demobilizați pot fi activați ulterior, în funcție atât de necesitățile Beneficiarului, cât și de situația existentă la un moment dat în prezentul Contract de Servicii sau în Contractul Execuție Autostrada Buzău-Focșani Tronson 2 km 4+600 - km 35+400 Vadu Pașii - Râmnicu Sărat sau în funcție de progresul fizic/stadiul fizic al Lucrărilor, printr-un nou Ordin de Mobilizare emis de către Beneficiar în care va fi menționată data reactivării acestora, dată care nu poate depăși 5 zile de la data emiterii Ordinului de Mobilizare.”

Prin urmare, Consiliul va admite criticile și va dispune publicarea măsurilor de remediere în SEAP.

Cu privire la clauza **10.57 din Contractul de servicii**, aceasta are următorul conținut: *„în cazul în care Consultantul/Supervizorul nu va ajunge la un acord cu Antreprenorul, Consultantul/Supervizorul are obligația de a defini, numai împreună cu Beneficiarul, indicatorii de referință în vederea stabilirii și/sau completării sistemului de puncte de referință prin care se va controla conformitatea progresului Lucrărilor cu programul de*

execuție al Antreprenorului în conformitate cu prevederile Contractului de Execuție". Contestatoarea consideră că această clauză excede scopului Contractului de servicii, astfel cum reiese acesta din art. 18 Scopul Contractului de servicii coroborat cu secțiunea 5.2.3.4. Activități aferente supervizării pre-construcției, pct. 20 din Caietul de sarcini și Sub-clauza 36.3 din Condițiile Generale ale Contractului de execuție lucrări.

În opinia sa, prevederea privitoare la realizarea unui acord între Consultant și Antreprenor trebuie revizuită pentru a fi adaptată scopului Contractului de servicii, deoarece în această formă este neclară și permite Beneficiarului să aplice prevederile contractuale în mod discreționar, inclusiv în sensul sancționării Consultantului pentru nerespectarea unei obligații care nu intră în scopul Contractului de servicii, perspectivă din care clauza este excesivă.

Consiliul reține că această clauză are legătură cu Clauza 17 și Sub-clauza 36.3 din Condiții Generale ale Contractului de execuție lucrări aprobate prin HG nr. 1/2018, și nu exced scopului contractului. Pe de altă parte, contestatoarea formulează criticile sale neclar, neînțelegându-se la ce face referire. Clauza se referă la revizuirea programului de execuție, respectiv stabilirea indicatorilor de referință pentru a urmări progresul lucrărilor. Cum printre obligațiile supervisorului este și aceea de a urmări acest progres, iar atunci când nu s-a respectat, acesta are obligația de a solicita modificarea programului, este neclar ce, anume, solicită contestatoarea, respectiv în ce constă depășirea obiectului contractului.

Prin urmare, critica va fi respinsă, fiind evident că prevederea se încadrează în obiectul și scopul contractului.

În ceea ce privește **clauza 10.59 din Contractul de servicii**, contestatoarea arată că aplicarea penalității de 10.000 lei per eveniment este o sancțiune pentru neîndeplinirea către Consultant a obligației de a supraveghea modul de alocare a resurselor de către antreprenor și de a-l notifica în scopul remedierii situației, iar condițiile în care se aplică sancțiunea trebuie să fie exprese și precise pentru a înlătura arbitrariul din partea Beneficiarului.

Mai arată de asemenea că cele 5 zile în care Consultantul are obligația de a dispune Antreprenorului mobilizarea Utilajelor/personalului inclus în Programul de Execuție curg de la o data incertă, respectiv „din momentul în care măsura devine necesară”.

Este criticat și faptul că în lipsa indicării situațiilor în care trebuie emis Ordinul de Mobilizare către Antreprenor, Beneficiarul este singura parte care, în mod discreționar, va stabili când anume a devenit necesară luarea măsurii, Consultantul fiind expus unor sancțiuni drastice fără a cunoaște exact în ce moment va considera Beneficiarul că trebuia luată măsura respectivă.

Consiliul va respinge ca nefondată critica. Astfel, în măsura în care există un program de execuție, iar conform acestuia, lucrarea este în întârziere, supervisorul, în urma analizei progresului lucrării, are un termen de 5 zile să dispune Antreprenorului mobilizarea Utilajelor/personalului

inclus în Programul de Execuție. Deci, cele 5 zile se stabilesc prin raportare la datele cuprinse în programul de execuție, neexistând neclarități pe acest aspect.

În ceea ce privește clauza **15.7 din Contractul de servicii**, *„Dacă Beneficiarul dorește să înlocuiască Consultantul/Supervizorul prin suspendarea Contractului de servicii sau rezilierea acestuia, Consultantul/Supervizorul are obligația de a continua activitatea de supervizare conform prezentului contract, pe o perioadă de minim 120 de zile de la momentul notificării de către Beneficiar și de a pregăti transferul către posibilul înlocuitor a tuturor documentelor generate de activitatea acestuia”*, sub sancțiunea aplicării de penalități de 10.000 lei pe zi de întârziere.

Contestatoarea consideră că este neclară clauza, deoarece suspendarea Contractului de servicii nu conduce la înlocuirea Consultantului nici ipoteza intenției de suspendare/reziliere a Contractului de servicii notificată Consultantului nu este prevăzută în Contractul de servicii, nici termenul de în care trebuie să opereze transferul nu este clar determinat, făcându-se referire la „minim 120 de zile”, fiind neclară modalitatea de aplicare a penalității de întârziere. Penalitatea pe zi de întârziere se poate aplica în situația în care există termene precise pe care Consultantul le depășește asociate unor activități importante a căror prestare cu întârziere prejudiciază Beneficiarul.

De asemenea, pregătirea activității de pregătire a transferului documentelor către înlocuitor, Contractul de servicii prevede care sunt respectivele documente, astfel că Beneficiarul poate oricând să constate că nu au fost pregătite toate documentele respective în 120 de zile, și în consecință, să sancționeze Consultantul.

Consiliul reține că potrivit clauzei 37 din modelul de contract, există și situații de suspendare care conduc la înlocuirea subcontractantului. În acest sens, cu titlu de exemplu, Consiliul reține sub-clauzele 37.1 -37.3: 37.1, „În cazul în care procedura de acordare sau executarea Contractului de Servicii este viciată de erori substanțiale, nereguli sau de fraudă, Autoritatea Contractanta va suspenda executarea Contractului de Servicii. 37.2 În cazul în care asemenea erori substanțiale, nereguli sau fraude sunt imputabile Consultantului/Supervizorului, Autoritatea Contractanta poate suplimentar suspendării să refuze efectuarea plăților sau poate proceda la recuperarea sumelor deja plătite, proporțional cu gravitatea viciilor, neregulilor sau fraudei. În vederea recuperării sumelor plătite necuvenit, Autoritatea contractanta se va îndrepta împotriva Consultantului/Supervizorului, în conformitate cu prevederile legale aplicabile în momentul descoperirii faptei.

37.3 Beneficiarul are dreptul în mod unilateral de a suspenda executarea Contractului de servicii, fără ca Consultantul/Supervizorul să fie îndreptățit să solicite orice costuri suplimentare și/sau daune aferente suspendării sau care deriva/rezulta ca urmare a suspendării, Beneficiarul plătiind serviciile prestate și aprobate anterior suspendării.”

În ceea ce privește perioada de „minim 120 de zile”, Consiliul reține că aceasta este justificată de existența procedurilor greoaie pentru desemnarea unui nou supervisor, prin urmare, criticile vor fi respinse ca nefondate.

Este, de asemenea, invocat **caracterul neclar al clauzei de la art. 15.7** potrivit căreia „Consultantul/Supervizorul are obligația de a analiza și confirma/respingerea programului de execuție de bază și cel revizuit, cât și actualizările săptămânale emise de către Antreprenor în baza sub-clauzei 17 din cadrul Contractului de Lucrări, într-un termen cât mai scurt, dar fără a depăși perioada de timp menționată în Contractul de Lucrări”, sub sancțiunea aplicării de penalități de 5000 lei pe zi de întârziere, făcând trimitere și la textul subclauzei 17.4 din Condițiile Generale ale Contractului de execuție de lucrări și la subclauza 17.11 (Actualizarea Programului de Execuție) din Condițiile Generale ale Contractului de execuție de lucrări.

Contestatoarea arată că este neclară clauza prin raportare la prevederile Sub-clauzei 17.4 din Condițiile Generale ale Contractului de execuție, în timp ce textul ce face obiectul analizei nu menționează expres dacă acordul tacit este luat în considerare sau se vor aplica penalități până la emiterea unui răspuns scriptic.

Consiliul reține ca relevante clauzele 17.4-17.5 din Modelul de contract aprobat prin HG nr. 1/2018:

„17.4. În termen de 15 zile de la transmiterea sa de către Antreprenor, Supervisorul va analiza Programul de Execuție și îl va accepta sau respinge. **În lipsa unui răspuns al Supervisorului la termenul aferent, Programul de Execuție va fi considerat ca fiind acceptat.**

17.5. În cazul în care Programul de Execuție este respins, Supervisorul va prezenta motivele respingerii și va solicita Antreprenorului să retransmită în termen de 10 zile Programul de Execuție completat și/sau corectat, astfel încât acesta să fie conform cu prevederile Contractului și realist de pus în practică”.

Potrivit Sub-clauzei 17.11 (Actualizarea Programului de Execuție) din Condițiile Generale ale Contractului de execuție de lucrări „În termen de 5 zile de la transmiterea sa de către Antreprenor, Supervisorul va analiza Programul de Execuție actualizat și îl va accepta sau respinge. **În lipsa unui răspuns al Supervisorului la termenul aferent, Programul de Execuție va fi considerat ca fiind acceptat”.**

Consiliul reține că, într-adevăr, clauza criticată este neclară, nefiind corelată cu modelul de contract aprobat prin hotărâre a Guvernului României. Este evident că autoritatea contractantă își dorește, prin intermediul acestei clauze, ca supervisorul să își exercite obligațiile legale și să verifice programul de execuție, nu în mod tacit, ci explicit, aprobându-l sau respingându-l. În condițiile în care modelul de contract întocmit în favoarea antreprenorului, arată în mod clar că programul de execuție nu poate fi amânat dincolo de limita legală, acesta intrând de drept în vigoare după expirarea celor 15 zile, nu se mai poate aplica o penalitate pe zi de

întârziere, ci o penalitate unică, pentru neîndeplinirea acestei obligații, deci o penalitate per eveniment.

Făcând trimitere la art. 15.7 din Contractul de servicii, respectiv clauza „*Consultantul/Supervizorul are obligația de a dispune Antreprenorului, **prin ordin de mobilizare**, mobilizarea Utilajelor Antreprenorului incluse în Programul de execuție de bază/actualizat. Prin Ordin de mobilizare se înțelege instrucțiunea emisă de către Consultant/Supervizor Antreprenorului în care sunt menționate categoriile de Utilaje ale Antreprenorului necesar a fi mobilizate și care sunt precizate în Programul de execuție. În Ordinul de mobilizare se pot specifica și perioadele în care vor rămâne mobilizate categoriile de Utilaje ale Antreprenorului. Numărul maxim de Utilaje ce poate fi solicitat în Ordinul de mobilizare rezultă din Programul de execuție*” sub sancțiunea aplicării de penalități de 5000 lei per eveniment, contestatoarea susține că aplicarea penalității trebuie să fie condiționată de existența unei întârzieri reale în execuția lucrărilor și că întârzierea trebuie să fie cauzată de mobilizarea necorespunzătoare.

Consiliul va avea în vedere că potrivit Deciziei nr. 1952/07.10.2021, instanța a stabilit că pentru a aplica astfel de penalități, trebuie să se fi cauzat o întârziere în executarea contractului, dispunând obligarea autorității contractante la adoptarea unei măsuri de remediere în acest sens.

Un alt aspect supus analizei Consiliului de către contestatoarea este acela că ipoteza în care se aplică penalitatea în clauza 15.7 nu este corelată cu aceea menționată în art. 10.59 din Contractul de servicii care instituie un termen în care Consultantul are obligația de a emite Ordin de Mobilizare a Utilajelor de către antreprenor, astfel că Beneficiarul își asigură dreptul de a aplica discreționar penalități chiar și în situații care nu se încadrează în ipotezele din art. 10.59 din Contractul de servicii.

Clauza 10.59, invocată de contestatoarea, are următorul conținut: „*Oricând pe parcursul derulării Contractului de execuție, dar nu mai tarziu de 5 zile din momentul în care măsura devine necesară, Consultantul/Supervizorul va dispune Antreprenorului, **prin Ordin de Mobilizare**, mobilizarea Utilajelor Antreprenorului/Personalului incluse/inclus în Programul de execuție în conformitate cu prevederile Clauzei 30 "Utilajele Antreprenorului și transportul Bunurilor", respectiv Clauzei 14 "Personal" din Condițiile Generale pentru Execuție Lucrări, prevăzute în Anexa nr. 1 din H.G. nr. 1/2018. În condițiile în care, executarea contractului de lucrări este întârziată și Beneficiarul constată lipsa utilajelor/personalului Antreprenorului de pe Santier, iar până la momentul constatării de către Beneficiar Consultantul/Supervizorul nu a dispus Antreprenorului mobilizarea Utilajelor/Personalului incluse în Programul de Execuție, Beneficiarul va aplica Consultantului/Supervizorului o penalitate de 10.000 lei per eveniment*”.

Consiliul consideră că această critică este fondată, fiind clar că penalitatea vizează același aspect. În punctul de vedere, autoritatea

contractantă face o distincție, arătând că este vorba despre clauze contractuale cu prevederi diferite, clauza 10.59 are în vedere mobilizarea utilajelor și personalului antreprenorului, în timp ce clauza 15.7 are în vedere dispunerea Ordinului de mobilizare a utilajelor antreprenorului.

Consiliul reține, însă, că cele două clauze au aproximativ același conținut:

-15.7 din Contractul de servicii, *„Consultantul/Supervizorul are obligația de a dispune Antreprenorului, **prin ordin de mobilizare**, mobilizarea Utilajelor Antreprenorului incluse în Programul de execuție de bază/actualizat”*.

-10.59 din Contractul de servicii *„Oricând pe parcursul derulării Contractului de execuție, dar nu mai târziu de 5 zile din momentul în care măsura devine necesară, Consultantul/Supervizorul va dispune Antreprenorului, **prin Ordin de Mobilizare**, mobilizarea Utilajelor Antreprenorului/Personalului incluse/inclus în Programul de execuție”, fiind stabilite două penalizări diferite, respectiv 5000 și 10.000 lei/eventiment.*

Astfel, este necesară corelarea celor două clauze, precum și lămurirea momentului de la care se aplică sancțiunea.

În ceea ce privește art 15.7 din Contractul de servicii, în referire la clauza 37, *„Consultantul/Supervizorul evaluează toate modificările propuse/necesare față de ultima soluție tehnică avizată (Oferta Tehnică, Proiectul Tehnic de Execuție, etc.) și emite Rapoarte Speciale care vor include un punct de vedere privind încadrarea din punct de vedere al achizițiilor publice, precum și justificarea din punct de vedere tehnic a modificării, analiza detaliată a impactului financiar, corespondența relevantă și avizul Consiliului Tehnico-Economic al C.N.A.I.R. și orice alte informații relevante, în termen de 30 de zile de la notificare”* sub sancțiunea aplicării de penalități de 3000 lei pe zi de întârziere, contestatoarea consideră că această clauză instituie dreptul Beneficiarului de a sancționa Consultantul chiar și pentru depășirea termenului de 30 de zile din culpa Beneficiarului, deoarece termenul de 30 de zile este instituit atât pentru realizarea unor activități aflate în responsabilitatea Consultantului, cât și a unor activități aflate în responsabilitatea Beneficiarului. De asemenea, clauza instituie dreptul Beneficiarului de a sancționa Consultantul pentru depășirea termenului de 30 de zile în analizarea oricăror alte informații relevante fără a preciza exact ce pot viza acestea, cine furnizează aceste informații sau dacă Consultantul este cel care are responsabilitatea căutării respectivelor informații.

Consiliul va respinge critica, fiind clar că aceasta este legată de modificările contractului de proiectare și execuție. Astfel, așa cum este conceput contractul de servicii, în cuprinsul clauzei 15.7 din Contractul de servicii se regăsește un tabel cu penalități aplicabile Consultantului/Supervizorului pe parcursul derulării contractului de servicii, în cadrul căruia se face referire la clauze cuprinse în contractul de proiectare și execuție, ori clauza 37 din acest ultim contract se referă la

modificări ale contractului și la supervizarea lor de către Consultant/Supervizor.

În ceea ce privește clauzele **15.11, 15.12 și 15.13 din Contractul de servicii și secțiunea 4.2 Riscuri din Caietul de sarcini**

În soluționarea criticilor aduse acestor prevederi, Consiliul are în vedere că textul acestora este următorul:

-15.11 din Contractul de servicii „**Consultantul/Supervizorul își va asuma riscurile stabilite în sarcina acestuia și menționate în Caietul de Sarcini, iar prin semnarea contractului nu va avea nicio pretenție în cazul apariției acestora**”;

- 15.12 din Contractul de servicii „**Consultantul/Supervizorul nu va avea nicio pretenție de orice natură (material, financiară, etc) în cazul apariției oricăruia dintre riscurile prevăzute la Art. 15.13 de mai jos au în cazul apariției riscurilor prevăzute la Capitolul 4 «Ipoteze și Riscuri» din Caietul de Sarcini, care sunt în responsabilitatea Consultantului/Supervizorului**”;

-15.13 din Contractul de servicii „**Consultantul/Supervizorul va lua toate măsurile necesare pentru evitarea/minimizarea/controlul efectelor următoarelor riscuri identificate și consecințele aferente:**

a) *Riscul privind schimbările în structura organizației precum și riscul privind schimbarea/înlocuirea personalului (cheie, non-cheie). În aceasta din ultima situație, Beneficiarul va notifica Consultantul/Supervizorul cu privire la aplicarea prevederilor Articolului 20.9;*

b) *Riscul privind calitatea slabă a documentelor furnizate. În această situație, Beneficiarul va informa Consultantul/Supervizorul, va stabili întâlniri cu acesta, și de asemenea va aplica penalitățile menționate în contract;*

c) **Riscul întârzierilor în realizarea lucrărilor de execuție datorate culpei Supervizorului/Consultantului.** Atunci când întârzierile în realizarea lucrărilor de execuție se datorează culpei Antreprenorului, Consultantul/Supervizorul va notifica Antreprenorul cu privire la aplicarea de penalități”.

În ceea ce privește critica referitoare la riscul nr. 3 din secțiunea 4.2 Riscuri din Caietul de sarcini constând în Mobilizarea îndelungată a personalului Antreprenorului și/sau Supervizorului instituit în sarcina Supervizorului, contestatoarea consideră excesive prevederile documentației, în condițiile în care obligă Supervizorul să își asume riscul unor costuri suplimentare pentru situații care se pot afla în responsabilitatea și controlul Beneficiarului și/sau Antreprenorului.

În susținerea criticii contestatoarea arată că în sarcina Consultantului singura măsură de gestionare a riscului este „*Monitorizarea permanentă a mobilizării Antreprenorului, verificarea zilnică a Jurnalului Lucrărilor, notificarea imediată a Antreprenorului privind neconcordanțele dintre resursele programate și ce alocate*” aceste atribuții ale consultantului nu sunt de natură să controleze nici cauza și nici durata efectivă a mobilizării îndelungate a Antreprenorului, prin urmare în realitate nu poate constitui

un risc al Consultantului. Mai arată că singurele părți care pot lua măsuri de limitare a duratei mobilizării prelungite a antreprenorului sunt antreprenorul însuși și Beneficiarul.

Din cele expuse, contestatoarea susține că, practic, Consultantului i se impune să își asume atât riscurile Beneficiarului, cât și riscurile Antreprenorului provenite din alt contract la care nu este parte, riscuri pe care nu le poate controla și nici evalua, deci nu poate anticipa costurile la care va putea fi expus, dar la plata cărora este obligat să renunțe.

În acest context, arată că clauzele 15.11 și 15.12 creează un dezechilibru total între Beneficiar și Consultant care nu reflectă o alocare corectă a riscurilor în 2 contracte și care expune Consultantul la costuri imprevizibile fără a avea în realitate mijloacele, atribuțiile necesare pentru a putea preveni apariția riscurilor alocate și limita efectele acestora, aceeași situație regăsindu-se, după cum susține, și în cazul clauzelor nr. 3-8, 12-14 și 17 din Caietul de sarcini.

Consiliul va respinge criticile ca nefondate. Astfel, clauzele criticate se referă exclusiv la riscurile care sunt în responsabilitatea Consultantului/Supervizorului, și nu la riscurile în sarcina antreprenorului sau beneficiarului, clauzele criticate fiind clare în acest sens.

O altă critică vizează riscul prevăzut la nr. 6 din Caietul de sarcini, despre care susține că nu are nicio legătură cu măsura dispusă în sarcina Consultantului, în primul caz fiind vorba despre documente justificative care să stea la baza Modificărilor, în al doilea despre certificarea plății lucrărilor suplimentare.

Consiliul reține că motivarea contestatoarei este partial justificată. Astfel, dacă antreprenorul are personal necalificat, lipsit de capacitatea de a emite documentele legale cu privire la modificările cantităților, cel mult, supervizorul îl poate notifica pe antreprenor să ia măsuri de înlocuire/nominalizare de personal calificat. Deci, măsura dispusă se referă la angajarea de antreprenor a personalului calificat, în tabel nefiind nicio măsură pe care o poate lua supervizorul pentru diminuarea riscului. Deci, măsura de diminuare presupune notificarea antreprenorului cu privire la mobilizarea personalului calificat, critica urmând a fi admisă.

În ceea ce privește riscul nr. 19 din Caietul de sarcini contestatoarea invocă caracterul neclar și abuziv al conținutului, arătând că o obligație contractuală nu poate constitui un risc, iar măsura ce stă în sarcina părții pentru prevenirea apariției riscului sau limitarea efectelor acestuia nu poate consta în aplicarea de penalități de către Beneficiar.

Consiliul reține că potrivit caietului de sarcini riscul identificat la nr. 19 îl reprezintă *„Admiterea/respingerea în principiu de către Supervizor a Revendicării”*, iar ca măsură este indicate *„CNAIR, funcție de prevederile contractuale, poate lua decizia aplicării de penalitate”*.

Consiliul reține că este întemeiată critica formulate de contestatoare. Astfel, supervizorul nu este un simplu executant care aprobă/respinge, fără discernământ, orice revendicări ale părților contractului de lucrări.

Astfel, în contractul de lucrări există clauza 69. Revendicări și decizii, care explică, pe larg, procedura de soluționare a revendicărilor antreprenorului și beneficiarului, precum și procedura de emitere a deciziei supervisorului. Este evident că definirea riscului este neclară, cel mai probabil, fiind vorba de neîndeplinirea obligației supervisorului de a analiza revendicările și a emite o decizie de admitere sau o respingere în termenul maxim de 30 zile stabilit în modelul de contract, sub-clauza 69 c.

În genere, când vorbim de riscul contractului, ne referim la elemente aleatorii, extrinseci voinței părților, și nu la încălcarea cu vinovăție a clauzelor contractuale, ori așa cum este definit riscul arătat, se înțelege că ar fi vorba de încălcarea, cu vinovăție, de către supervisor a obligației de a lua decizia de soluționare a revendicărilor.

Contestatoarea mai arată că în ceea ce privește riscul prevăzut la art. 15.13 lit. a) din Contractul de servicii privind schimbarea/înlocuirea personalului Consultantului ar trebui să nu vizeze situațiile în care Consultantul nu controlează cauzele care determină aceste situații. Această critică este nefondată, deoarece riscul nu presupune controlul părții, ci doar suportarea consecințelor preîntâmpinării/corectării lui. Deci, indiferent de motivul pentru care un salariat este înlocuit, inclusiv decesul persoanei, riscul pentru neîndeplinirea la timp a obligațiilor este suportat de angajator, în cazul de față, de supervisor, respectiv acestuia îi revine obligația nominalizării unei alte persoane, a recuperării activităților nerealizate etc.

În ceea ce privește riscul de la art. 15.13 lit. c) din Contractul de servicii, contestatoarea susține că nu poate formula Notificări Consultantul în locul sau pentru Beneficiar, o astfel de prevedere încalcă procedura și competențele Consultantului din clauza 69 b1 și 69c.2 din Condițiile Generale ale Contractului de execuție de lucrări și constituie o antepunțare a Consultantului cu privire la dreptul Beneficiarului la plata penalităților cât și principiul transparenței și al proporționalității.

Consiliul va respinge această critică, clauza criticată neavând legătură cu clauza 69, ci cu obligația de urmărire a programului de execuție, respective Clauza 5 Supervisorul și reprezentantul Supervisorului, lit. c și e, „Cu excepția cazului în care este prevăzut altfel în Condițiile Speciale, Supervisorul are următoarele sarcini principale: (c) verifică, acceptă sau respinge Programul de Execuție al Antreprenorului, inclusiv existența fizică a resurselor necesare îndeplinirii programului transmis; (e) verifică ritmul execuției Lucrărilor”.

Consiliul constată că în cazul riscurilor nr. 3-8, 12-14 și 17 din Caietul de sarcini, despre care contestatoarea susține că ar fi dezechilibrate, în contestație nu se regăsește nicio motivare, criticile fiind, astfel, respinse.

În ceea ce privește clauza **16.9 din Contractul de servicii**, contestatoarea critică modul neclar în care a fost stabilit acest articol deoarece sunt enumerate o serie de riscuri asigurate și se menționează că acestea pot face obiectul unei polițe sau mai multor polițe precizându-se că suma asigurată va fi egală/egale cu Prețul contractului. Consideră că nu este clar dacă suma asigurată va fi în valoare egală cu Prețul Contractului

pentru toate polițele sau pentru fiecare dintre acestea, iar dacă sumele asigurate trebuie să fie egale cu Prețul contractului pentru fiecare în parte.

Consiliul reține că această clauză are următorul conținut: „În termen de 5 zile lucratoare de la semnarea Contractului de Servicii, Consultantul va încheia și va menține în vigoare o poliță de asigurare sau polițe de asigurare cu despăgubire integral pentru suma asigurată care va fi egală/e cu Pretul Contractului, asigurare ce va acoperi în integralitate atât perioada de prestare a serviciilor, cât și pe orice perioadă de prelungire a perioadei de prestare a serviciilor precum și următoarele aspecte: (...)”.

Consiliul reține că este dincolo de orice îndoială că polița/polițele însumate trebuie să acopere valoarea contractului, aceasta fiind interpretarea firească. Neputându-se accepta ideea că un operator care prezintă o poliță unică aceasta trebuie să acopere valoarea contractului, iar dacă prezintă 5 polițe, fiecare în parte să acopere valoarea contractului, adică de 5 ori valoarea contractului.

În ceea ce privește critica referitoare la lit. b, acoperirea riscului pierderea, distrugerea sau deteriorarea echipamentului Beneficiarului utilizat pentru executarea Contractului de Servicii (daca este cazul), contestatoarea susține că nu se cunoaște, la data depunerii ofertei, costul acestei asigurări. Consiliul consideră nefondată critica, deoarece asigurarea se semnează după semnarea contractului, la data ofertei reperul fiind valoarea contractului, așa cum s-a arătat mai sus, critica fiind respinsă în integralitate.

Consiliul reține că și clauza 16.10 alin. (2) din contractul de servicii este corectă, fiind uzuală în cadrul contractelor.

„(2) Consultantul/Supervizorul va furniza dovezi ale prelungirilor politei de asigurare și ale plăților periodice ale primelor de asigurare în termen de 5 zile lucratoare de la data prelungirii politei de asigurare sau de la data platii primelor de asigurare. Consultantul, pe cheltuiala sa, va încheia și va menține în vigoare polița de asigurare sau polițele de asigurare mai sus menționate. **Cheltuielile aferente emiterii și menținerii în vigoare a poliței de asigurare sau polițelor de asigurare nu sunt parte integrantă din Pretul Contractului”.**

Partea criticată are în vedere faptul că în contract nu există un cost aferent poliței, respective că aceasta nu se decontează ca atare. De regulă, cheltuielile de asigurare sunt incluse în cele indirecte, neexistând o decontare, ca atare, prin situațiile de lucrări depuse. Aceasta este semnificația textului, și nu că supervizorul va fi obligat să lucreze în pierdere.

În ceea ce privește clauza **20.9 din Contractul de servicii**, „(1) În situația prevăzută la Articolul 20.2 și la Articolul 20.8, „salariul brut/zi (inclusiv cheltuieli angajat și angajator)” ce va fi plătit expertului cheie/non-cheie/alt personal înlocuitor va fi redus cu 10% de fiecare dată când survine înlocuirea, cu excepția cazului în care înlocuirea este rezultat al situațiilor excepționale indicate la Articolul 20.2 lit. a), lit. b), lit. c), lit.

f) și lit. g), cât și cu excepția cazurilor în care este necesară înlocuirea experților/persoanelor în etapa de supervizare a garanției lucrărilor.

Excepția reducerii „salariul brut/zi (inclusiv cheltuieli angajat și angajator)” pentru situația menționată la Articolul 20.2 lit. a) se aplică indiferent de durata suspendării.

Situația menționată la Articolul 20.2 lit. e) nu constituie motiv de neaplicare a acestei reduceri de 10%. În situația menționată la Articolul 20.2 lit. d), în condițiile în care expertul/persoana continuă să își desfășoare activitatea în cadrul prezentului contract în calitatea nominalizată în cadrul ofertei, Autoritatea Contractantă nu va reduce cu 10% „salariul brut/zi (inclusiv cheltuieli angajat și angajator)” ce va fi plătit expertului cheie/non-cheie/alt personal înlocuitor.

„Salariul brut/zi (inclusiv cheltuieli angajat și angajator)” redus se va menține și în lunile ulterioare înlocuirii precum și pe toată perioada de prestare a serviciilor de către expertul/persoana înlocuitoare”.

Art. 20.2 Lit. d: „demisia, cu excepția situației în care expertul/persoana, deși a demisionat de la Angajator, continuă să își desfășoare activitatea în cadrul prezentului contract. Prin noțiunea de „demisie” așa cum este menționată în prezentul articol se înțelege actul unilateral de voință al persoanei prin care încetează Contractul individual de muncă dintre persoana respectivă și Angajator, demisia salariatului fiind înaintată Consultantului/Supervizorului, în calitatea sa de Angajator, astfel cum este reglementată de Legea nr. 53/2003 - Codul muncii, cu modificările și completările ulterioare”.

Art. 20.2 lit. h: „anumiți experți/persoane din personalul propus de către Consultant/Supervizor în vederea îndeplinirii obligațiilor contractuale potrivit prezentului contract sunt/vor fi implicați în cadrul altor proiecte/contracte ale Beneficiarului. În situația în care Beneficiarul constată ulterior semnării contractului, că personalul propus/experti propuși de către Consultant/Supervizor în vederea îndeplinirii obligațiilor contractuale potrivit prezentului contract este/sunt sau va/vor fi implicat/implicați în cadrul altor proiecte/contracte ale Beneficiarului, Beneficiarul va solicita înlocuirea acestora”.

Contestatoarea susține că ipoteza reglementată de art. 20.2 lit. d) și reluată în art. 20.9, respectiv desfășurarea activității în cadrul aceluiași contract de supervizare de către expertul a cărui raport de muncă a încetat prin demisie este lipsită de sens, deoarece odată ce a încetat contractul individual de muncă, prin demisie, nu mai există niciun temei al desfășurării vreunei activități de către personalul respectiv în contractul de supervizare. Mai mult, nici eventuala remunerare a personalului pentru activitățile pe care le-ar presta, deși dificil de imaginat, în afara contractului individual de muncă, nu ar mai avea niciun temei.

Clauza 20.9 alin. 3 prevede că Autoritatea Contractantă va aplica reducerea salariului brut/zi, în situația în care expertul care nu mai desfășoară activitate în cadrul prezentului contract ca urmare a demisiei,

va fi angajat pe orice poziție în cadrul altui contract de servicii încheiat între Supervizor/Consultant și Autoritatea Contractantă.

Contestatoarea precizează că reducerea salariului brut/zi este nu numai nelimitată în timp, nefiind prevăzut un termen în cadrul căruia să fie aplicată sancțiunea pentru încheierea unui nou contract între Supervizor și expertul care a demisionat pe durata de executare a prezentului contract și alocarea respectivului expert în alt contract de servicii încheiat cu CNAIR SA, ci este și valabilă pentru orice contract încheiat pe întreg teritoriul țării, astfel că această clauză este excesivă, disproporționată.

Supervizorul/Consultantul nu poate controla exercitarea dreptului expertului de a demisiona și nu poate împiedica efectele actului unilateral al acestuia. Odată ce Supervizorul/Consultantul nu poate controla și împiedica demisia expertului, culpa acestuia nu poate fi prezumată, ci demonstrată de către Autoritatea Contractantă. Prin urmare, în cazul demisiei expertului, angajatorului nu i se poate aplica o sancțiune în lipsa dovedirii culpei acestuia. Penalitatea inclusă în cuprinsul clauzei 20.9 este contrară principiului proporționalității, întrucât aplicarea clauzei conduce la o despăgubire a autorității contractante vădit disproporționată având în vedere că aceasta nu justifică și nu dovedește un prejudiciu cauzat de numirea expertului într-un alt contract. Această sancțiune economică impusă prestatorului este cu atât mai disproporționată cu cât termenul în care operează este unul incert și care nu se află sub controlul Consultantului/Supervizorului.

Consiliul reține că această chestiune a format obiectul analizei și în alte cauze de pe rolul său, fiind soluționată definitiv de Curtea de Apel București prin Decizia nr. 1952/07.10.2022, în dosarul nr. 5089/2/2022:

«Clauza 20.9 privind aplicarea de corecții ale ratelor experților consultantului în condițiile în care activitatea acestora în cadrul organizației supervizorului încetează din cauze ce exced opțiunii supervizorului, este în opinia Curții, excesivă, impunând sancțiuni pecuniare substanțiale Supervizorului pentru situații pe care nu are pârghii să le determine sau controleze, cum este demisia expertului, sau pentru situații în care este constrâns prin atitudinea prepusului său, să-i desfacă disciplinar contractul de muncă. Deși rațiunile vizând interesul beneficiarului de a asigura stabilitatea și continuitatea personalului de specialitate al supervizorului justifică găsirea unor mecanisme care să împiedice pe supervizor ca, după semnarea contractului, să îi angajeze pe experți în alte contracte simulând încetarea contractului în derulare prin concediere disciplinară, sau chiar pe expert de a-și da demisia, mecanismul nu poate fi unul care să sancționeze arbitrar pe supervizorul de bună-credință și care se află în situația reală și neimputabilă de a-și pierde unul dintre experți.

- Curtea apreciază că este necesar, ca măsură de remediere, ca autoritatea contractantă să revizuiască clauzele contractuale în sensul de a nu-și lua libertatea aplicării unor sancțiuni supervizorului în situații pe care acesta nu le poate împiedica (demisia expertului) sau în care concedierea răspunde unei necesități obiective și este dictată de lege.

Soluția trebuie să fie una echitabilă și echilibrată, de natură să îmbine situația Supervizorului cu interesul beneficiarului de păstrare a experților în serviciul său și să atenueze efectul pecuniar al penalităților aplicabile supervizorului (sub forma reducerii

salariului brut pentru expert sau în altă formă) pentru situațiile în care plecarea unui expert nu îi este imputabilă sau este rezultatul aplicării unor măsuri legale necesare.

Clauzele unui contract nu pot fi scrise pornind de la premisa relei-credințe a contractanților, ci dimpotrivă: prezumția de la care trebuie să se pornească este aceea de bună credință. Experiența anterioară negativă a autorității contractante nu poate conduce la inserarea în contract a unor clauze abuzive, întemeiate pe ideea că prestatorul de servicii va încerca fraudarea contractului prin sustragerea din prezentul contract și alocarea resurselor umane-cheie în alte viitoare proceduri de achiziție; împrejurarea că acesta folosește anumite instituții și prevederi legale (demisia, concedierea disciplinară etc.) în mod nelegitim, în alt scop decât cel pentru care au fost reglementate/instituite trebuie dovedit, nu poate fi prezumat și nu poate fundamenta clauze contractuale care, în înecarea de a pune la adăpost de asemenea riscuri pe autoritatea contractantă, ar prejudicia pe un supraveghetor de bună-credință aflat în situațiile descrise.

În fața Consiliului, autoritatea contractantă a propus ca măsură de remediere ca, în cadrul modelului de contract de servicii, prevederile art. 20.9 alin. (3) să se modifice, astfel:

„Situația menționată la articolul 20.2 lit. e) nu constituie motiv de neaplicare a acestei reduceri de 10%. În situațiile menționate la articolul 20.2. lit. d) și respectiv lit. f), în condițiile în care expertul/persoana continuă să își desfășoare activitatea în cadrul prezentului contract în calitate nominalizată în cadrul ofertei, autoritatea contractantă nu va reduce cu 10% «salariul brut/zi (inclusiv cheltuieli angajat și angajator)» ce va fi plătit expertului cheie/non- cheie/alt personal înlocuitor.”

De asemenea, a mai propus, pentru o abordare unitară, ca în cadrul modelului de contract de servicii, prevederile art. 20.2 lit. d) și lit. f) să se modifice, astfel:

„d) demisia, cu excepția situației în care expertul/persoana, deși a demisionat de la angajator, continuă să își desfășoare activitatea în cadrul prezentului contract. Prin noțiunea de «demisie» așa cum este menționată în prezentul articol se înțelege actul unilateral de voință al persoanei prin care încetează contractul individual de muncă dintre persoana respectivă și angajator, demisia salariatului fiind înaintată consultantului/supervizorului, în calitate sa de angajator, astfel cum este reglementată de Legea nr. 53/2003 - Codul Muncii, cu modificările și completările ulterioare.”

„f) desfacerea disciplinară a contractului individual de muncă, dovedită cu documente justificative, cu excepția situației în care expertul/persoana continuă să își desfășoare activitatea în cadrul prezentului contract.”

Analizând măsura de remediere propusă, instanța apreciază că nu este înlăturat impedimentul reținut anterior, constând în suportarea reducerii de 10% de supervizorul angajator care nu are posibilitatea de a împiedica demisia expertului său, ori care este nevoit să ia măsura concedierii pentru abateri pentru care legea impune o asemenea sancțiune. De altfel, în această ultimă situație, este dificil de înțeles cum ar putea un expert concediat pentru abateri grave, să continue să își desfășoare activitatea „în cadrul prezentului contract”.

Altfel spus, deși în fața Curții au fost invocate din partea autorității contractante aceleași argumente ca în prezenta cauză, inclusiv prevenirea fluctuației de personal, cu sincope majore asupra derulării contractelor, instanța a stabilit că reținerea celor 10% este o măsură dezechilibrată. Prin urmare, Consiliul va dispune eliminarea acestei sancțiuni.

În ceea ce privește clauza 20.13 din Contractul de servicii, "(1) În situațiile prevăzute la Articolul 20.2 litera h), Consultantul/Supervizorul se obligă să platească o penalitate de 5.000 lei/expert/persoana înlocuită, având totodată și obligația de a lua toate măsurile necesare în vederea înlocuirii personalului astfel încât, în termen de 30 de zile, să transmită

documentele necesare. În situațiile prevăzute la Articolul 20.2 litera h), reducerea "Salariului brut/ zi (inclusiv cheltuieli angajat și angajator)" prevăzută la Articolul 20.9 alin. (1) nu se aplică.

(2) Înlocuirea personalului Consultantul/Supervizorul se va efectua potrivit prevederilor Articolului 20 din Contractul de servicii.

(3) Reducerea "Salariului brut/zi (inclusiv cheltuieli angajat și angajator)" menționată la Articolul 20.9 alin. (1) nu se va mai aplica pentru înlocuirea experților/personalului în perioada de supervizare a notificării defecțiunilor/a garanției începând cu data emiterii Notificării de către Beneficiar care atestă finalizarea perioadei de supervizare a execuției lucrărilor. De asemenea, pentru perioada de supervizare a notificării defecțiunilor/ a garanției, lista personalului va putea fi modificată în funcție de necesitățile Autorității Contractante, în funcție de situația existentă la un moment dat în cadrul prezentului Contract de Servicii sau în cadrul Contractului Execuție Autostrada Buzău-Focșani Tronson 2 km 4+600 - km 35+400 Vadu Pașii - Râmnicu Sărat sau în funcție de progresul fizic/stadiul fizic al Lucrărilor, sau alte asemenea."

Conform art. 20.2 lit. h) din Contractul de servicii: "Consultantul/Supervizorul trebuie să propună din proprie inițiativă înlocuirea personalului în următoarele situații: (...)

h) anumiți experți/persoane din personalul propus de către Consultant/Supervizor în vederea îndeplinirii obligațiilor contractuale potrivit prezentului contract sunt/vor fi implicați în cadrul altor proiecte/contracte ale Beneficiarului. În situația în care Beneficiarul constată, ulterior semnării contractului, că personalul propus/experti propuși de către Consultant/Supervizor în vederea îndeplinirii obligațiilor contractuale potrivit prezentului contract este/sunt sau va/vor fi implicat/implicați în cadrul altor proiecte/contracte ale Beneficiarului, Beneficiarul va solicita înlocuirea acestuia/acestora. (...)"

Criticile contestatoarei vizează caracterul împovăraător al acestor clauze, în condițiile în care Consultantul mobilizează și demobilizează personalul în raport de necesitățile Beneficiarului exprimate prin Ordine de mobilizare/demobilizare (art. 19.3 și urm. din Contractul de servicii), Beneficiarul plătește onorariul personalului Consultantului în raport de zilele de activitate prestate efectiv, și deși Beneficiarul nu plătește decât aportul efectiv al personalului pe perioada mobilizării și nu are nevoie de personalul respectiv, Consultantul nu poate folosi personalul demobilizat în cadrul altor contracte. În lipsa unui prejudiciu cauzat Beneficiarului, este obligat să solicite înlocuirea și să plătească penalitatea stabilită prin Contractul de servicii. Astfel, în cazul folosirii personalului în cadrul altor contracte pe perioada în care acesta nu este mobilizat sau a fost demobilizat, Beneficiarul nu suportă niciun prejudiciu. În schimb prin nefolosirea personalului în cadrul altor contracte în aceste perioade, Consultantul suportă un prejudiciu ridicat. De asemenea, în cazul în care personalul nu prestează activitate decât pe un număr limitat de zile din cursul unei luni, nefiind necesară prezența acestuia în conformitate cu

programarea activităților în cadrul Contractului de servicii corelată cu Programul de Execuție a Lucrărilor aprobat în derularea Contractului de execuție de lucrări, cu stadiul fizic al lucrărilor și progresul fizic, utilizarea personalului în cadrul altui proiect nu generează prejudicii Beneficiarului, personalul putând fi prezent în zilele în care prestează efectiv activitate. În cazul în care Consultantul nu poate folosi personalul propus în cadrul altor proiecte, deși Beneficiarul nu are nevoie de acel tip de personal, Consultantul suportă în mod total nejustificat costuri suplimentare cu salariile pe care, la data depunerii ofertei, nu le poate anticipa cu precizie și nici nu le poate recupera de la Beneficiar.

Contestatoarea solicită, astfel, să se permită Consultantului pentru personalul care nu figurează „full time” să presteze servicii de supervizare și în cadrul altor contracte și să se elimine penalitatea prevăzută pentru înlocuirea expertului.

Consiliul reține că așa cum este formulată clauza, temerea petentului pare justificată. Astfel, în conținutul său nu se face distincție cu privire la implicarea personalului propus în contractul a cărui atribuire se urmărește în alte contracte ale beneficiarului, respective dacă această implicare conduce la imposibilitatea desfășurării simultane a activităților, sau această implicare în două proiecte este posibilă, prin numărul de ore pe care trebuie să le presteze în cadrul fiecărui proiect. Este evident că prin clauzele referitoare la mobilizarea/demobilizarea experților în orice moment când stadiul fizic o impune, autoritatea contractantă a urmărit desfășurarea contractului în condiții de eficiență, dar aceasta trebuie să aibă în vedere că și supervisorul își dorește același lucru. Astfel, în situația în care expertul este demobilizat din contract, este normal ca el să fie distribuit într-alt contract, neputând fi nici concediat, în condițiile în care criza de resurse umane este notorie în România, și nici plătit fără a fi implicat într-o altă activitate. Pe de altă parte, este posibil ca un expert să aibă puține activități într-un contract și să suplimenteze cu activități în alt contract, operatorul economic având dreptul să își gestioneze resursele în cea mai eficientă manieră pentru el însuși. Cu siguranță, sunt frecvente situațiile în care un expert va fi implicat în mai multe proiecte ale autorității contractante, în funcție de programele de execuție. Dacă autoritatea contractantă dorește ca pe perioada contractului, experții nominalizați să fie dedicați oricând și exclusiv acestui contract, putându-l mobiliza și demobiliza oricând dorește, atunci ea are obligația să îi plătească permanent, și nu doar atunci când desfășoară activități.

Așa cum a arătat și instanța în cauza menționată, în interpretarea contractului trebuie pornit de la prezumția bunei-credințe, și nu a intenției de fraudare a acestuia de către supervisor. Astfel, a obliga un operator să plătească 5.000 lei/expert/persoana înlocuită indiferent dacă prin aceasta s-a produs sau nu un prejudiciu, este o sarcină împovărătoare, fiind întemeiate criticile contestatoarei. Experiența anterioară a autorității contractante nu poate fi motiv pentru impunerea de penalități exagerate, motivarea instanței aferentă clauzei 20.9 fiind valabilă și aici, motiv pentru

care Consiliul va dispune înlăturarea penalității de 5000 lei și posibilitatea pentru autoritatea contractantă de a solicita daune pentru prejudiciul cauzat ca urmare a fluctuației de personal.

În ceea ce privește clauza 25.1 din Contractul de servicii, „Programul normal de lucru definit în cadrul contractului de execuție lucrări este în conformitate cu prevederile Codului muncii în vigoare. Antreprenorul își va adapta corespunzător programul de lucru în funcție de resursele disponibile, ritmul de execuție al lucrărilor și condițiile meteo, astfel încât este posibil ca, în anumite perioade, execuția lucrărilor să fie desfășurată și în zilele nelucrătoare sau prin intermediul unui singur schimb prelungit. În acest context, Consultantul/Supervizorul trebuie să își adapteze corespunzător programul și resursele alocate și să ia în considerare, cu titlu informativ, alocarea unui număr suficient de experți non-cheie/all personal supervizare, astfel încât să asigure serviciile de supervizare”, contestatoarea susține că la art 32.3 lit. A din Contractul de servicii, Prețul Contractului este de tip onorariu expert sau persoană / zi ceea ce implică, în condițiile art. 25.1 din Contractul de servicii, faptul că la întocmirea ofertei financiare ofertantul trebuie să aibă în vedere un anumit număr de zile în care personalul va presta activități în ore suplimentare care pot alcătui un schimb prelungit solicitat de către Beneficiar, muncă pe timp de noapte și muncă în zile nelucrătoare, toate acestea reflectându-se în numărul de experți ofertați suplimentar pentru a putea asigura personal permanent în raport de situația de fapt și în prețul ofertat, considerând că efectele obligației instituite de această clauză sunt total imprevizibile, deoarece Beneficiarul nu a precizat un număr estimat de zile în care s-ar putea presta suplimentar în schimburi prelungite, pe perioada nopții sau în zile nelucrătoare.

Consiliul va respinge această critică drept nefondată. Astfel, supervizorul este angajat în calitate sa de profesionist, prezența sa pe șantier fiind impusă de situația concretă de la fața locului. Astfel, nici autoritatea, și nici contestatoarea nu pot estima întocmai timpul aferent orelor de noapte sau de sărbători legale, care vor fi efectiv lucrate, dar în calitate sa de profesionist cu experiență, operatorul poate și trebuie să își ia o astfel de rezervă. O apreciere corectă se poate face doar după definitivarea programului de execuție, și nu în acest moment, mai cu seamă că supervizarea se realizează pentru un contract de proiectare și execuție, până la definitivarea proiectării neputând fi cunoscute toate activitățile contractului.

În ceea ce privește clauza **32.3 din Contractul de servicii**, „A. Modalitatea de plată pentru Supervizarea Executiei Lucrarilor. Plata pentru supervizarea executiei lucrarilor se va realiza trimestrial, dupa aprobarea de catre Beneficiar a Rapoartelor Lunare de progres aferente perioadei de executie a lucrarilor si a rapoartelor financiare, rapoarte care contin fisele de pontaj ale expertilor/persoanelor mobilizati/mobilizate, fise de pontaj din care rezulta zilele efectiv lucrate de fiecare expert/persoana in parte in lunile respective.

Pentru fiecare expert/persoana in parte Beneficiarul va plăti 70% din suma rezultata din inmultirea onorariu (lei fara TVA) pe zi / expert sau persoana [Salariu brut/zi (inclusive cheltuieli angajat si angajator) + alte cheltuieli/zi] cu zilele efectiv lucrate in lunile respective si in conformitate cu modalitatea de plata prevazuta in tabelul de mai jos.

Diferenta de 30% Beneficiarul o va plati numai in baza timpului efectiv lucrat conform Rapoartelor lunare de progres care contin fisele de pontaj ale expertilor/persoanelor mobilizati/mobilizate, si doar in functie de Stadiul fizic/Progresul fizic al executiei lucrarilor al intregului contract.

Pentru plata efectuata in functie de Stadiul fizic/Progresul fizic al executiei lucrarilor al intregului contract, nu se va tine cont de progresul fizic/stadiul fizic al lucrarilor inregistrat anterior inceperii activitatii Consultantului/Supervizorului in cadrul prezentului contract de servicii, ci doar de stadiul fizic/progresul fizic al lucrarilor existent la momentul emiterii de catre Beneficiar a Ordinului de Incepere a contractului de servicii. Daca este cazul, in cadrul Ordinului de Incepere al Contractului de servicii, Beneficiarul va mentiona Progresul fizic/Stadiul fizic al execuției lucrărilor înregistrat anterior emiterii Ordinului de Începere a Contractului de servicii.

Beneficiarul va plati suma aferenta "Supervizarii executiei lucrarilor", conform urmatoarei modalitati de plata:

Modalitatea de plata

-70% trimestrial in baza timpului efectiv lucrat conform rapoartelor lunare de progres care contin fisele de pontaj ale expertilor/persoanelor mobilizati/mobilizate.

-Trimestrial in baza aprobarii de catre Beneficiar a Raportul Financiar aferent perioadei de executie a lucrarilor.

Modalitatea de calcul

Pentru fiecare expert/persoana in parte Beneficiarul va plati 70% din valoarea rezultata din inmultirea Onorariu (lei fara TVA) pe zi / expert sau prsoana [Salariu brut/zi (inclusiv cheltuieli angajat si angajator) + alte cheltuieli/zi] cu zilele efectiv lucrate in lunile respective.

Restul de 30% prin Plati Intermediare - numai la momentul indeplinirii de catre Antreprenor a urmatoarelor praguri ale Stadiului fizic/Progresului fizic al executiei lucrarilor pentru intregul contract (nu se va cuantifica stadiul fizic/progresul fizic pentru sector/ sectoare/ sectiune/ sectiuni) : 0%, 15%, 20%, 25%, 30%, 35%, 40%, 45%, 50%, 55%, 60%, 65%, 70%, 75%, 80%, 85%, 90%, 95%, 100%."

Contestatoarea explică mecanismul, arătând că plata serviciilor prestate de către Consultant se face în baza fișelor de pontaj ale experților/persoanelor mobilizați/mobilizate din care rezultă zilele efectiv lucrate de fiecare expert/persoană în parte în lunile respective, aprobate de către Beneficiar ca parte a rapoartelor financiare. Contestatoarea arată că potrivit acestei clauze, plata se efectuează după aprobarea de către Beneficiar atât a Rapoartelor Lunare de progres aferente perioadei de execuție a lucrărilor, cât și a rapoartelor financiare care conțin fișele de

pontaj. Pentru fiecare expert/persoană în parte Beneficiarul va plăti trimestrial 70% din suma rezultată din înmulțirea Onorariului (lei fără TVA) pe zi/expert sau persoană [Salariu brut/zi (inclusiv cheltuieli angajat și angajator) + alte cheltuieli/zi] cu zilele efectiv lucrate în lunile respective și în conformitate cu modalitatea de plată prevăzută în tabelul cuprins în clauză.

Beneficiarul va plăti prin plăți intermediare diferența de 30% numai în baza timpului efectiv lucrat conform Rapoartelor lunare de progres care conțin fișele de pontaj și doar în funcție de Stadiul fizic/Progresul fizic al execuției lucrărilor al întregului contract fără a ține cont de progresul fizic/stadiul fizic al lucrărilor înregistrat anterior începerii activității Consultantului în cadrul Contractului de servicii.

Plata restului de 30% este condiționată de îndeplinirea de către antreprenor a următoarelor praguri ale Stadiului fizic/Progresului fizic al execuției lucrărilor pentru întregul contract a se cuantifica stadiul fizic/progresul fizic pentru sector/sectoare/secțiune/secțiuni): 0%, 15%, 20%, 25%, 30%, 35%, 40%, 45%, 50%, 55%, 60%, 65%, 70%, 75%, 80%, 85%, 90%, 95%, 100%.

Contestatoarea consideră că această clauză creează un dezechilibru major în raportul contractual, deoarece beneficiarul impune plata trimestrial, în condițiile în care Consultantul a prestat servicii care pot fi justificate lunar prin fișe de pontaj și în condițiile în care Consultantul plătește personalul lunar. Astfel, Beneficiarul amână în mod artificial termenul de plată pentru prestații executate și cheltuieli deja efectuate de către Consultant, ceea ce afectează lichiditatea de care dispune Consultantul în executarea Contractului de servicii și a activității sale curente. Consiliul reține că în variantele anterioare, plata se realiza lunar, situație, de altfel, firească. Astfel, consultantul plătește personalul și taxele aferente lunar, astfel că încasarea trimestrială a onorariilor, salariilor și altor cheltuieli presupune un efort financiar considerabil. Consiliul mai constată că în punctul de vedere prezentat, autoritatea contractantă nu a formulat apărări față de critica referitoare la decontarea trimestrială și nu lunară, aspect care este considerat ca lăsat la aprecierea completului. În aceste condiții, Consiliul va admite critica și va dispune modificarea mențiunilor referitoare la plata trimestrială, prin înlocuire cu plata lunară.

În ceea ce privește criticile contestatoarei referitoare la faptul că plata de 70% care se realizează sub condiția aprobării Rapoartelor lunare de progres al lucrărilor și a rapoartelor financiare, aceasta considerând că întârzierea aprobării acestor rapoarte de către Beneficiar din cauze imputabile acestuia conduce la amânarea suplimentară a plății serviciilor prestate, ori chiar în lipsa unei întârzieri, beneficiarul dispune conform art. 31 din Contractul de servicii de un termen de 25 de zile pentru a aproba orice raport, iar în cazul în care solicită o modificare sau completare cât de mică, termenul de aprobare curge de la data primirii informațiilor/documentelor/explicațiilor suplimentare solicitate, Consiliul

găsește o astfel de procedură ca fiind firească, neputându-se face plata înaintea acestor verificări. De altfel, tocmai necesitatea acestor verificări face plata trimestrială, exclusă de Consiliu, drept deosebit de oneroasă, ori așa cum este formulate critica, se poate înțelege că societatea contestatoare nu formulează critici cu privire la procedura de aprobare și decontare, ci această procedură este invocată ca motiv suplimentar pentru excluderea plății trimestriale.

În ceea ce privește Plata intermediară (30%), care se realizează sub condiția atingerii de către antreprenor a anumitor stadii de execuție, neîndeplinirea stadiilor de execuție de către antreprenor din cauze imputabile sau aflate în responsabilitatea/riscul exclusiv acestuia și/sau exclusiv al Beneficiarului ori pentru cauze imputabile în comun celor doi amână sau împiedică plata serviciilor prestate de către Consultant, deși au fost aprobate de către Beneficiar, contestatoarea arată că în lipsa unei legături de cauzalitate între acțiunile și/sau inacțiunile Consultantului ce pot fi calificate drept încălcări ale unor obligații contractuale asumate de acesta, astfel de condiționări pentru plata prestațiilor sunt excesive și încalcă principiul asumării răspunderii de către autoritatea contractantă pentru propriile acțiuni și/sau inacțiuni culpabile și/sau pentru riscurile asumate în cadrul contractului de execuție de lucrări. Mai arată că deși conform Tabelului nr. 1 Perioada estimată de prestare a serviciilor din secțiunea 6.1.3 Perioada de implementare din Caietul de sarcini, durata de prestare a serviciilor de supraveghere a execuției lucrărilor este de 36 de luni (fiind în mod logic legată de Durata de Execuție a Lucrărilor de către antreprenor), în mod total nejustificat, aleatoriu, Beneficiarul impune Consultantului să urgenteze finalizarea execuției lucrărilor în 26 de luni, sub sancțiunea unei penalizări de 20% din întregul onorariu corespunzător tuturor prestațiilor efectuate după expirarea acestui termen (supravegherea execuției lucrărilor și supraveghere în perioada de garanție a lucrărilor). Beneficiarul decide unilateral, condiționat de propriul acord, nu și de acordul Consultantului, că această penalizare pe care Beneficiarul o califică drept economie la contract va putea fi utilizată pentru prelungirea perioadei de prestare a serviciilor. Reducerea onorariului datorat Consultantului este o sancțiune contractuală care se cumulează cu plata condiționată a restului de 30% din onorariu în raport de progresul lucrărilor care nu depinde de Consultant, ci chiar de părțile contractului de execuție de lucrări, condiție care urmărește același scop ca și sancțiunea reducerii onorariului, anume sancționarea unei presupuse întârzieri în execuția lucrărilor, considerând că supervizorul este sancționat succesiv pentru aceeași presupusă culpă.

Consiliul va reține considerentele deciziei nr. 1952/07.10.2021, pronunțată în dosarul nr. 5089/2/2021, pe chestiunea în analiză, unde se arată: „*Modalitatea de plată prevăzută de autoritatea contractantă urmărește corelarea plății serviciilor de supervizare cu ritmul de îndeplinire a contractelor de proiectare și executare lucrări. În principiu, o astfel de modalitate de stabilire a plății este de natură să ducă la atingerea interesului legitim al autorității contractante de a-*

stimula și cointeresa pe supervizor în respectarea termenelor contractuale de către proiectant și executant, corespunde strânsei legături dintre serviciile de supraveghere și activitățile supravegheate și caracterului accesoriu, de dependență, al contractului de supervizare de contractele care fac obiectul supervizării.

Tinând cont de această accesorie, modalitatea de stabilire a plății trebuie în același timp să asigure și echilibrul între interesele autorității contractante pe de o parte, interesul supervizorului de obținere a plății pentru activitatea desfășurată, pe de altă parte, luând în considerare pârghiile și mecanismele pe care acesta le are la îndemână în raport cu Proiectantul și Executantul și, de asemenea, rolul autorității contractante însăși care are obligația de a facilita "legătura cu instituțiile guvernamentale relevante, ministere, autorități locale, etc.", obligație cu o mare importanță și impact în contextul unor contracte complexe cum este cel din speța de față. Astfel, este de reamintit faptul că supervizorul are în principal propriile sale obligații de rezultat, enumerate în lege (anexa la HG 1/2018) și în art. 10 din contract - obligații concrete, bine determinate - iar îndeplinirea lor corespunzătoare ar trebui să-i permită acestuia primirea plății pentru serviciile prestate. În același timp, supervizorul îi revine și o obligație generală de diligență, de a întreprinde tot ceea ce, în calitate de profesionist, poate întreprinde pentru finalizarea la timp și bune condiții a proiectării și lucrărilor. În raport cu această obligație de diligență, este justificată temporizarea efectuării unei anumite părți din plata datorată pentru servicii, prin condiționarea de stadiul contractului principal".

Consiliul, având în vedere și considerentele deciziei nr. 1952/07.10.2021, pronunțată în dosarul nr. 5089/2/2021, consideră că nu este vorba de o penalizare. Astfel, mecanismul propus de autoritatea contractantă prevede că, în situația în care contractual nu este finalizat la termen, economia din plata parțială se va plăti pe perioada de prelungire a contractului. Așa cum și Consiliul a arătat, faptul că autoritatea nu va plăti integral onorariile, ci va amâna parțial plata lor, nu înseamnă că îl va sancționa pe supervizor, ci doar că neexistând progres al lucrărilor, nici activitățile supervizorului nu au fost executate în totalitate. Consiliul reține că o astfel de abordare este corectă, contractul de supervizare nefiind unul de tip abonament, ci unul la preț forferar, consultanța fiind aferentă unui contract de proiectare și execuție în condițiile FIDIC. Prin urmare, atunci când își întocmește oferta, orice consultant trebuie să ia în calcul și eventuale rezerve pentru întârzierea proiectării și a lucrărilor, astfel încât să poată duce la bun sfârșit activitatea de consultanță, valoarea estimată a procedurii fiind suficientă pentru luarea în considerare a acestor rezerve. Consiliul reține, astfel, că argumentele referitoare la reținerea parțială a onorariilor și plata lor ulterioară, la momentul finalizării proiectului și a lucrării, apare pe deplin logică, în condițiile în care prețul contractului este stabilit pentru întregul contract, el neputând fi majorat. Nu se poate admite ideea că prețul activității de consultanță se va dubla sau tripla, în raport cu întârzierea contractului, respectiv că indiferent de stadiul lucrărilor și de necesarul de personal, beneficiarul va plăti onorariile întregi în fiecare lună până la finalizarea contractului, indiferent de respectarea/nerespectarea graficului de execuție. În condițiile în care prețul contractului este unul forfetar, stabilit în urma procedurii de atribuire, ajustat și actualizat conform formulelor din contract, autoritatea contractantă poate gestiona resursele financiare în forma propusă, neexistând vreo abatere de la lege. În final, autoritatea este obligată să

plătească prețul contractului ajustat și actualizat conform prevederilor acestuia, și nu un preț mai mare sau mai mic, prevederile contractuale criticate fiind în acest sens.

În ceea ce privește critica referitoare la faptul că plata finală a serviciilor de supervizare a execuției lucrărilor este condiționată în mod cumulativ de îndeplinirea a încă 2 condiții (emiterea și aprobarea Certificatului de Recepție la Terminarea Lucrărilor și aprobarea de către Beneficiar a Raportului emis după Recepția la Terminare a Lucrărilor) care presupun acțiuni ale Beneficiarului, contestatoarea arată că în conformitate cu art. 30.2 din Contractul de servicii, Consultantul este obligat să depună "Raportul la Terminarea lucrărilor" care *"se va depune la Beneficiar înaintea Recepției lucrărilor. Acesta va include o prezentare asupra serviciilor prestate prin contract și a lucrărilor executate de către Antreprenor, precum și desenele conforme cu execuția Proiectului (un exemplar original și 3 copii), care vor fi pregătite de Antreprenor și verificate de Consultant/Supervizor. În cadrul acestui raport vor fi rezumate toate activitățile derulate în cadrul activității de supervizare a execuției lucrărilor."* Aceasta consideră că respectiva clauză face trimitere la un raport care fie nu este prevăzut prin Contractul de servicii, fie dacă este vorba despre Raportul la Terminarea lucrărilor, impune atașarea unor desene care fac parte din Cartea tehnică a construcției și care, potrivit Sub-clauzei 19.7 [Cartea tehnică a construcției] din Condițiile Generale ale contractului de execuție de lucrări se predau înainte de Recepția la Terminare și care condiționează efectuarea Recepției la Terminare, etape anterioare emiterii Certificatului de Recepție la Terminarea Lucrărilor și Raportului la Terminarea Lucrărilor.

Consiliul constată, astfel, că societatea contestatoare știe exact despre ce act este vorba, acest raport fiind menționat la clauza 60.4. din contractual de execuție de lucrări: „În termen de 10 zile de la data notificării de către Antreprenor, **Supervizorul va verifica dacă sunt întrunite condițiile de recepție și va emite către Beneficiar, cu o copie la Antreprenor, un raport la Terminarea Lucrărilor prin care Supervizorul va recomanda Beneficiarului, cu motivare detaliată, admiterea, amânarea sau respingerea recepției Lucrărilor**”.

În plus, petenta arată ca această clauză încalcă prevederile art. 7 coroborat cu cele ale art. 6 din Legea nr. 72/2013 care stabilesc termene maxime de recepție și verificare a prestațiilor și de plată a acestora de către autoritatea contractantă.

Consiliul reține că potrivit dispozițiilor Legii nr. 72/2013, „Art. 5- **Termenul contractual de plată:** (1) În raporturile dintre profesioniști, termenul de plată nu poate fi mai mare de 60 de zile calendaristice. **Prin excepție, părțile pot stipula în contract un termen de plată mai mare, sub rezerva ca această clauză să nu fie abuzivă, potrivit art. 12.**

(2) Părțile pot conveni efectuarea plății în mod eșalonat, în acest caz, dobânzile penalizatoare și celelalte despăgubiri prevăzute de prezenta lege se calculează prin raportare la suma scadentă.

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

-Art. 6- Termenul legal de plată:

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

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

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

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

(2) Procedura de recepție sau verificare prevăzută la alin. (1) lit. c) nu poate depăși 30 de zile calendaristice de la data primirii bunurilor sau prestării serviciilor.

Prin excepție, în cazuri justificate în mod obiectiv de natura sau caracteristicile contractului, procedura de recepție sau verificare poate avea o durată mai mare de 30 de zile calendaristice, dacă sunt stabilite expres în contract și în documentația achiziției atât termenul de recepție, cât și motivele obiective, sub rezerva ca această clauză să nu fie abuzivă, în sensul art. 12.

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

Consiliul reține că susținerile contestatoarei referitoare la nerespectarea prevederilor Legii nr. 72/2013 sunt nefondate, dispozițiile legale referindu-se la verificarea documentelor și plata într-un anumit termen de la recepție, ori în cauză, clauza 32.3 din Contractul de servicii are ca obiect amânarea la plată și plata parțială a serviciilor ca urmare a nefinalizării contractului de execuție și implicit, a contractului de supervizare.

În ceea ce privește **clauza 32.17 din Contractul de servicii**, „în cazul în care oricare din următoarele evenimente intervine și persistă, Beneficiarul poate suspenda, total sau parțial, plățile datorate Consultantului/Supervizorului în baza Contractului de Servicii, prin intermediul unei notificări scrise adresate Consultantului/Supervizorului:

a) Consultantul/Supervizorul nu își îndeplinește obligațiile conform prezentului Contract;

b) Orice altă împrejurare pentru care Consultantul/Supervizorul răspunde în baza Contractului de Servicii și care în mod obiectiv interferează sau amenință să interfereze cu finalizarea cu succes a Proiectului sau a Contractului de Servicii", contestatoarea consideră că aceasta instituie dreptul discreționar al Beneficiarului de a suspenda parțial sau total plățile datorate Consultantului în condițiile în care neîndeplinirea obligațiilor contractuale de către Consultant este sancționată prin diverse și numeroase alte mijloace (penalități, reduceri de onorarii, plăți condiționate de îndeplinirea unor condiții etc.). Astfel, arată că beneficiarul poate dispune în orice moment suspendarea plății sumelor datorate Consultantului pentru prestații deja executate și aprobate de către Beneficiar pentru neîndeplinirea oricărei obligații contractuale, indiferent de caracterul esențial sau neesențial al obligației, de gravitatea încălcării, de aplicarea sau nu în prealabil a altei sancțiuni. Beneficiarul poate în mod discreționar să suspende plățile parțial sau total, după bunul său plac, odată ce clauza nu stabilește în mod expres în ce circumstanțe intervine fiecare dintre aceste sancțiuni.

Consiliul reține că această clauză are corespondent și în Condițiile generale, respectiv clauza 38.2. „Suspendarea prin notificarea Antreprenorului: Dacă Supervizorul nu îndeplinește obligațiile prevăzute în subclauza 50.3 [Certificatul de Plată] sau dacă efectuarea unei plăți datorate de către Beneficiar în conformitate cu prevederile Contractului este întârziată cu cel puțin 45 de zile față de termenul-limită potrivit prevederilor subclauzei 50.4 [Plata], Antreprenorul va notifica Beneficiarul și va fi îndreptățit, după un termen de 30 de zile de la transmiterea notificării, să suspende execuția Lucrărilor sau să reducă ritmul de execuție, în conformitate cu cele prevăzute în notificare, până la data la care Antreprenorul va primi Certificatul de Plată sau plata, după caz, și în conformitate cu cele precizate în înștiințare. Acțiunea Antreprenorului nu va afecta dreptul său la dobânzi pentru întârzierea în efectuarea plăților potrivit prevederilor clauzei 53 [Plăți întârziate] și la reziliere potrivit prevederilor clauzei 65 [Rezilierea de către Antreprenor]. În cazul în care Antreprenorul primește Certificatul de Plată sau plata, după caz, înainte de a transmite notificarea de reziliere potrivit prevederilor clauzei 65 [Rezilierea de către Antreprenor], Antreprenorul va relua activitatea obișnuită în cel mai scurt timp rezonabil și, cu excepția cazului în care Părțile stabilesc altfel, în cel mult 10 zile de la primirea Certificatului sau a plății”.

Astfel, Condițiile generale aprobate prin HG nr. 1/2018, dau dreptul antreprenorului să suspende lucrările în situația în care supervizorul nu își îndeplinește atribuțiile. De asemenea, când antreprenorul nu își execută obligațiile, beneficiarul poate suspenda, în mod echivalent, contractul, implicit plățile, în temeiul clauzei 38.4, după cum și nerespectarea obligațiilor beneficiarului dau dreptul antreprenorului la suspendarea contractului. De asemenea, potrivit clauzei 44.5. din același act, „Dacă sunt îndeplinite condițiile care permit rezilierea Contractului de către

Beneficiar în conformitate cu prevederile clauzei 64 [Rezilierea de către Beneficiar], înainte sau în locul rezilierii Contractului, Beneficiarul poate suspenda plățile ca măsură de precauție fără notificare prealabilă. În cazul în care Contractul nu este reziliat, o asemenea suspendare nu va dura mai mult de 60 de zile". Prin urmare, suspendarea este o măsură uzuală și eficientă în acest tip de contracte, nici suspendarea plăților către supervisor nefăcând excepție de la regulă.

Consiliul reține că prevederile contractuale criticate sunt clare, fiind vorba de neîndeplinirea obligațiilor contractuale ale supervisorului, și nu de aprecieri discreționare. De altfel, teama operatorului este nejustificată, în general, beneficiarii fiind interesați de existența unei relații bune cu supervisorii, în caz contrar, contractual fiind supus riscului eșecului. Este evident că apelul la această sancțiune este o măsură extremă, după intervenția celorlalte sancțiuni. Prin urmare, Consiliul consideră critica nefondată.

Pentru motivele arătate, contestatoarea consideră că prevederea contractuală încalcă principiul proporționalității.

În ceea ce privește Formularul B - GARANȚIE DE BUNĂ EXECUȚIE, contestatoarea invocă paragraful 5: "*Această garanție este supusă legilor din România și se va conforma Regulilor Uniforme privind Garanțiile la Cerere, publicate cu numărul 758 de către Camera Internațională de Comerț, cu excepția celor menționate mai sus.*" Contestatoarea arată că prevederile Formularului B citate nu respectă legislația achizițiilor publice coroborată cu legislația aplicabilă în materia instrumentelor de garantare emise de societăți de asigurări. În acest sens invocă prevederile art. 40 alin. (1) din HG nr. 395/2016, art. 1 lit. a) și art. 2 alin. (4) din Norma 32/2021 privind asigurările de garanții emisă de Autoritatea de Supraveghere Financiară. Garanția de bună execuție care face obiectul art. 34.6-34.8 din Contractul de servicii și al Formularului B se încadrează în această categorie a asigurărilor de garanții necondiționate reglementată de Norma nr. 32/2021, dar nu reprezintă o garanție autonomă în sensul Regulilor Uniforme privind Garanțiile la Cerere, publicate cu numărul 758 de către Camera Internațională de Comerț. În acest sens, conform art. 2 alin. (1) lit. b) din Norma nr. 32/2021, asigurările de garanții necondiționate emise de societățile de asigurări nu se încadrează în categoria garanțiilor autonome reglementate de art. 2.321 din Legea nr. 287/2009 privind Codul civil, republicată, cu modificările ulterioare. În aceste condiții, contestatoarea solicită ca autoritatea contractantă fie pune la dispoziția ofertanților un alt model de garanție de bună execuție emisă de societăți de asigurări, fie prevede expres în Formularul B că referirea la Regulile Uniforme privind Garanțiile la Cerere, publicate cu numărul 758 de către Camera Internațională de Comerț Contractul de servicii nu este aplicabilă în cazul garanției de bună execuție constituită prin asigurare de garanție.

În replică, autoritatea contractantă învederează Consiliului că a purtat o corespondență legată de acest subiect cu Autoritatea de

Supraveghere Financiară, aceasta comunicând, prin adresa nr. SA-DG/5466.1/06.06.2022, următoarele:

"Scopul normei nr. 32/2021 se circumscrie astfel obiectivului general al ASF în domeniul asigurărilor, prevăzut la art. 5 lit. b) din OUG nr. 93/2012, respectiv promovarea stabilității activității de asigurare și apărarea drepturilor asiguraților, și are în vedere obligația legală a societăților, în calitate de distribuitori de asigurări, de a avea o conduită corectă în raport cu clienții, conform prevederilor art. 12 alin. (1) și alin. (2) din Legea nr. 236/2018. Prin urmare, scopul și obiectul de reglementare al normei nu vizează condițiile de asigurare generale sau specifice ale asigurărilor de garanții, întrucât aceste tipuri de asigurări sunt facultative conform prevederilor C.Civ., iar o atare abordare ar contraveni dispozițiilor art. 21 și 181 din Directiva 2009/138/CE (Solvabilitate II) care nu permit statelor membre să impună aprobarea prealabilă sau notificări sistematice cu privire la condițiile de asigurare generale și speciale, nivelul primelor, bazelor tehnice folosite în special la calcularea nivelului primelor și rezervelor tehnice sau la formulare și alte documente tipărite pe care un asigurător intenționează să le folosească în interacțiunile sale cu deținătorii polițelor de asigurare."

După primirea punctului de vedere, contestatoarea arată că acest document nu poate fi luat în considerare, deoarece nu i-a fost comunicat.

Consiliul reține că documentul a fost transmis ulterior punctului de vedere, atât Consiliului, cât și contestatoarei.

Cu privire la acest aspect, Consiliul reține că indiferent dacă această corespondență a fost purtată cu Autoritatea de Supraveghere Financiară pentru a formula apărări în acest dosar sau cu scopul de a-și corecta propriile acte, aplicabilitatea dispozițiilor legale invocate de contestatoare va fi apreciată de Consiliu.

Consiliul reține, însă, că autoritatea contractantă a comunicat pe timpul existenței dosarului pe rolul său, actul respectiv.

În ceea ce privește criticile contestatoarei, Consiliul reține că în materia contractelor mari de antrepriză și supervizare, la care participă, de regulă, și operatori economici străini, anunțurile fiind publicate și pe JOUE, operatorii economici aduc garanții nu numai de la băncile și societățile de asigurări din România, ci și de la bănci și societăți de asigurări dintr-alte țări, care nu sunt sub controlul și verificarea autorităților din România.

Regulile Uniforme privind Garanțiile la Cerere, publicate cu numărul 758 de către Camera Internațională de Comerț sunt, astfel, larg utilizate în contracte de acest gen, nefiind posibilă obligarea operatorilor de a prezenta asigurări doar din România, emise de asigurători români, controlați de ASF în baza normelor invocate de contestatoare. În același timp, aceste asigurări, așa cum rezultă și din adresa ASF invocată, sunt garanții autonome, în sensul art. 2321 din Codul civil, și al regulilor

menționate, ori Norma nr. 32/2021 nu se referă la aceste tipuri de garanții.

Consiliul mai reține relevanța în cauză a dispozițiilor menționate de Autoritatea de Supraveghere Financiară în adresa menționată, respectiv DIRECTIVA 2009/138/CE A PARLAMENTULUI EUROPEAN ȘI A CONSILIULUI din 25 noiembrie 2009 privind accesul la activitate și desfășurarea activității de asigurare și de reasigurare (Solvabilitate II),:

- Articolul 21 Condiții privind polițele și nivelul primelor

(1) Statele membre nu impun aprobarea prealabilă sau notificări sistematice cu privire la condițiile de asigurare generale și speciale, nivelul primelor, bazele tehnice folosite în special la calcularea nivelului primelor și rezervelor tehnice sau la formulare și alte documente tipărite pe care o întreprindere intenționează să le folosească în interacțiunile sale cu deținătorii polițelor de asigurare sau cu întreprinderile cedente sau retrocedente. Cu toate acestea, pentru asigurarea de viață și în scopul exclusiv de verificare a respectării dispozițiilor de drept intern referitoare la principiile actuariale, statul membru de origine poate impune o notificare sistematică privind bazele tehnice utilizate la calcularea nivelului primelor și rezervelor tehnice. Cerința respectivă nu constituie o condiție prealabilă pentru autorizarea unei întreprinderi de asigurare de viață.

(2) Statele membre nu mențin și nu introduc notificarea prealabilă sau aprobarea majorărilor de tarife propuse, decât ca element al unui sistem general de control al prețurilor.

(3) Statele membre pot verifica întreprinderile care solicită sau care au obținut autorizația pentru clasa 18 din anexa I partea A în ceea ce privește mijloacele directe sau indirecte privind personalul și materialele, inclusiv calificarea echipelor medicale și calitatea echipamentelor de care dispun pentru a face față angajamentelor din acea clasă de asigurare.

(4) Statele membre pot să mențină sau să introducă acte cu putere de lege sau acte administrative care să prevadă aprobarea actului constitutiv și a statutului și comunicarea oricărui document necesar exercitării normale a supravegherii”.

Prin urmare, nu există niciun motiv a elimina din documentație prevederile referitoare la garanția de bună execuție criticate.

În ceea ce privește clauza 34.21 din Contractul de servicii, *”În situația neîndeplinirii obligațiilor privind prelungirea / completarea / reîntregirea / amendarea Garanției de Bună Execuție în interiorul termenelor menționate la Articolul 34.10, Articolul 34.11, Articolul 34.13, Articolul 34.17, Articolul 34.18 și Articolul 34.20, Beneficiarul/Autoritatea Contractantă este îndreptățit/ă să aplice penalități în valoare de 0,05%/zi de întârziere din valoarea Garanției de Bună Execuție, pentru fiecare zi de întârziere după expirarea termenelor menționate la Articolul 34.10, Articolul 34.11, Articolul 34.13, Articolul 34.17, Articolul 34.18 și Articolul 34.20 și până la data prelungirii/completării/reîntregirii acesteia, și/sau să rezilieze contractul în conformitate cu condițiile Articolului 38 și/sau să execute integral Garanția de Bună Execuție”,* contestatoarea consideră

aceasta este excesivă, deoarece, în lipsa stabilirii circumstanțelor specifice în care se poate aplica fiecare sancțiune, permite Beneficiarului să aplice 3 sancțiuni pentru aceeași încălcare, respectiv să aplice cumulat sancțiuni care, în fapt nu pot fi cumulate. Arată contestatoarea că plata penalităților nu poate fi cumulată cu executarea în întregime a Garanției de Bună Execuție și că rezilierea Contractului de servicii pentru încălcarea obligațiilor de prelungirea/completarea/reîntregirea/amendarea Garanției de Bună Execuție în termenele agreeate nu ar putea fi cumulată cu executarea integrală a Garanției de Bună Execuție în condițiile în care au fost aplicate penalități de întârziere pentru depășirea termenelor de prelungirea/completarea/reîntregirea/amendarea Garanției de Bună Execuție, deoarece prejudiciul cauzat prin aceste încălcări a fost deja predeterminat de către părți prin această clauză.

Consiliul reține că un model de contract nu poate circumstanția toate situațiile posibile ce pot să apară pe parcursul derulării lui. De asemenea, nu există niciun motiv pentru care sancțiunile să nu poată fi cumulate, la fel ca în toate contractele. Astfel, în cazul nerespectării obligațiilor contractuale, se percep penalități, dar acestea nu se aplică *sine die*, ci partea, la un moment dat, poate cere rezilierea contractului. În acest sens, prevederile art. 43.12 stabilesc următoarele: „În cazul în care Consultantul/Supervizorul nu transmite o nouă Garanție de Bună Execuție în termen de 30 de zile de la data notificării, Beneficiarul/Autoritatea Contractantă poate rezilia Contractul”. Deci, penalitățile curg pentru o perioadă de 30 zile, după care beneficiarul are opțiunea rezilierii contractului, dacă operatorul nu își respectă obligația de a constitui garanția.

De asemenea, Consiliul reține că se poate executa integral garanția pentru acoperirea tuturor prejudiciilor cauzate, inclusiv a penalităților sau altor datorii ale părții care nu își respectă contractul, cum ar fi, de pildă, recuperarea avansurilor acordate, și alte prejudicii dovedite, cumulat cu rezilierea contractului pentru necompletarea garanției. Răspunderea contractuală se aplică în raport cu dispozițiile contractului, cu gravitatea încălcărilor, în limita prejudiciului cauzat, modelul de contract neputând circumstanția orice situație posibilă. Obligația de menținere a garanției de bună execuție în integralitatea ei este una dintre obligațiile principale ale oricărui operator economic în cadrul unui contract. Astfel, legislația achizițiilor are prevederi deosebit de drastice în ceea ce privește neconstituirea garanției de bună execuție, situație aplicabilă și în cazul neprelungirii/necompletării/ nereîntregirii acesteia.

Astfel, neconstituirea garanției de bună execuție reprezintă o abatere gravă care conduce la reținerea garanției de participare, nesemnându-se contractul cu operatorul care refuză constituirea sa. Pentru neconstituirea garanției de bună execuție se emite document constatator negativ. În acest sens, prezintă relevanță următoarele dispoziții din HG nr. 395/2016:

- Art. 37. - (1) Autoritatea contractantă are obligația de a reține garanția de participare atunci când ofertantul se află în oricare dintre următoarele situații:

b) oferta sa fiind stabilită câștigătoare, nu constituie garanția de bună execuție."

- Art. 39. - (1) **Garanția de bună execuție a contractului se constituie de către contractant în scopul asigurării autorității contractante de îndeplinirea cantitativă, calitativă și în perioada convenită a contractului de achiziție publică/contractului subsecvent.**

-Art. 41. - **Autoritatea contractantă are dreptul de a emite pretenții asupra garanției de bună execuție, oricând pe parcursul îndeplinirii contractului de achiziție publică/contractului subsecvent, în limita prejudiciului creat, în cazul în care contractantul nu își îndeplinește din culpa sa obligațiile asumate prin contract.** Anterior emiterii unei pretenții asupra garanției de bună execuție autoritatea contractantă are obligația de a notifica pretenția atât contractantului, cât și emitentului instrumentului de garantare, precizând obligațiile care nu au fost respectate, precum și modul de calcul al prejudiciului. În situația executării garanției de bună execuție, parțial sau total, contractantul are obligația de a reîntregii garanția în cauză raportat la restul rămas de executat".

Consiliul mai observă că întreg articolul 43 din modelul de contract referitor la garanția de participare are un conținut structurat, logic, fiind clare modalitățile și situațiile în care beneficiarul emite pretenții asupra sa.

În punctul de vedere, autoritatea susține că sancțiunile nu se aplică cumulativ, dar explicațiile sale sunt sumare, neînțelegându-se ce înțelege prin noțiunea de „cumulativ”. Este clar că în situația rezilierii contractului, se reține garanția de bună execuție, total sau parțial (dacă aceasta există!), în limita prejudiciului creat. Este această sancțiune cumulativă? Evident, da! Este legală aplicarea celor două sancțiuni? Evident, da, acesta fiind rolul garanției de bună execuție, respectiv emiteria de pretenții asupra ei pentru acoperirea prejudiciului creat autorității contractante, în situația în care operatorul nu își îndeplinește obligațiile contractuale. De fapt, acest lucru rezultă expres din clauza 34.15 citată mai jos.

Faptul că sancțiunile se aplică treptat, succesiv, respectiv perceperea de penalități pe un interval de 30 zile, executarea garanției de bună execuție apoi rezilierea contractului, nu înseamnă că ele nu sunt cumulate, dar cumularea lor este logică. Dacă operatorul nu și-a respectat obligația de reconstituire a garanției în curs de exirare sau incompletă, se aplică prevederile clauzei „34.15 Beneficiarul/Autoritatea Contractantă are obligația de a emite pretenții asupra Garanției de Bună Execuție, oricând pe parcursul derulării Contractului, în oricare dintre cazurile de mai jos:

(a) Dacă în termenii Garanției de Bună Execuție se specifică data de xpirare a acesteia, iar Consultantul/Supervizorul nu și-a îndeplinit toate obligațiile contractuale asumate prin Contract până la acea dată,

Beneficiarul/ Autoritatea Contractantă va cere întreaga valoare a Garanției de Bună Execuție înainte de expirarea Garanției de Bună Execuție, în situația în care Consultantul/Supervizorul nu prelungeste valabilitatea Garanției de Bună Execuție până când obligațiile contractuale vor fi îndeplinite.

(b) Beneficiarul/Autoritatea Contractantă reziliază Contractul potrivit prevederilor Articolului 38, situație în care Beneficiarul/Autoritatea Contractantă poate revendica întreaga valoare a Garanției de Bună Execuție.

Nu este vorba, astfel, de un caracter disproporționat al clauzei privind posibilitatea Beneficiarului de a executa integral Garanția de Bună Execuție pentru încălcarea obligațiilor de prelungirea / completarea / reîntregirea / amendarea Garanției de Bună Execuție în termenele agreeate, așa cum susține contestatoarea, această obligație de constituire a garanției rezultând chiar din lege, contractul nemaiputând continua în situația în care acesta nu o prelungeste sau nu o completează.

Nici susținerea contestatoarei referitoare la falimentul emitentului poliției nu poate fi acceptată ca întemeiată. În acest sens, în Condițiile generale există clauza 15.7. „În cazul în care Garanția de Bună Execuție se constituie potrivit subclauzei 15.1 lit. a), pe durata executării Contractului, **dacă societatea care a emis Garanția de Bună Execuție nu își poate respecta angajamentele, Garanția de Bună Execuție nu va mai fi validă.**

Beneficiarul va notifica Antreprenorul pentru a elibera o nouă garanție conform aceluiași termen ca cei ai anterioarei garanții; în cazul în care Antreprenorul nu transmite o nouă Garanție de Bună Execuție în termen de 30 de zile de la data notificării, Beneficiarul poate rezilia Contractul potrivit prevederilor clauzei 64 [Rezilierea de către Beneficiar]”.

Deci, clauzele din contractul de servicii referitoare la garanția de bună execuție sunt similare contractului de lucrări – Condiții generale, criticile urmând a fi respinse.

Consiliul reține aceeași concluzie și în ceea ce privește temerea contestatoarei referitoare la ivirea obligației de prelungire a garanției după recepția la terminarea lucrărilor. Astfel, este evident că obligația vizează prelungirea garanției în cuantumul de 30 %, în condițiile în care după terminarea lucrărilor 70 % din cuantumul garanției se restituie supervisorului. Evident că și executarea garanției se poate realiza în limita cuantumului său menținut valabil după recepție. Ca și pe perioada execuției contractului, dacă există prejudicii mai mari decât cuantumul garanției existente, acestea se pot recupera potrivit dreptului comun, și nu în baza acestor clauze.

În ceea ce privește clauza 34.22 alin. (6) și (7) din Contractul de servicii, acestea au următorul conținut: *“(6) În cazul în care Garanția de bună execuție se constituie prin rețineri succesive,*

Consultantul/Supervizorul are obligația de a îndeplini cumulativ următoarele:

a) de a înainta Beneficiarului/Autorității Contractante confirmarea scrisă a unității Trezoreria Statului, atât cu privire la blocarea contului deschis în favoarea Beneficiarului/Autorității Contractante pentru Garanția de bună execuție, cât și cu privire la deblocarea acestuia numai cu acordul Beneficiarului/Autorității Contractante, cât și executarea oricărei sume existente în cont la prima cerere a Beneficiarului/Autorității Contractante, fără ca aceasta să aibă obligația de a-și motiva cererea respectivă;

b) de a înainta Beneficiarului /Autorității Contractante confirmarea scrisă a unității Trezoreria Statului cu privire la perioada de valabilitate a contului deschis conform alin. (1), perioada mai mare sau egală cu perioada de valabilitate a prezentului contract;

c) de a înainta Beneficiarului/Autorității Contractante confirmarea scrisă a unității Trezoreria Statului cu privire la imposibilitatea Consultantului/Supervizorului de a derula operațiuni, altele decât alimentarea contului prevăzut la alin. (1), fără acordul Beneficiarului/Autorității Contractante;

d) de a înainta Beneficiarului/Autorității Contractante confirmarea scrisă a unității Trezoreria Statului cu privire la însușirea obligației de transmitere, trimestrial, către Beneficiar/Autoritatea Contractantă a extraselor de cont pentru evidențierea soldului.

(7) În cazul în care Garanția de bună execuție se constituie prin rețineri succesive, Consultantul/Supervizorul are obligația de a înainta Beneficiarului/Autorității Contractante confirmările solicitate la alin. (6), din partea unității Trezoreria Statului unde a deschis contul de Garanție de bună execuție menționat la alin. (1), concomitent cu prezentarea dovezii deschiderii contului de garanție de bună execuție."

Petenta subliniază că toate obligațiile cumulative prevăzute în textele citate exced obligațiilor instituite în sarcina ofertantului prin art. 40 alin. (4) - (8) din HG nr. 395/2016, că beneficiarul ignoră și atribuțiile Trezoreriei Statului, astfel cum reies acestea din HG nr. 395/2016 și din prevederile Ordinului ministrului delegat pentru buget nr. 1338/2014 privind stabilirea nivelului comisioanelor percepute de Trezoreria Statului pentru serviciile prestate clienților, care instituie un cont special pentru garanții de bună execuție prin art. 1 lit. c), respectiv contul 53.01 «Disponibil din sume reprezentând garanție de bună execuție», pentru care, potrivit art. 2 din Ordin, percepe comisioane și eliberează extrase de cont pentru fiecare titular de cont contra unui comision lunar de 5,00 lei.

Consiliul va respinge, ca nefondată, critica. Modelul de contract nu impune sarcini către trezorerie.

Potrivit art. 40 din HG nr. 395/2016, „(3) Dacă părțile convin, garanția de bună execuție se poate constitui și prin rețineri succesive din sumele datorate pentru facturi parțiale, cu condiția ca autoritatea contractantă să fi prevăzut această posibilitate în documentația de atribuire.

(4) În cazul prevăzut la alin. (3), **contractantul are obligația de a deschide un cont la dispoziția autorității contractante, la o bancă agreată de ambele părți.**

(5) În cazul în care autoritatea contractantă are calitatea de autoritate publică, instituție publică sau operator economic cu capital integral sau majoritar de stat, **contractantul are obligația de a deschide contul la dispoziția autorității contractante, prevăzut la alin (4), la unitatea Trezoreriei Statului din cadrul organului fiscal competent în administrarea acestuia.**

(6) Suma inițială care se depune de către contractant în contul de disponibil astfel deschis potrivit alin. (4) și (5) nu trebuie să fie mai mică de 0,5% din prețul contractului de achiziție publică/contractului subsecvent, fără TVA”.

Astfel, Hotărârea Guvernului stabilește în sarcina operatorului de a deschide contul **la dispoziția autorității contractante**, ori exact această prevedere impune „confirmarea scrisă a unității Trezoreria Statului, atât **cu privire la blocarea contului deschis în favoarea Beneficiarului/Autorității Contractante pentru Garanția de bună execuție, cât și cu privire la deblocarea acestuia numai cu acordul Beneficiarului/Autorității Contractante, cât și executarea oricărei sume existente în cont la prima cerere a Beneficiarului/Autorității Contractante, fără ca aceasta să aibă obligația de a-și motiva cererea respectivă**”, exact aceste prevederi dovedind dispoziția autorității contractante asupra contului.

Deci, și dacă garanția se constituie prin rețineri succesive operatorul trebuie să facă dovada unor minime condiționalități, respectiv că acel cont teste pe deplin la dispoziția autorității contractante și că la prima cerere, Trezoreria va plăti din garanție suma solicitată de autoritatea contractantă.

În ceea ce privește clauzele 37.3, 37.4 și 37.5 din Contractul de servicii, *"37.3 Beneficiarul are dreptul în mod unilateral de a suspenda executarea Contractului de servicii, fără ca Consultantul/Supervizorul să fie îndreptățit a solicita orice costuri suplimentare și/sau daune aferente suspendării sau care derivă/rezultă ca urmare a suspendării, Beneficiarul plătiind serviciile prestate și aprobate anterior suspendării.*

37.4 Pentru perioada suspendării Contractului de Servicii, Autoritatea Contractantă nu are obligația de a efectua nicio plată către Consultant/Supervizor, cu excepția plăților aferente serviciilor prestate și aprobate anterior suspendării.

37.5 În cazul în care, din diferite motive:

a) contractul de lucrări se va suspenda, contractul de supervizare se suspendă până la reglementarea situației contractului de lucrări;

b) contractul de lucrări va fi reziliat, Consultantul/Supervizorul are obligația de a realiza toate activitățile și de a elabora toate documentele solicitate de către Autoritatea contractantă ca urmare a rezilierii contractului de lucrări și, totodată, Consultantul/Supervizorul are obligația

de a emite Certificatul Final de Plată la Reziliere, în termenul notificat de către Autoritatea Contractanta. După îndeplinirea acestor obligații, Autoritatea Contractantă poate suspenda Contractul de Servicii fără ca Consultantul/Supervizorul să fie îndreptățit a solicita orice fel de costuri suplimentare/daune aferente suspendării”, contestatoarea susține că această clauză produce efecte imprevizibile și are caracter disproporționat. Clauza permite Beneficiarului în mod discreționar să suspende executarea Contractului de servicii în orice situație fără a motiva decizia luată și fără a acoperi prejudiciul cauzat Consultantului. Dreptul Beneficiarului de a suspenda executarea Contractului de servicii nu este limitat nici sub aspectul numărului de astfel de decizii unilaterale, nici sub aspectul duratei acestora.

Consultantul este pus în situația de a nu putea anticipa modul în care se va derula Contractul de servicii în lipsa stabilirii situațiilor în care Beneficiarul poate suspenda executarea contractului oricând, de câte ori dorește, pe orice perioadă de timp, pentru orice motiv, asumând alocarea unor resurse și cheltuieli pe care nu le poate recupera, deși suspendarea nu este cauzată de acțiunile sau inacțiunile sale, ci de decizia unilaterală a Beneficiarului și de situația contractului de lucrări la care nu este parte.

În susținere, petenta invocă Decizia civilă nr. 1952/07.10.2021 pronunțată de Curtea de Apel București - Secția a IX-a Contencios administrativ și fiscal în dosarul nr. 5089/2/2021.

Consiliul reșține că în decizia menționată, instanța a dispus următoarele: „De asemenea, se vor face în mod corespunzător corelațiile necesare cu celelalte prevederi ale articolul 19 - Mobilizarea/Demobilizarea Personalului și a echipamentului, cu privire la frecvența, durata și condițiile demobilizării.

Pentru considerente similare, autoritatea contractantă va lua măsuri de remediere în același sens în ceea ce privește posibilitatea suspendării contractului de consultanță, astfel cum este reglementată în art. 37, **ținând seama de necesitatea instituirii unei anumite previzibilități cu privire la perioadele maxime de suspendare ce pot fi dispuse la inițiativa beneficiarului și pentru care Supraveghetorul/consultantul nu poate cere compensații sau dincolo de care acesta ar putea cere rezilierea contractului.**

Potrivit art. 37.3 „Beneficiarul are dreptul în mod unilateral de a suspenda executarea Contractului de servicii, fără ca Consultantul/Supervizorul să fie îndreptățit a solicita orice costuri suplimentare și/sau daune aferente suspendării sau care derivă/rezultă ca urmare a suspendării, Beneficiarul plătind serviciile prestate și aprobate anterior suspendării.”

Astfel, clauza 37.3, obiect al criticilor petentei, va fi supusă măsurilor de remediere, **pentru a elimina interdicția solicitării de costuri suplimentare și/sau daune aferente suspendării sau care derivă/rezultă ca urmare a suspendării, de către supervizor, indiferent de perioada și numărul suspendărilor contractului**

intervenite la decizia unilaterală a beneficiarului, interdicție care nu poate opera dincolo de o anumită perioadă de suspendare, rezonabilă în raport cu durata totală a contractului și care trebuie stabilită prin contract pentru a conferi previzibilitate obligațiilor părților și premise corecte de asumare a ofertei tehnice și financiare".

Consiliul reține că același raționament se impune a fi respectat și în prezenta cauză, fiind necesară limitarea în timp a posibilității de suspendare pentru care nu se solicită costuri suplimentare și/sau daune aferente suspendării sau care derivă/rezultă ca urmare a suspendării.

În ceea ce privește subclauza 38.18 din Contractul de servicii: *„Fără a prejudicia niciun alt drept al său potrivit Contractului, autoritatea contractantă este îndreptățită să execute întreaga valoare a garanției de bună execuție*”, Consiliul reține că nimic din modelul de contract nu lasă să se înțeleagă că supervizorul răspunde dincolo de prejudicial creat. Dimpotrivă, există numeroase clauze care fac trimitere la acoperirea prejudiciului produs beneficiarului, limita prejudiciului creat beneficiarului, în acest sens, fiind relevante următoarele clauze:

- 15.10 *„Beneficiarul isi rezerva dreptul de a recupera de la Consultant/Supervizor orice prejudicii care vor fi generate de intarzierile cauzate, de erorile/lipsa de profesionalism in indeplinirea obligatiilor contractuale, de nerespectarea obligatiilor conform prezentului contract si a legislatiei in vigoare*”.

- 34.14 *„Beneficiarul/Autoritatea Contractantă are dreptul de a emite pretenții asupra Garanției de Bună Execuție, oricând pe parcursul derulării Contractului, în limita prejudiciului creat Beneficiarului, și care va fi apreciat de către acesta, în cazul în care Consultantul/Supervizorul nu își îndeplinește, îndeplinește cu întârziere sau nu îndeplinește corespunzător, din culpa sa, oricare din obligațiile asumate prin Contract*”.

- 34.16 *Anterior emiterii unei pretenții asupra Garanției de Bună Execuție, Beneficiarul/Autoritatea Contractantă are obligația de a notifica pretenția atât Consultantului/Supervizorului, cât și emitentului instrumentului de garantare, precizând obligațiile care nu au fost respectate, precum și modul de calcul al prejudiciului*”.

- 38.10 *„In situatia rezilierii contractului ca urmare a neindeplinirii obligatiilor contractuale de catre Consultant/Supervizor, Beneficiarul poate desfășura singur activitățile contractate sau poate contracta o terta parte. Sumele datorate de catre Supervizor Beneficiarului vor fi cuantificate si retinute din garantia de buna executie. In situatia nerealizarii de catre Consultant/Supervizor a unor activitati stabilite prin contract, acestea fiind realizate de catre Beneficiar, printr-un tert, Consultantul/Supervizorul va suporta diferenta de pret si penalitatile de intarziere, sume care vor fi executate, de catre Beneficiar, cu prioritate, din garantia de buna executie. Daca, pentru acoperirea prejudiciului creat Beneficiarului, valoarea garantiei de buna*

executie nu este indestulatoare, Beneficiarul, pentru repararea integrala a prejudiciului, este indreptatit să recupereze de la Consultant/Supervizor, pe calea dreptului comun, prejudiciul neacoperit de garantia de buna executie, prejudiciu care va fi limitat pana la maxim Pretul contractului la semnarea acestuia”.

Prin urmare, nu se pune problema unei despăgubiri din garanție dincolo de limita prejudiciului. Faptul că la această subclauză se vorbește despre executarea garanției, nu înseamnă că acest lucru se va produce în lipsa unui prejudiciu, clauzele oricărui contract interpretându-se systematic, așa cum se menționează la art. 1267 din codul civil, dând fiecăreia înțelesul ce rezultă din ansamblul contractului.

Prevederea contractuală este considerate de contestatoare ca fiind

În ceea ce privește clauza 40.2 din Contractul de servicii: *„În cazurile prevăzute la Articolul 40.1, Consultantul/Supervizorul are dreptul de a pretinde numai plata corespunzătoare pentru partea din contract îndeplinită până la data denunțării unilaterale a contractului, fără a putea solicita daune interese”*, contestatoarea susține că această clauză este disproporționată, deoarece denunțarea unilaterală este o decizie care aparține exclusiv Beneficiarului, determinată de evenimente care stau sub controlul sau constituie riscuri ale Beneficiarului, pentru care Consultantul nu poate fi pus în situația de a răspunde.

Consiliul reține că la clauza 40.1 „Autoritatea Contractanta își rezerva dreptul de a denunța unilateral contractul de servicii, în următoarele situații:

a) în cel mult 15 zile de la constatarea unor circumstanțe care nu au putut fi prevăzute la data încheierii contractului și care conduc la modificarea clauzelor contractuale, în așa măsură încât îndeplinirea contractului respectiv ar fi contrară interesului public sau prevederilor legale.

b) în situația în care alocarea resurselor financiare a fost sistată/modificată”.

Aceste evenimente nu țin de autoritatea contractantă, ci sunt extrinseci voinței sale. Prin urmare, dacă ulterior semnării, Guvernul decide să nu mai dezvolte acest proiect, autoritatea contractantă este pusă în situația de a denunța unilateral contractul. De asemenea, în condițiile actuale de criză, este posibilă oricând sistarea investițiilor publice sau creșterea dincolo de suportabilitate a costurilor, care face imposibilă continuarea contractului. Astfel de situații pot fi extrem de probabile, iar autoritatea contractantă trebuie să prevadă o astfel de clauză. De altfel, dispozițiile art. 222 alin. (3) din Legea nr. 98/2016 stabilesc, cu caracter imperativ, obligația autorității contractante de a introduce astfel de clauze: **„Autoritatea contractantă introduce dreptul de denunțare unilaterală prevăzut la alin. (2) în condițiile contractuale cuprinse în documentația de atribuire”**, obligație preluată și la art. 223 din același act normativ: (1) Fără a aduce atingere dispozițiilor dreptului comun privind încetarea contractelor sau dreptului autorității contractante

de a solicita constatarea nulității absolute a contractului de achiziție publică, în conformitate cu dispozițiile dreptului comun, autoritatea contractantă are dreptul de a denunța unilateral un contract de achiziție publică în perioada de valabilitate a acestuia în una dintre următoarele situații:

a) contractantul se afla, la momentul atribuirii contractului, în una dintre situațiile care ar fi determinat excluderea sa din procedura de atribuire potrivit art. 164-167;

b) contractul nu ar fi trebuit să fie atribuit contractantului respectiv, având în vedere o încălcare gravă a obligațiilor care rezultă din legislația europeană relevantă și care a fost constatată printr-o decizie a Curții de Justiție a Uniunii Europene.

(2) Autoritatea contractantă introduce dreptul de denunțare unilaterală prevăzut la alin. (1) în condițiile contractuale cuprinse în documentația de atribuire”.

Prin urmare, clauza respectivă este introdusă în modelul de contract în baza dispozițiilor legale, critica urmînd a fi respinsă ca nefondată.

În ceea ce privește acordarea cheltuielilor de judecată, Consiliul constată că la dosar nu s-au depus dovezi referitoare la existența și cunatumul acestora, contestația fiind semnată de reprezentantul legal al contestatoarei, și nu de avocat, nefiind dovedite nici alte cheltuieli de genul celor stabilite la art. 451 alin. (1) din Codul de procedură civilă. Prin urmare, cererea respectivă va fi respinsă ca nefondată, în temeiul art. 452 din Codul de procedură civilă.

Având în vedere cele de mai sus, în temeiul art. 26 alin. (2) și (4) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite în parte contestația formulate de SC VIA DESIGN SRL în contradictoriu cu COMPANIA NAȚIONALĂ DE ADMINISTRARE A INFRASTRUCTURII RUTIERE SA, în ceea ce privește clauzele 17.1, 19.3, 19.11, 15.7, 20.9, 20.13, 37.3, a riscurilor 6 și 19, dispunând modificarea lor, astfel cum rezultă din motivare.

Dispune corelarea clauzelor 15.7 și 10.59 din modelul de contract de servicii și a clauzei 15.7 din modelul de contract de servicii cu clauzele 17.4-17.5 din Condițiile generale, astfel cum rezultă din motivare.

În temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, respinge ca nefondate restul criticilor.

Dispune publicarea în SEAP a măsurilor de remediere stabilite de autoritatea contractantă și a celor stabilite prin prezenta, în termen de 15 zile de la primirea prezentei, cu stabilirea unei noi date de depunere a ofertelor.

Pentru aceste motive,
în baza legii și a mijloacelor de probă aflate la dosar,

CONSILIUL DECIDE:

În temeiul art. 26 alin. (2) și (4) din Legea nr. 101/2016, admite în parte contestația formulate de SC VIA DESIGN SRL în contradictoriu cu COMPANIA NAȚIONALĂ DE ADMINISTRARE A INFRASTRUCTURII RUTIERE SA, în ceea ce privește clauzele 17.1, 19.3, 19.11, 15.7, 20.9, 20.13, 37.3, a riscurilor 6 și 19, dispunând modificarea lor, astfel cum rezultă din motivare.

Dispune corelarea clauzelor 15.7 și 10.59 din modelul de contract de servicii și a clauzei 15.7 din modelul de contract de servicii cu clauzele 17.4-17.5 din Condițiile generale, astfel cum rezultă din motivare.

În temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, respinge ca nefondate restul criticilor.

Dispune publicarea în SEAP a măsurilor de remediere stabilite de autoritatea contractantă și a celor stabilite prin prezenta, în termen de 15 zile de la primirea prezentei, cu stabilirea unei noi date de depunere a ofertelor.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

Împotriva prezentei decizii se poate formula plângere în termen de 10 zile de la comunicare.


PREȘEDINTE,
Daniela NANU

MEMBRU,
Traian ICOBET

MEMBRU,
Doina – Florica ENIȚĂ

Redactată în 4 exemplare, conține 134 (o sută treizeci și patru) pagini.