Consiliul
Naţional de
Soluţionare a
Contestaţiilor

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

Nr. 35956 /853/C4/ 13 .07.2021

COMPANIA NAŢIONALĂ DE ADMINISTRARE A INFRASTRUCTURII RUTIERE SA

Bucureşti, str. Dinicu Golescu nr. 38, sector 1

În conformitate cu dispoziţiile art. 27 alin. (8) din Legea nr. 101/2016 privind remediile şi căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziţie publică, a contractelor sectoriale şi a contractelor de concesiune de lucrări şi concesiune de servicii, precum şi pentru organizarea şi funcţionarea Consiliului Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor, vă comunicăm alăturat Decizia nr. 1469/C4/853/08.07.2021.

Compania Naţională de Administrare a Infrastructurii Rutiere - S.A.
13 IUL. 2021
Nr. înregistrare 32/ 57141

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@cnsc.ro, www.cnsc.ro, http://portal.cnsc.ro

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

Compania Națională de Administrare a Infrastructurii Rutiere - S.A.
13 IUL. 2021
Nr. Int. 57144

DECIZIE
Nr. 1469/C4/853
Data: 08.07.2021

Prin contestația nr. 1161/12.04.2021, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 18958/13.04.2021, depusă de către SC CONSITRANS SRL, cu sediul în București, str. Polonă nr. 56, sector 1, având număr de înregistrare la Oficiul Registrului Comerțului J40/9475/1991 și Cod Unic de Înregistrare 2629539, formulată împotriva procedurii de licitație deschisă online privind atribuirea contractului având ca obiect «Servicii de Supervizare Proiectare și Execuție „Autostrada de Centură București km 0+000-km 100+900" Sector Centură Nord km 0+000-km 52+770 Lot 2: km 20+000-km 39+000», organizată de către COMPANIA NAȚIONALĂ DE ADMINISTRARE A INFRASTRUCTURII RUTIERE SA cu sediul în București, str. Dinicu Golescu nr. 38, sector 1, în calitate de autoritate contractantă, s-a solicitat:
- obligarea autorității contractante la adoptarea de măsuri de remediere privind conținutul caietului de sarcini și a 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;
- obligarea autorității contractante la plata tuturor cheltuielilor ocazionate de soluționarea prezentei cauze.

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

1. Prin contestația nr. 1161/12.04.2021, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 18958/13.04.2021, SC CONSITRANS SRL, în calitate de operator economic interesat de participarea la procedura de atribuire în cauză, critică o serie de prevederi

ale documentaţiei de atribuire, respectiv ale caietului de sarcini şi Contractului de supervizare.

2. În fapt, contestatoarea prezintă clauze care fac trimitere la obligaţiile Consultantului rezultând din alte contracte în care nu este parte şi care condiţionează efectuarea plăţilor către Consultant de îndeplinirea obligaţiilor de către Antreprenor

Clauza din Contractul de supervizare	Clauza din caietul de sarcini
Art. 3.4 (11) Pentru 50% din contravaloarea serviciilor prestate şi plătite în baza aprobării de către Beneficiar a Rapoartelor lunare de progres ce conţin şi pontajele experţilor, actualizarea/ ajustarea/ indexarea "Salariului brut/zi (inclusiv cheltuieli Angajat şi Angajator)" se va raporta pentru lunile de activitate S1 - S12 la lunile de prestare. Pentru diferenţa de 50% din contravaloarea serviciilor prestate (pontaje deja aprobate) dar neplătite ca urmare a neîndeplinirii stadiului fizic/ progresului fizic de către Antreprenor, actualizarea/ ajustarea/ indexarea "Salariului brut/ zi (inclusiv cheltuieli Angajat şi Angajator)" se va raporta întotdeauna, pentru lunile de activitate S1 - S12, la momentul (luna) prestării efective a serviciilor de către experţi/personal. Prin urmare, in acest din urma caz, actualizarea/ ajustarea/ indexarea "Salariului brut/zi (inclusiv cheltuieli Angajat şi Angajator)" nu se va raporta nici la momentul decontării/plăţii efective a serviciilor prestate şi nici la momentul îndeplinirii stadiului fizic/ progresului fizic de către Antreprenor. În cazul neîndeplinirii stadiului fizic/ progresului fizic de către Antreprenor, plata efectivă a ajustării nu se va efectua mai devreme de plata diferenţei de 50% din contravaloarea serviciilor prestate (pontaje deja aprobate), dar neplătite.	Art. 5.2.7 Activităţi de închidere a contractului de lucrări şi finalizare a contractului de servicii Consultantul/ Supervizorul are următoarele responsabilităţi în legătură cu Contractul de lucrări, care nu sunt limitativ enunţate: [...] 9. Orice alte sarcini ce îi revin în calitate de Consultant/ Supervizor conform prevederilor Contractului de lucrări şi legislaţiei în vigoare. Enumerarea acestor Activităţi este, în principal, orientativă, Consultantul/ Supervizorul având obligaţia de a îndeplini toate sarcinile ce-i revin potrivit prevederilor din Condiţiile Contractului de lucrări, condiţiilor particulare ale contractului de lucrări, actelor adiţionale la acest contract şi ale legislaţiei în vigoare.

Art. 10.5 Consultantul/ Supervizorul are obligaţia de a verifica respectarea calităţii Echipamentelor şi Materialelor şi metodele de punere în operă a acestora. Înainte de folosirea Materialelor şi/sau Echipamentelor în Lucrări, Consultantul/Supervizorul va transmite Antreprenorului aprobarea acestora. Astfel, Consultantul/Supervizorul va aproba toate documentele de calitate, precum şi rezultatele probelor şi testelor în conformitate cu prevederile Contractului de Proiectare şi Executie şi ale Documentelor Antreprenorului, aşa cum sunt acestea definite în Condiţiile Generale pentru Proiectare şi Execuţie Lucrări, prevăzute în Anexa nr. 2 din H.G. nr. 1/2018. Consultantul/ Supervizorul asistă în mod obligatoriu la prelevarea probelor din Santier.	5.2.10. Activităţi în cazul suspendării sau rezilierii contractului de proiectare şi execuţie lucrări: [...] Activităţile/Responsabilităţile în cazul rezilierii contractului de proiectare şi execuţie, sunt următoarele, fără însă a fi limitative: [...] Suplimentar faţă de activităţile menţionate în prezentul caiet de sarcini, Consultantul/ Supervizorul are obligaţia de a îndeplini toate sarcinile şi/ sau activităţile ce îi revin potrivit Condiţiilor Generale de Contract "Autostrada de Centură Bucureşti km 0+000 - km 100+900 Sector Centură Nord km 0+000 - km 52+770, Lot 2: km 20+000 - km 39+000" şi Condiţiilor Speciale ale Contractului, Acordului Contractual, Actelor Adiţionale şi ale legislaţiei în vigoare.
Art. 10.6 Consultantul/ Supervizorul are obligaţia de a respinge Echipamentele, Materialele sau Lucrările care se dovedesc a nu fi în conformitate cu prevederile Contractului de Proiectare şi execuţie şi care nu îndeplinesc condiţiile de calitate.	Clauza 5.3.3. Responsabilităţile Consultantului/ Supervizorului Consultantul/ Supervizorul își va asuma răspunderea în conformitate cu clauzele relevante din contractul de servicii, inclusiv răspunderea financiară în fața autorității contractante, inclusiv în următoarele circumstanțe, și va compensa Beneficiarul pentru toate costurile care derivă de aici: - Lucrările sunt semnificativ întârziate și astfel de întârzieri ar putea fi evitate prin implicarea Consultantul/ Supervizorul, sub orice formă, prin acțiunea Consultantul/ Supervizorul conform Condițiilor contractului de lucrări și prevederilor Contractului de supervizare; - Calitatea lucrărilor este sub cerințele contractului și Consultantul/ Supervizorul ar fi putut s-o îmbunătățească prin acțiuni de

	preîntâmpinare sau în oricare modalitate prevăzută în Condițiile contractului de lucrări și prevederilor Contractului de supervizare; - Pe parcursul perioadei de garanție a lucrărilor sunt constatate defecțiuni, deficiențe și neconformități față de cerințele contractului, iar acestea ar fi putut fi evitate prin directa implicare a Consultantului/ Supervizorului, conform Condițiilor contractului de lucrări și prevederilor Contractului de supervizare. Consultantul/ Supervizorul are obligația de a informa imediat Beneficiarul și de a propune eventuale remedieri; - Prețul Contractului de Lucrări este depășit și creșterea ar fi putut fi evitată prin directa implicare a Consultantul/ Supervizorul, conform Condițiilor contractului de lucrări și prevederilor Contractului de supervizare; - În situațiile în care se descoperă nereguli severe imputabile Consultantului (Supervizorului) și astfel de nereguli conduc la prejudicii financiare autorității contractante (Beneficiarului), prin neregulă severă, în accepțiunea prezentului contract, se înțelege orice abatere de la legalitate, regularitate și conformitate în raport cu dispozițiile naționale și/sau europene, precum și cu prevederile contractelor ori a altor angajamente legal încheiate în baza acestor dispoziții, ce rezultă dintr-o acțiune sau inacțiune a Beneficiarului ori a autorității cu competențe în gestionarea fondurilor, determinate de o acțiune sau inacțiune a Consultantului (Supervizorului), care a prejudiciat sau care poate prejudicia bugetul printr-o sumă plătită necuvenit; Consultantul/ Supervizorul răspunde de cuantificarea valorică a efectelor tuturor dispozițiilor de șantier și va stabili de comun acord cu Beneficiarul

	o procedură privind dispoziţiile de şantier. Daunele financiare produse Beneficiarului, din vina Consultantului/ Supervizorului, vor fi plătite de către Consultant/ Supervizor prin reţinerea de la plată a contravalorii acestora din cuantumul plăţilor interimare şi/sau cuantumul balanţei finale sau prin executarea garanţiei de bună execuţie pusă la dispoziţie de consultant, însă nu se vor limita la acestea.
Art. 10.24 Consultantul/ Supervizorul are obligatia de a îndeplini toate celelalte sarcini ale Consultantului/ Supervizorului stabilite prin Contractul de Proiectare şi Execuţie.	
Art. 10.26 Consultantul/ Supervizorul are obligaţia de a accepta "Planul propriu de sănătate şi securitate în muncă", transmis de Antreprenor în termen de 30 de zile de la data de începere, în conformitate cu Legea. Consultantul/ Supervizorul nu va permite execuţia niciunei lucrări pe Şantier înainte ca acest plan să fie acceptat.	
Art. 10.35 Consultantul/ Supervizorul are obligaţia de a respecta şi de a-şi îndeplini atributiile stipulate în: a) prevederile Anexei nr. 2 "Condiţii Generale şi specifice şi acordul contractual pentru contractele de proiectare şi execuţie lucrări" din Hotararea de Guvern nr. 1/2018; b) prevederile Condiţiilor Speciale/ Specifice din cadrul Contractului de Proiectare şi execuţie lucrări c) prevederile Acordului Contractual din cadrul Contractului de Proiectare şi execuţie lucrări d) prezentul Contract de servicii, inclusiv anexele sale (caietul de sarcini, propunerea tehnică, propunerea financiară);	

cu respectarea termenelor limită stabilite pentru fiecare etapă/ fază/ stadiu de realizare a serviciilor.	
Art. 10.53 În situaţia în care Contractul de proiectare şi execuţie este reziliat, Consultantul/ Supervizorul are obligaţia realizării tuturor activităţilor stabilite în sarcina sa prin Contractul de proiectare şi execuţie şi prin caietul de sarcini aferent contractului de supervizare, cu excepţia situaţiei în care este informat/notificat altfel de către Beneficiar. De asemenea, Consultantul/ Supervizorul are obligația de a emite Certificatul Final de Plată la reziliere în termenul notificat de Beneficiar.	
Art. 10.62 Consultantul/ Supervizorul are obligaţia de a aplica penalităţi Antreprenorului pentru: nemobilizarea utilajelor şi personalului în conformitate cu prevederile Clauzei 14 "Personal" şi Clauzei 30 "Utilajele Antreprenorului şi transportul Bunurilor" din Condiţiile Generale pentru Proiectare şi Execuţie Lucrări, prevăzute în Anexa nr. 2 din HG nr. 1/2018; nerespectarea prevederilor sub-clauzei 27.2, respectiv sub-clauzei 27.3 din Condiţiile Generale pentru Proiectare şi Execuţie Lucrări, prevăzute în Anexa nr. 2 din HG nr. 1/2018 care se referă la curăţenia pe Şantier; înlocuirea personalului cheie al Antreprenorului în conformitate cu prevederile Clauzei 14 "Personal" din Condiţiile Generale pentru Proiectare şi Execuţie Lucrări, prevazute în Anexa nr. 2 din HG nr. 1/2018; întârzieri în transmiterea de propuneri de preţuri unitare pentru fiecare cantitate din Proiectul	

Tehnic, aşa cum este prevăzut la Clauza 18 "Structura detaliată a preţului" din Condiţiile Generale pentru Proiectare şi Execuţie Lucrări, prevazute în Anexa nr. 2 din H.G. nr. 1/2018.	
Art. 10.65 Consultantul/ Supervizorul răspunde în solidar cu Proiectantul şi Verificatorul în conformitate cu prevederile art. 6 alin (3) din Legea nr. 10/1995 privind calitatea în construcţii - Republicare, cu modificările şi completările ulterioare.	
Art. 15.6 Consultantul/ Supervizorul va fi ţinut răspunzător, de asemenea, pentru toate daunele suferite de către Beneficiar ca urmare a neîndeplinirii corespunzătoare a obligaţiilor avute de către Consultant/ Supervizor în legătură cu proiectarea şi execuţia lucrărilor de construcţie şi a atribuţiilor sale ca Supervizor potrivit prevederilor: a) Anexei nr. 2 "Condiţiile generale şi specifice şi acordul contractual pentru contractele de proiectare şi execuţie de lucrări" din Hotararea de Guvern nr. 1/2018; b) prevederile Condiţiilor Speciale/ Specifice din cadrul Contractului de Proiectare şi execuţie lucrări c) prevederile Acordului Contractual din cadrul Contractului de Proiectare şi execuţie lucrări d) prezentul Contract de servicii, inclusiv anexele sale (caietul de sarcini, propunerea tehnică, propunerea financiară);	
Art. 15.7 Totodată, Beneficiarul are dreptul de a percepe şi următoarele penalităţi aplicabile Consultantului/ Supervizorului pe parcursul derulării contractului de servicii, respectiv:	

[...] Clauza 17 Programul de Execuţie Consultantul/ Supervizorul are obligaţia de a analiza şi confirma/ respinge programul de execuţie de bază şi cel revizuit cât şi 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 depăşi perioada de timp menţionată în Contractul de Lucrări.	
Art. 19.20 Consultantul/ Supervizorul are obligaţia ca, suplimentar faţă de activităţile menţionate în caietul de sarcini, de a îndeplini toate sarcinile şi/sau activităţile ce îi revin, potrivit Condiţiilor Generale de Contract, prevăzute în Anexa nr. 2 la H.G. nr. 1/2018, Condiţiile Speciale de contract, Acordul contractual de lucrări având ca obiect "Proiectare şi execuţie Autostrada de Centură Bucureşti km 0+000 - km 100+900" Sector Centra Nord km 0+000 - km 52+770 Lot 2: km 20+000 - km 39+000", Actelor Adiţionale încheiate la Contractul de lucrări în cauză şi ale legislaţiei în vigoare.	
Art. 32.2 Prezentul contract de servicii este un contract cu plată atât pe timp efectiv lucrat cât şi cu plată în funcţie de progresul fizic/stadiul fizic al Contractului "Proiectare și execuție Autostrada de Centura București km 0+000 - km 100+900" Sector Centra Nord km 0+000 - km 52+770 Lot 2: km 20+000 - km 39+000".	

2.1 Clauzele arătate în tabelul de mai sus instituie în sarcina Consultantului obligații ce decurg din contracte în care Consultantul nu este parte, fie angajând răspunderea Consultantului pentru neîndeplinirea obligațiilor de către Antreprenor, fie condiționând plățile către Consultant de îndeplinirea obligațiilor de către Antreprenor.

2.2 Clauzele 3.4 și 32.2 condiționează plățile ce urmează a fi făcute Consultantului pentru serviciile de supervizare pe care le va furniza în baza

Contractului de supervizare de îndeplinirea obligațiilor de către Antreprenor, mai exact de stadiul fizic/ progresul fizic al lucrărilor.

Clauzele 10.5, 10.6, 10.24, 10.35, 10.62, 10.65, 15.6, 15.7, 19.20 instituie obligații în sarcina Consultantului stabilite prin contracte în care acesta nu este parte și al căror conținut acesta nu îl cunoaște.

2.3 Ținând seama de faptul că între Consultant și Antreprenor nu există nu raport juridic comun, aceste clauze aduc atingere principiului relativității contractelor, prevăzut de art. 1280 C. civ.

Astfel, efectele contractului nu se produc decât între părți, mai exact între persoanele care au consimțit la încheierea sa.

Nu este permisă producerea efectelor conținutului obligațional al contractului față de terți decât dacă legiuitorul, în mod excepțional, prevede expres un asemenea efect.

Or, în situația de față nu există vreo derogare expresă în acest sens.

2.4 În temeiul acestui principiu nu i s-ar putea impune Consultantului respectarea unor obligații ce decurg fie din Contractul de proiectare și execuție, fie din eventuale actele adiționale ce vor fi încheiate la acest contract, cât timp acestea se impun Consultantului exclusiv ca realitate obiectivă ce trebuie respectată.

Mai mult decât atât, nu numai că în niciunul dintre aceste contracte Consultantul nu este parte, dar conținutul acestora nici nu îi este cunoscut.

Consultantul contractează cu Beneficiarul pentru executarea unor servicii de supervizare a lucrărilor de proiectare, de construcție pe perioada de execuție și pe perioada de garanție de lucrări, în timp ce Antreprenorul se angajează, în temeiul unui contract distinct, mai exact Contractul de proiectare și execuție, să execute și să proiecteze lucrările aferente proiectului.

Or, cât timp izvorul obligațiilor Consultantului și Antreprenorului este distinct, fiecare dintre ei având stabilit un raport juridic separat cu autoritatea contractantă ce derivă din contractele pe care le-au încheiat cu aceasta, Consultantul nu poate fi ținut răspunzător decât pentru obligațiile ce se grevează pe raportul juridic stabilit între acesta și autoritatea contractantă.

2.5 Cu toate acestea, potrivit prevederilor Contractului de supervizare Consultantul este ținut a îndeplini obligații ce decurg din Contractul de proiectare și execuție și din acte adiționale la acesta, încălcându-se, astfel, principiul relativității efectelor contractului față de terți.

În raport de faptul că acesta nu își dă consimțământul la încheierea Contractului de proiectare și execuție, un asemenea act nu ar putea da naștere unor obligații în sarcina sa.

În plus, modul în care aceste clauze au fost formulate aduce atingere și principiului forței obligatorii a contractului, care are putere de lege între părțile contractante, neputând avea o astfel de forță și față de terți.

Prezenta formulare a clauzelor Contractului de supervizare oferă posibilitatea autorității contractante de a angaja în mod discreționar răspunderea Consultantului pentru obligații ce decurg din Contractul de proiectare și execuție, acesta fiind pus în situația în care nu cunoaște ce

obligații au fost instituite în sarcina sa prin alte contracte, de care el este străin.

2.6 Prin clauzele contractuale se consacră răspunderea solidară a Antreprenorului și a Consultantului pentru obligații ce decurg din Contractul de proiectare și execuție.

Cu titlu de exemplu, contestatoarea menționează clauza nr. 3.4 și 32.2, din tabelul de mai sus.

Astfel, apare că plățile ce urmează a fi efectuate de autoritatea contractantă Consultantului pentru serviciile prestate în baza Contractului de supervizare sunt condiționate de stadiul fizic/ progresul fizic al lucrărilor executate de Antreprenor.

2.7 Art. 1424 C. civ. stabilește regula divizibilității obligațiilor în cazul pluralității de subiecte, iar cu titlu de excepție obligațiile sunt indivizibile sau solidare.

Astfel, art. 1443 C. civ reglementează excepția de la regula instituită de art. 1424 C. civ., stabilind că în situația în care debitorii sunt obligați la aceeași prestație, fiecare dintre ei poate fi ținut separat pentru întreaga datorie.

Ținând seama de specificul obligațiilor Consultantului și Antreprenorului, reiese cu claritate faptul că prestațiile asumate de aceștia nu sunt identice.

Mai mult, obligațiile Antreprenorului și ale Consultantului nu decurg din același raport juridic.

2.8 Particularitatea obligațiilor solidare este că oricare debitor este ținut să execute întreaga prestație la care are dreptul creditorul, în raport de faptul că debitorii sunt obligați la aceeași prestație.

Însă, în cazul obligațiilor asumate de Antreprenor și de Consultant, reiese fără putință de tăgadă că prestațiile acestora nu sunt identice.

Dacă s-ar admite solidaritatea pasivă a Antreprenorului și a Consultantului, astfel cum aceasta a fost transpusă în Contractul de supervizare, ar însemna acordul cu asumarea de către Consultant a prestării de servicii de proiectare și execuție.

Această ipoteză nu poate fi acceptată, cât timp, pe de-o parte, (i) Consultantul nu este parte în Contractul de proiectare și execuție, aspect analizat anterior din perspectiva principiului relativității efectelor contractului față de terți, iar pe de altă parte, (ii) Consultantul nu are în obiectul de activitate prestarea de servicii de proiectare și execuție a lucrărilor.

Prin urmare, dispozițiile legale în vigoare nu permit autorității contractante să instituie solidaritatea pasivă a Antreprenorului și a Consultantului, condiționând plățile efectuate către acesta din urmă de stadiul executării lucrărilor de către Antreprenor, în temeiul Contractului de proiectare și execuție.

2.9 În ceea ce privește clauza 10.26, dispozițiile acesteia încalcă prevederile art. 32 din Hotărârea Guvernului nr. 300/2006 privind cerințele minime de securitate și sănătate pentru șantierele temporare sau mobile,

stabilind în sarcina Consultantului obligaţia de acceptare a „Planului propriu de sănătate şi securitate în muncă" al Antreprenorului.

Dispoziţiile art. 32 din acest act normativ prevăd următoarele:

„Înainte de începerea lucrărilor pe şantier de către antreprenor/subantreprenor, planul propriu de securitate şi sănătate trebuie să fie consultat şi avizat de către coordonatorul în materie de securitate şi sănătate pe durata realizării lucrării, medicul de medicina muncii şi membrii comitetului de securitate şi sănătate sau de către reprezentanţii lucrătorilor, cu răspunderi specifice în domeniul securităţii şi sănătăţii lucrătorilor".

Personalul Consultantului cuprinde şi experţii non-cheie, categorie din care face parte coordonatorul în materie de sănătate şi securitate în muncă.

Potrivit dispoziţiilor legale citate, Consultantul nu are obligaţia de a accepta Planul de sănătate şi securitate în muncă elaborat de Antreprenor ci, acest plan trebuie consultat şi avizat de coordonatorul în materie de sănătate şi securitate în muncă.

În plus, autoritatea contractantă omite să menţioneze şi medicului de medicina muncii şi membrii comitetului de securitate, cu atribuţii în consultarea şi avizarea planului propriu de securitate şi sănătate în muncă al Antreprenorului.

Prin urmare, prin clauza introdusă de autoritatea contractantă în Contractul de supervizare, aceasta adaugă în mod nepermis la textul art. 32 din HG nr. 300/2006, instituind în sarcina Consultantului obligaţii ce excedează eventualelor obligaţii pe care acesta le-ar avea în materie de sănătate şi securitate în muncă, în conformitate cu dispoziţiile legale.

2.10 Referitor la clauza 10.65, aceasta depăşeşte limitele prevederilor Legii nr. 10/1995 privind calitatea în construcţii, astfel cum a fost modificată prin Legea nr. 204/2020.

Prin intermediul acestei clauze se instituie răspunderea solidară a Proiectantului şi a Verificatorului, contrar dispoziţiilor Legii nr. 10/1995.

Deşi se face trimitere la dispoziţiile art. 6 alin. (3) din Legea nr. 10/1995, clauza nu prevede răspunderea solidară a Consultantului şi a Antreprenorului, astfel cum stabilesc aceste prevederi.

Prevederile art. 6 alin. (3) din Legea nr. 10/1995 dispun:

„În sensul prezentei legi, în cazurile construcţiilor finanţate din fonduri publice, inclusiv al celor finanţate în baza unor acorduri sau împrumuturi externe ori similare în care consultanţa sau asistenţa tehnică este obligatorie în sarcina investitorului ori a beneficiarului, operatorul economic de consultanţă specializat, respectiv consultantul sau supervizorul, devine factor implicat în sensul alin. (1) pentru etapele prevăzute în contractul de consultanţă ori asistenţă tehnică, iar responsabilităţile aferente etapelor respective îi revin conform legii, în solidar cu proiectanţii şi executanţii."

Cu toate că atribuţiile ce aparţin Verificatorului sunt tot în sarcina Consultantului, formularea clauzei trebuie să respecte dispoziţiile legale aplicabile, astfel încât se impune înlocuirea termenului „Verificatorul" cu termenul „Consultant".

3. De asemenea, contestatoarea invocă caracterul disproporționat al întinderii și al modului de calcul a sumelor stabilite cu titlu de penalități în sarcina Consultantului.

Clauza din Contractul de supervizare
Art. 10.60 În condiţiile în care Beneficiarul constată lipsa utilajelor/ personalului Antreprenorului de pe şantier, iar până la momentul constatării de către Beneficiar, Consultantul/ Supervizorul nu a dispus Antreprenorului mobilizarea Utilajelor/Personalului incluse în Programul de Execuţie, Beneficiarul va aplica Consultantului/Supervizorului o penalitate de 10.000 lei per eveniment.
Art. 10.68 Neîndeplinirea de către Consultant/ Supervizor a vreunei obligații menționate la Articolul 10 din prezentul contract (exceptie făcând obligaţiile pentru care sunt menţionate deja valori aferente penalităţilor) va conduce la aplicarea de către Beneficiar a unei penalități de 5.000 lei per eveniment la momentul constatării de către Beneficiar a nerespectării obligaţiei, penalitate pe care Consultantul/Supervizorul are obligaţia să o plătească. Prin aplicarea vreunei penalități prevăzute în prezentul contract nu se va considera că Consultantul/Supervizorul și-a îndeplinit obligațiile pentru care a fost penalizat, Beneficiarul putând să folosească și alte mijloace de recuperare a prejudiciului creat de neîndeplinirea obligațiilor Consultantului, inclusiv prin executarea Garanției de Bună Execuție.
Art. 11.5 Consultantul/ Supervizorul și personalul său vor respecta secretul profesional, pe perioada de implementare a Contractului de Servicii, inclusiv pe perioada oricărei prelungiri a acesteia, precum și după încetarea Contractului de Servicii. În acest sens, cu excepția cazului în care se obține acordul scris prealabil al Beneficiarului, Consultantul/Supervizorul și personalul său, salariat ori contractat de acesta, conducerea sa, subordonații acestuia și salariații din teritoriu nu vor comunica nici după încetarea contractului oricărei alte persoane sau entități, nicio informație confidențială divulgată lor sau despre care au luat cunoștință și nu vor face publică nicio informație referitoare la recomandările primite în cursul său ca rezultat al derulării serviciilor de supervizare. Totodată, Consultantul/Supervizorul și personalul său nu vor utiliza în dauna Beneficiarului informațiile ce le-au fost furnizate sau rezultatul studiilor, testelor, cercetărilor desfășurate în cursul sau în scopul executării Contractului de Servicii, cu consecinţa plăţii despăgubirii menţionate în "Lista de penalităţi" de la Articolul 15 din prezentul contract.
Art. 12.3 În vederea înlăturării oricărui dubiu, părţile convin ca înlocuirea oricărui membru al personalului Consultantul/ Supervizorul decurgând dintr-un conflict de interese va fi considerată o nerespectare a obligatiilor contractuale ale acestuia, caz în care acesta va fi obligat la plată către Beneficiar a unei penalităti în cuantum de 5.000 lei pentru fiecare persoană înlocuită. Aceasta nu va aduce atingere dreptului Beneficiarului de a solicita şi obtine repararea oricăror prejudicii decurgând dintr-un astfel de conflict de interese.
Art. 15.7

Totodată, Beneficiarul are dreptul de a percepe şi următoarele penalităţi aplicabile Consultantului/ Supervizorului pe parcursul derulării contractului de servicii, respectiv: [...] Clauza 17 Programul de Execuţie Consultantul/ Supervizorul are obligaţia de a analiza şi confirma/ respinge programul de execuţie de bază şi cel revizuit cât şi actualizările săptămânele emise de către Antreprenor în baza sub-clauzei 17 din cadrul Contractului de Lucrări, într-un termen cât mai scurt, dar fără a depăşi perioada de timp menţionată în contractul de lucrări.
Art. 20.9 (1) În situaţia prevăzută la Articolul 20.2 şi la Articolul 20.8, "salariul brut/ zi (inclusiv cheltuieli angajat si angajator)" ce va fi plătit expertului cheie/non-cheie/alt personal înlocuitor va fi redus cu 10% de fiecare dată când survine înlocuirea, cu excepţia cazului în care înlocuirea este rezultat al situaţiilor excepţionale indicate la Articolul 20.2 lit.a), lit.b), lit.c) şi lit. g), cât şi cu excepţia cazurilor în care este necesară înlocuirea experţilor/persoanelor în etapa de supervizare a garanţiei lucrărilor. [...] (3) Situaţiile menţionate la Articolul 20.2 lit.d), lit.e) și lit.f) nu constituie motiv de neaplicare a acestei reduceri de 10%. [...] (5) Valoarea rezultată din reducerea "Salariul brut/zi (inclusiv cheltuieli angajat şi angajator)" al experţilor/persoanelor înlocuite se vor constitui în economii la Contract, economii ce pot fi utilizate ulterior în conformitate cu prevederile Articolul 24 din prezentul Contract de servicii. (6) Valoarea rezultată din neconsumarea zilelor lucrătoare a experţilor/personalului, aşa cum sunt menţionate la Articolul 24 din prezentul contract se vor constitui în resurse neconsumate la Contract, resurse care pot fi utilizate ulterior în conformitate cu prevederile Articolul 24 din prezentul Contract de servicii.

3.1 În tabelul prezentat anterior sunt cuprinse clauzele din Contractul de supervizare prin care sunt prevăzute în sarcina Consultantului o serie de penalităţi, datorate în funcţie de criterii stabilite în mod arbitrar de autoritatea contractantă.

Astfel, (i) în plus faţă de lipsa proporţionalităţii, în timp ce Consultantul nu are dreptul să perceapă nicio penalitate, renunţând în mod expres la acestea prin semnarea Contractului de supervizare, (ii) autoritatea contractantă este îndreptăţită să perceapă o serie de penalităţi, în funcţie de criterii stabilite în mod discreţionar şi fără transparenţă.

3.2 Contestatoarea invocă în acest sens prevederile art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

3.3 Principiului transparenţei, aplicabil atât în cursul procedurii de atribuire a contractului de achiziţii publice, cât şi pe perioada derulării acestuia, este unul dintre principiile care constituie baza directivelor comunitare în materia contractelor de achiziţii publice, alături de principiul egalităţii de tratament.

Pe perioada desfăşurării procedurii de atribuire a contractului, acest principiu presupune (i) formularea tuturor informaţiilor cu privire la

procedura de achiziţie în mod clar, precis, univoc în documentaţia de atribuire, (ii) în scopul garantării eliminării riscului de comportament arbitrar din partea autorităţii contractante.

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

Cât timp modul de determinare a situațiilor în care Consultantul ar putea fi obligat la plata de penalități nu sunt previzibile, acest lucru poate conduce la adoptarea unei conduite arbitrare de către autoritatea contractantă, putând stabili în mod discreționar situațiile în care va imputa penalități Consultantului.

Pe cale de consecință, se aduce atingere (i) atât principiului transparenței, cât timp autoritatea contractantă nu definește în mod concret care vor fi acele circumstanțe care vor conduce la obligarea Consultantului la plata de penalități, dar și (ii) principiului proporționalității, deoarece întinderea și modalitatea de calcul a penalităților sunt disproporționate în raport de situațiile care le-ar genera.

3.5 În mod particular, contestatoarea menționează:

(a) clauza 10.60 – este lipsită de previzibilitate, aducând atingere principiului proporționalității, cât timp nu se indică care este termenul în care Consultantul ar avea obligația de a dispune mobilizarea utilajelor/ personalului Antreprenorului conform Programului de execuție, ținând seama și de cuantumul considerabil al penalităților ce s-ar percepe.

Altfel, ar putea apărea situația în care lipsa utilajelor/ personalului Antreprenorului a intervenit în decurs de o zi, iar în aceeași zi Beneficiarul constată lipsa acestora, înainte de dispunerea mobilizării utilajelor/ personalului de către Consultant, ceea ce naște în sarcina Consultantului obligația de a plăti penalități, fără a exista culpa acestuia sau dovada producerii vreunui prejudiciu.

Prin urmare, se impune ca Autoritatea contractantă să indice expres (i) care este termenul pe care Consultantul îl are la dispoziție pentru a dispune mobilizarea utilajelor/ personalului Antreprenorului și (ii) momentul de la care acest termen va curge.

De asemenea, este necesar ca această clauză să prevadă și faptul că perceperea penalităților de la Consultant se va face cu condiția ca prin nemobilizarea utilajelor/ personalului Antreprenorului să se fi produs o întârziere în execuție. Altfel, ar însemna că, de exemplu, deși stadiul fizic al lucrărilor ar putea fi în avans față de graficul lucrărilor, Consultantul să fie obligat la plata de penalități, fără să existe un prejudiciu produs autorității contractante.

(b) Clauza 11.5 – în analiza acestei clauze trebuie avută în vedere natura juridică a contractului de achiziții publice, în care documentele sunt publice, iar inclusiv conținutul contractului va fi cunoscut de toate părțile

implicate în procesul execuţie, supervizare etc. Ţinând seama de faptul că aceste documente au, prin natura lor, un caracter public, se impune ca autoritatea contractantă să indice în mod expres care vor fi acele informaţii confidenţiale a căror divulgare va conduce la încălcarea obligaţiei de păstrare a secretului profesional. În cazul în care ar deveni incidente dispoziţiile acestei clauze, este necesar să se prevadă expres că este în sarcina autorităţii contractante să facă dovada caracterului confidenţial al informaţiilor, cât şi că acestea au fost divulgate de Consultant.

(c) Clauza 15.7 - prin intermediul acestei clauze se instituie în sarcina Consultantului obligaţia de a analiza şi confirma/ respinge programul de execuţie emis de Antreprenor, într-un termen cât mai scurt, fără a se depăşi perioada de timp menţionată în contractul de lucrări.

Pe lângă faptul că această clauză este lipsită de previzibilitate, cât timp Consultantul nu are cunoştinţă despre termenul pe care este ţinut a-l respecta şi care, în caz de nerespectare, va conduce la aplicarea de penalităţi în sarcina sa, aduce atingere şi principiului relativităţii efectelor contractelor faţă de terţi.

(d) Clauza 20.9 – reducerea salariului personalului Consultantului de către autoritatea contractantă presupune interferarea unui terţ în contractul individual de muncă încheiat între Consultant şi salariat, prin modificarea în mod unilateral a unuia dintre elementele esenţiale ale acestuia, modificări care, potrivit dispoziţiilor Codului muncii, nu pot fi făcute decât prin încheierea unui act adiţional.

De asemenea, autoritatea contractantă prevede penalităţi în sarcina Consultantului şi în situaţia în care unul dintre salariaţi săi îşi dă demisia (cu toate că demisia reprezintă actul unilateral de voinţă a salariatului, angajatorul neputând refuza înregistrarea acesteia) ori atunci când Consultantul este obligat de dispoziţiile Codului muncii să desfacă disciplinar contractul individual de muncă. Prin urmare, reiese că autoritatea contractantă penalizează în mod discreţionar Consultantul pentru conduite pe care acesta este obligat să le adopte de dispoziţiile legale în vigoare.

4. Mobilizarea/ demobilizarea personalului Consultantului în mod discreţionar de autoritatea contractantă impunerea de penalităţi pentru situaţii ce excedează controlului Consultantului

Clauza din Contractul de supervizare	Clauza din caietul de sarcini
Art. 10.54 Consultantul/ Supervizorul are obligaţia, la solicitarea expresă a Beneficiarului, de a mobiliza/demobiliza personalul în funcţie de necesităţile Beneficiarului, de situaţia existentă la un moment dat a prezentului Contract de Servicii sau a Contractului de proiectare şi execuţie sau în funcţie de progresul fizic/stadiul fizic al Lucrărilor, sau	Art. 7.2 Consultantul/ Supervizorul are obligaţia de a menţine personalul aprobat/ nominalizat pentru îndeplinirea contractului (expertii cheie, expertii non-cheie, alt personal) pe întreaga perioadă în care trebuie să execute sarcinile conform Contractului şi Ordinului de mobilizare.

alte asemenea, fără ca Consultantul/ Supervizorul să pretindă compensaţii financiare/ costuri suplimentare/ daune/ despăgubiri/ pretenţii de orice natură.	De fiecare dată când este necesară mobilizarea altor persoane/experţi care nu au fost menţionate Ordinele de Mobilizare, Beneficiarul poate emite oricând un alt Ordin de Mobilizare a Personalului. Prin aceste Ordine de Mobilizare vor putea fi mobilizaţi doar experţii/ persoanele necesari/ necesare pentru realizarea activităţilor aferente supervizării contractului de proiectare şi execuţie în funcţie de stadiu/faza/etapa în care se află acesta. Experţii cheie/ non-cheie/ alt personal demobilizaţi pot fi activaţi ulterior, în funcţie atât de necesităţile Beneficiarului, cât şi de situaţia existentă la un moment dat a prezentului Contract de Servicii sau a Contractului de proiectare execuţie, sau în funcţie de progresul fizic/stadiul fizic al Lucrărilor, sau alte asemenea, printr-un nou Ordin de Mobilizare emis de către Beneficiar în care va fi menţionată data reactivării acestora, dată care nu poate depăşi 5 zile de la data emiterii Ordinului de Mobilizare.
Art. 12.3 În vederea înlăturării oricărui dubiu, Părţile convin ca înlocuirea oricărui membru al personalului Consultantul/ Supervizorul decurgând dintr-un conflict de interese va fi considerată o nerespectare a obligatiilor contractuale ale acestuia, caz în care acesta va fi obligat la plată către Beneficiar a unei penalităti în cuantum de 5.000 lei pentru fiecare persoană înlocuită. Aceasta nu va aduce atingere dreptului Beneficiarului de a solicita şi obţine repararea oricăror prejudicii decurgând dintr-un astfel de conflict de interese.	
Art. 19.3 La data de începere a contractului, aşa cum este definită la Articolul 4.4	

din prezentul Contract, Consultantul/ Supervizorul are obligaţia mobilizării experţilor cheie necesari şi, dacă este cazul, a experţilor non-cheie şi/sau a altui personal necesar, aşa cum sunt aceştia menţionaţi în primul Ordin de Mobilizare. Primul Ordin de Mobilizare va fi emis de Beneficiar în maxim 2 zile lucratoare după emiterea Ordinului de Incepere a Contractului. În conţinutul primului Ordin de Mobilizare, Beneficiarul va nominaliza dintre experţii/ personalul propus/i de Consultant/ Supervizor în oferta sa, echipa de experţi/personal care va fi mobilizată, specificându-se în mod clar numele şi prenumele (acolo unde este cunoscut) şi funcţia/poziţia deţinută de expert/persoana în cadrul contractului.	
Art. 19.3 ultimul paragraf Oricând pe parcursul derulării contractului de servicii, în funcţie de necesităţile Beneficiarului, şi/sau de necesitatile Consultantului/ Supervizorului, cât şi de situaţia existentă la un moment dat a prezentului Contract de Servicii sau a Contractului "Proiectare şi execuţie Autostrada de Centură Bucureşti km 0+000 - km 100+900" Sector Centra Nord km 0+000 - km 52+770 Lot 2: km 20+000 - km 39+000", sau în funcţie 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 condiţiile în care personalul Consultantului/ Supervizorului a fost deja mobilizat.	
Art. 19.4 Beneficiarul nu este obligat să nominalizeze în cadrul primului Ordin de Mobilizare (emis în maxim 2 zile lucrătoare după emiterea Ordinului	

de începere a Contractului) toţi experţii sau întregul personal al Consultantului/ Supervizorului aşa cum sunt menţionaţi în ofertă.	
Art. 19.6 Consultantul/Supervizorul are obligația de a furniza personalul solicitat conform cerințelor din documentația de atribuire a prezentului contract de servicii și prevăzut în oferta sa, cât și de a-l mobiliza la solicitarea expresă a Beneficiarului, expertul/ persoana respectiv/ respectiva având obligaţia de a fi disponibil/ă până la momentul demobilizării acestuia de către Beneficiar.	
Art. 19.7 În cazul în care expertul/persoana nominalizat/ă în cadrul Ordinului de Mobilizare nu este mobilizat/a la data specificată în Ordinul de Mobilizare sau la orice altă dată stabilită de Beneficiar, Consultantul/ Supervizorul se obligă să plătească o penalitate pentru fiecare expert/persoană în parte în cuantum de 2.500 lei pe zi de întârziere, penalitate calculată începând cu ziua următoare datei specificate de către Beneficiar pentru mobilizare şi până la data mobilizării efective a expertului/ persoanei, excepţie fiind cazul în care Consultantul/ Supervizorul informează Beneficiarul despre necesitatea înlocuirii expertului/ persoanei înainte de expirarea datei specificate de către Beneficiar pentru mobilizare.	
Art. 19.7 În condiţiile în care Consultantul/ Supervizorul informează Beneficiarul despre necesitatea înlocuirii expertului/ persoanei după expirarea datei specificată de Beneficiar pentru mobilizare, Beneficiarul va percepe penalitatea de 2.500 lei pe zi de întârziere începând cu ziua următoare datei specificate de către Beneficiar pentru mobilizare şi până	

la data la care Consultantul/ Supervizorul aduce la cunoştinţă Beneficiarului necesitatea înlocuirii expertului/ persoanei în cauză. În cazul în care expertul/ persoana va fi înlocuit/a se vor aplica şi prevederile articolului 20 din prezentul contract.	
Art. 19.11 Experţii cheie/non-cheie/ alt personal demobilizaţi pot fi activaţi ulterior, în funcţie atât de necesităţile Beneficiarului, cât şi de situaţia existenţa la un moment dat în prezentul Contract de Servicii sau în Contractul "Proiectare şi execuţie Autostrada de Centură Bucureşti km 0+000 - km 100+900" Sector Centra Nord km 0+000 - km 52+770 Lot 2: km 20+000 - km 39+000", sau în funcţie de progresul fizic/stadiul fizic al Lucrărilor, sau alte asemenea, printr-un nou Ordin de Mobilizare e emis de către Beneficiar în care va fi menţionată data reactivării acestora, dată care nu poate depăşi 5 zile de la data emiterii Ordinului de Mobilizare.	
Art. 19.12 - în cadrul fişei de pontaj a expertului/persoanei pentru luna respectivă, se vor specifica distinct zilele efectiv lucrate (din totalul de maxim 22 zile/luna) de acesta pentru activitatea de supervizare a perioadei de proiectare faţă de zilele efectiv lucrate (din totalul de maxim 22 zile/luna) de acesta pentru activitatea de supervizare a execuţiei lucrărilor	
Art. 19.12 Beneficiarul nu va accepta ca document justificativ fişe de pontaj în care expertul/ persoana să fi pontat pentru aceeaşi zi efectiv lucrată atât activităţi de supervizare pentru perioada de proiectare cât şi activităţi de supervizare pentru perioada de execuţie a lucrărilor (având ca de exemplu justificare numărul de ore prestate pentru fiecare activitate în cadrul aceleiaşi zile), întrucât modul	

de organizare al activităţii experţilor/ persoanelor pentru realizarea ambelor activităţi în cadrul aceleiaşi luni calendaristice este la latitudinea Consultantul/ Supervizorul (Pentru claritate, Beneficiarul nu va accepta ca într-o singură zi efectiv lucrată un expert/o persoană să aibă fişa/fişe de pontaj atât pentru supervizarea activităţii de proiectare, cât şi pentru supervizarea activităţii de execuţie a lucrării).	
Art. 19.16 Consultantul/Supervizorul va adopta toate măsurile necesare pentru a asigura în mod continuu personalului salariat ori contractat, echipamentul şi suportul necesar pentru îndeplinirea în mod eficient a sarcinilor acestuia în cadrul contractului.	
Art. 19.18 Consultantul/Supervizorul are obligația de a-și adapta programul de lucru, respectiv numărul de zile efectiv lucrate pentru personalul său, în funcţie de situaţia existentă la un moment dat în cadrul prezentului Contract de Servicii sau în cadrul Contractului "Proiectare și execuție Autostrada de Centură București km 0+000 - km 100+900" Sector Centra Nord km 0+000 - km 52+770 Lot 2: km 20+000 - km 39+000" sau în funcție de progresul fizic/stadiul fizic al Lucrărilor.	
Art. 23.4 În perioada în care Antreprenorul înregistrează întârzieri în programul de execuţie, Consultantul/Supervizorul are obligaţia de a-şi adapta programul de mobilizare a personalului în funcţie de serviciile efectiv prestate, fără a solicita costuri suplimentare Beneficiarului.	
Art. 25.1 În acest context, Consultantul/ Supervizorul trebuie să îşi adapteze corespunzător programul şi resursele	

alocate şi să ia în considerare, cu titlu informativ, alocarea unui număr suficient de experţi non-cheie/alt personal supervizare, astfel încât să asigure serviciile de supervizare.	
Art. 20.2 coroborat cu art. 20.9 Consultantul/Supervizorul trebuie să propună din proprie iniţiativă înlocuirea personalului în următoarele situaţii: [...] d) demisia, respectiv actul unilateral de voinţă al personalului prin care încetează Contractul individual de muncă/ orice raport juridic dintre personal şi angajator. [...] h) anumiţi experţi/ persoane din personalul propus de către Consultant/ Supervizor în vederea îndeplinirii obligaţiilor contractuale potrivit prezentului contract sunt/ vor fi implicaţi în cadrul altor proiecte/contracte ale Beneficiarului. În situaţia în care Beneficiarul constată, ulterior semnării contractului, că personalul propus/experţii propuşi de către Consultant/Supervizor în vederea îndeplinirii obligaţiilor contractuale potrivit prezentului contract este/sunt sau va/vor fi implicat/implicaţi în cadrul altor proiecte/contracte ale Beneficiarului, Beneficiarul va solicita înlocuirea acestuia/acestora.	
Art. 20.5 În condiţiile în care Consultantul/ Supervizorul informează Beneficiarul despre necesitatea înlocuirii unui expert/persoane după expirarea datei specificată de Beneficiar în cadrul Ordinului de mobilizare, Beneficiarul va percepe penalitatea de 2.500 lei pe zi de întârziere	
Art. 20.9 (1) În situaţia prevăzută la Articolul 20.2 şi la Articolul 20.8, "salariul brut/ zi (inclusiv cheltuieli angajat şi angajator)" ce va fi plătit expertului	

cheie/non-cheie/alt personal înlocuitor va fi redus cu 10% de fiecare dată când survine înlocuirea, cu excepţia cazului în care înlocuirea este rezultat al situaţiilor excepţionale indicate la Articolul 20.2 lit.a), lit.b), lit.c) si lit. g), cât şi cu excepţia cazurilor în care este necesară înlocuirea experţilor/ persoanelor în etapa de supervizare a garanţiei lucrărilor. [...] (3) Situaţiile menţionate la Articolul 20.2 lit.d), lit.e) şi lit.f) nu constituie motiv de neaplicare a acestei reduceri de 10%. [...] (5) Valoarea rezultată din reducerea "Salariul brut/zi (inclusiv cheltuieli angajat şi angajator)" al experţilor/persoanelor înlocuite se vor constitui în economii la Contract, economii ce pot fi utilizate ulterior în conformitate cu prevederile Articolul 24 din prezentul Contract de servicii. (6) Valoarea rezultată din neconsumarea zilelor lucrătoare a experţilor/personalului, aşa cum sunt menţionate la Articolul 24 din prezentul contract se vor constitui în resurse neconsumate la Contract, resurse care pot fi utilizate ulterior în conformitate cu prevederile Articolul 24 din prezentul Contract de servicii.	

4.1 Având în vedere, pe de o parte, modul de concepere a ofertei tehnice și financiare impusă de către autoritatea contractantă prin documentația de ofertare, cât și, pe de altă parte, obligația instituită în sarcina Consultantului de a nominaliza doar experți care nu sunt și nu pot fi alocați și în alte contracte de supervizare în curs de executare sau viitoare, clauzele sus referite sunt excesiv de împovărătoare, imprevizibile, discreționare și la îndemâna exclusivă a Beneficiarului, de a demobiliza și mobiliza personalul propus de către Consultant, oricând va considera acesta de cuviință, perioada scursă dintre data mobilizării și cea de demobilizării, cât și ulterior, până la o eventuală remobilizare, fiind incertă și în corelație cu alte acorduri contractuale în care supervizorul nu este parte și al căror conținut nu îl cunoaște.

Mai mult, în situația unui ordin de remobilizare, operatorul economic este obligat să suporte și o penalitate în situația în care personalul

demobilizat anterior nu se află la dispoziţia exclusivă a Beneficiarului, atunci când acesta emite un eventual nou ordin.

4.2 Obiectul obligaţiei asumate de prestator prin Contractul de servicii este acela de a presta servicii de supervizare a proiectării şi execuţiei lucrărilor, activităţile de supervizare fiind aferente perioadei de proiectare, execuţie, de garanţie a lucrărilor, inclusiv a perioadei de emitere a Certificatului de recepţie finală privind lucrările de construcţie.

Din clauzele Contractului de supervizare şi din anexele la acesta, nu rezultă că obiectul obligaţiei de rezultat asumat de Prestator ar fi fost acela de a asigura participarea unui număr minim de experţi şi a unui număr minim de zile de activitate pe fiecare categorie de experţi, ci acela de a asigura supervizarea lucrărilor de proiectare, de construcţie pe perioada de execuţie şi pe perioada de garanţie de lucrări.

4.3 Principalul scop al serviciilor de supervizare îl reprezintă rolul Consultantului de Inginer în cadrul Contractului de proiectare şi execuţie pe toată durata contractului, aceasta fiind egală cu durata proiectării şi executării lucrărilor prevăzute în cadrul Contractelor de lucrări.

În vederea îndeplinirii obligaţiilor contractuale, în acord cu obiectul Contractului de proiectare şi execuţie, Consultantul are obligaţia să-şi adapteze programul de lucru prevăzut în graficul de lucrări în concordanţă cu programul de lucru al antreprenorului, în funcţie de stadiul lucrărilor.

Modalitatea în care prestatorul îndeplineşte obiectul contractului, prin alocarea personalului aferent prestării serviciilor la care s-a obligat şi a numărului de ore pe care aceştia 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 depăşi termenele contractuale menţionate în graficul de timp al Inginerului.

De aici rezultă că Prestatorul nu își asumă obligaţia de a aloca un număr de personal angajat pe o anumită perioadă de timp independent de stadiul lucrărilor de construcţie, ci își asumă obligaţia de a presta serviciile cu personalul necesar stadiului lucrărilor.

4.4 Din coroborarea dispoziţiilor art. 1270 şi art. 1170 C. civ., rezultă două principii interdependente pe care se întemeiază contractul civil: puterea de lege/ forţa obligatorie pe care acesta o are pentru părţile contractante, pe de parte, şi buna-credinţă în executarea acestuia, pe de altă parte.

Puterea de lege a contractului vizează nu numai ceea ce contractul prevede expres în clauzele sale, ci şi toate urmările, ce echitatea, obiceiul sau legea dă obligaţiei, după natura sa. Cu alte cuvinte, echitatea, corolar al bunei-credinţe, guvernează contractul de la naşterea sa până la epuizarea tuturor efectelor, independent de existenţa unei clauze exprese în cuprinsul contractului.

Aşadar, executarea unui contract este legitimă atâta timp cât este rezultatul întrunirii cumulative a celor două principii (forţa obligatorie şi executarea cu bună-credinţă), principii care nu au existenţă de sine stătătoare, ci se condiţionează reciproc.

Teoria impreviziunii, fundamentată pe cele două principii, atenuează caracterul obligatoriu al contractului, în măsura în care, pe perioada executării acestuia, intervine o situaţie imprevizibilă, însă niciuna dintre părţile contractante nu abdică de la obligaţiile care îi revin potrivit executării cu bună-credinţă a contractului.

Aşadar, echitatea, alături de buna-credinţă, oferă un fundament al impreviziunii, pornind de la relaţia existentă între ele.

Prin urmare, potrivit legii, în caz de neînţelegere între părţi, evaluarea existenţei situaţiei neprevăzute (condiţie obiectivă) şi a efectelor sale asupra executării contractului, a bunei-credinţe în exercitarea drepturilor şi obligaţiilor contractuale ale părţilor (condiţii subiective), precum şi a echităţii (ce presupune atât o latură obiectivă, cât şi una subiectivă) trebuie realizată cu maximă rigoare, deoarece, în această situaţie, „condiţiile cu caracter obiectiv referitoare la cauza schimbării circumstanţelor (existenţa situaţiei neprevăzute) sau la cuprinsul contractului (absenţa unei clauze de adaptare a contractului), şi condiţiile cu caracter subiectiv referitoare la atitudinea/conduita părţilor contractante (lipsa culpei debitorului în executarea contractului) sau la efectele schimbării circumstanţelor (caracterul licit al neexecutării obligaţiilor contractuale)", pot agrava situația contractuală a uneia dintre părțile contractante.

Or, a impune Consultantului să-și asume toate riscurile care pot apărea în executarea contractului de lucrări, precum și toate situațiile care pot genera demobilizarea personalului, înseamnă că acesta își asumă extinderea sine die a Contractului de servicii, cu obligația corelativă de a menține tot personalul demobilizat până când Beneficiarul va emite, dacă va emite, un nou ordin de mobilizare.

4.5 Oferta operatorului economic are în vedere alocarea unui număr de personal, cheie și non-cheie, pentru cele 158 de luni de prestare a serviciilor de proiectare, în funcție de cerințele caietului de sarcini.

În măsura în care Beneficiarul își rezervă dreptul „în funcție de necesități(...)sau de situația la un anumit moment dat (...) de a mobiliza/demobiliza" și cu obligația corelativă a Consultantului „de a nu pretinde compensații financiare" (clauza 10.54) sau Beneficiarul „va nominaliza dintre experții/personalul propus de Consultant în oferta sa" (clauza 12.3) sau „în funcție de necesitățile Beneficiarului, acesta poate emite Ordine de mobilizare/demobilizare prin care va solicita fie mobilizarea fie demobilizarea personalului Consultantului" (clauza 19.3), „Beneficiarul nu este obligat să nominalizeze în cadrul primului Ordin de Mobilizare (emis în maxim 2 zile lucrătoare după emiterea Ordinului de începere a Contractului) toţi experţii sau întregul personal al Consultantului/ Supervizorului aşa cum sunt menţionaţi în ofertă", „Consultantul/ Supervizorul are obligația de a furniza personalul solicitat conform cerințelor din documentația de atribuire a prezentului Contract de Servicii și prevăzut în oferta sa, cât și de a-l mobiliza la solicitarea expresă a Beneficiarului, expertul/persoana respectiv/respectiva având obligaţia de a fi disponibil/ă până la momentul demobilizării acestuia de către Beneficiar", depășește limitele impreviziunii, pentru că aceasta nu este definită sub nicio

formă, lăsând contractul exclusiv la discreția Beneficiarului, generând prejudicii în patrimoniul Consultantului.

Or, contractul reglementează o impreviziune aplicabilă ope legis, prevăzând expres obligația Consultantului de a accepta executarea în continuare a contractului inclusiv în situația în care aceasta a devenit excesiv de oneros cauzat de unele schimbări a împrejurărilor avute în vedere la data ofertei, dar care nu sunt definite deloc în contract, și care fac în mod vădit injust obligarea sa la executarea obligației.

4.6 Tot astfel, în maniera de redactare a contractului, se anulează inclusiv dreptul Consultantului de a invoca impreviziunea (reglementată și recunoscută inclusiv prin Instrucțiunile ANAP) și de a obține adaptarea contractului, pentru a fi distribuite în mod echitabil între părți pierderile și beneficiile ce rezultă din schimbarea împrejurărilor.

În aceste condiţii, se înlătură incidenţa teoriei impreviziunii, astfel cum aceasta a fost configurată de Curtea Constituţională prin Decizia nr. 623 din 25 octombrie 2016, care presupune controlul efectiv al instanţei judecătoreşti cu privire la starea de fapt, respectiv cu privire la cauza şi efectele schimbării circumstanţelor de executare a contractului.

În decizia citată, Curtea a sancţionat instituţia impreviziunii aplicabilă ope legis, arătând că aceasta „nu poate fi recunoscută, fiind în contradicţie cu prevederile constituţionale ale art. 1 alin. (3) privind statul de drept, [...], cele ale art. 21 alin. (3) privind dreptul la un proces echitabil, precum şi cele ale art. 124 privind înfăptuirea justiţiei. [...] Or, posibilitatea părţilor din contractele respective de a prezenta situaţia de fapt dintr-un dosar în faţa unei instanţe judecătoreşti este absolut necesară având în vedere că judecătorul trebuie să verifice această situaţie, astfel încât instituţia [...] [conversiei creditelor] să nu fie un instrument discreţionar pus la dispoziţia doar a unei părţi şi, astfel, să dezechilibreze raportul contractual. Numai în acest fel se poate asigura, în aceste cazuri, respectarea principiului egalităţii armelor în cadrul procesului civil" (paragraful 116). Cu alte cuvinte, Curtea reţine că numai în condiţiile verificării condiţiilor de incidenţă a impreviziunii de către o instanţă judecătorească se poate face distincţia între debitorii de bună-credinţă şi cei de rea-credinţă.

4.7 Așa cum rezultă din interpretarea coroborată a prevederilor clauzei 20.2 cu 20.9, Consultantul răspunde față de Beneficiar și pentru situații care excedează voinței proprii, respectiv situația în care un angajat al său își exercită dreptul legal de demisie. În această situație, Consultantul, fiind într-o situație de a solicita aprobarea de înlocuire a unui membru al personalului propriu, pe lângă penalitatea aplicabilă în situația încălcării termenului contractual de propunere a înlocuirii, suportă și o penalitate de „10% din salariul brut/zi (inclusiv cheltuieli angajat şi angajator) ce va fi plătit expertului cheie/non-cheie/alt personal înlocuitor de fiecare dată când survine înlocuirea, cu excepţia cazului în care înlocuirea este rezultat al situaţiilor excepţionale indicate la articolul 20.2 lit. a), lit. b), lit. c) şi lit. g), cât şi cu excepţia cazurilor în care este necesară înlocuirea experţilor/persoanelor în etapa de supervizare a garanţiei lucrărilor."

Impunerea unei penalităţi în situaţii care nu sunt în controlul Consultantului şi care nu produc prejudicii în sarcina Beneficiarului, din vreme ce respectivul personal este înlocuit de alte persoane care au aceeaşi pregătire profesională cu cel înlocuit, încalcă inclusiv prevederile art. 1540 alin.(2) C. civ, potrivit căruia "Penalitatea nu poate fi cerută atunci când executarea obligaţiei a devenit imposibilă din cauze neimputabile debitorului".

5. Lipsa de claritate a prevederilor contractuale şi inserarea unor clauze care permit Beneficiarului sancţionarea Consultantului/ Supervizorului în mod discreţionar şi fără predictibilitate

Clauza din Contractul de supervizare	Clauza din Caietul de sarcini
Art. 15.11 Consultantul/Supervizorul îşi va asuma riscurile ce decurg din participarea sa la procedura de atribuire şi prin semnarea contractului, şi nu va avea nicio pretenţie în cazul apariţiei acestora sau a altora neidentificate în prezentul contract, dar posibil să apară.	Clauza 3 – termini/definiţii 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 funcţie de necesităţile autorităţii contractante, în funcţie de situaţia existentă la un moment dat în cadrul Contractului de Servicii sau a Contractului "Proiectare şi Execuţie „Autostrada de Centură Bucureşti km 0+000 - km 100+900" Sector Centură Nord km 0+000 - km 52+770 Lot 2: km 20+000 - km 39+000", sau în funcţie de progresul fizic/stadiul fizic al Lucrărilor, sau alte asemenea
Art. 15.12 Preţul contractului include riscurile generale prezentate la Articolul 15.13, precum şi riscurile prevăzute la Capitolul 4 "Riscuri" din caietul de sarcini, iar Consultantul/Supervizorul nu va avea nicio pretenţie de orice natură (materială, financiară, etc.) în cazul apariţiei acestora.	Clauza 5.3.4. Alte aspecte Unele dintre cerinţele cuprinse în scopul lucrărilor ar putea suferi modificări în timpul implementării proiectului. Totuşi, nu sunt permise schimbări majore în scopul lucrărilor ce fac obiectul Contractului de lucrări. În cazuri justificate corespunzător, cum ar fi extinderea perioadei de implementare sau modificarea scopului, autoritatea contractantă va lua în considerare posibilitatea

	elaborării unui/unor act/e adiţional/e la contract, care să cuprindă posibile creşteri ale bugetului, în conformitate cu prevederile legale aplicabile. Valoarea contractului de servicii va fi ajustată în conformitate cu prevederile contractuale, excepţie făcând rezervele de implementare.
24.1 (4) Modificările nesubstanţiale (ce derivă din clauzele de revizuire sau modificările nesubstanţiale în sensul art. 221 alin. 1 lit. e) din Legea nr. 98/2016) de la punctele a) - h) de mai jos se realizează fără organizarea unei noi proceduri de atribuire, fără suplimentarea pretului contractului şi fără a afecta dreptul Beneficiarului de a aplica penalităţi de întârziere sau de a solicita despăgubiri/daune, doar cu acordul Beneficiarului şi numai prin emiterea de către acesta a unui/unor Ordin/Ordine de Modificare: [...] g) Modificari legislative sau de norme tehnice/ stas-uri/ normative/ standarde pe parcursul derularii contractului; [...]	7.1.1. aspecte generale Oricând pe parcursul derulării contractului de servicii, în funcţie de necesităţile Beneficiarului, cât şi de situaţia existentă la un moment dat a Contractului de Servicii sau a Contractului de lucrări, sau în funcţie de progresul fizic/stadiul fizic al Lucrărilor, sau alte asemenea, Beneficiarul poate emite Ordin/ Ordine de demobilizare prin care se va solicita demobilizarea persoanlului Supervizorului, în condiţiile în care acesta a fost deja mobilizat. Consultantul/ Supervizorul are obligaţia de a menţine personalul aprobat/ nominalizat pentru îndeplinirea contractului (experţii cheie, experţii non-cheie, alt personal) pe întreaga perioadă în care trebuie să execute sarcinile conform Contractului şi Ordinului de mobilizare. Consultantul/Inginerul îşi va completa echipa cu personalul necesar îndeplinirii corespunzătoare a sarcinilor pe cheltuiala proprie. Pentru toată perioada de la data de începere a Contractului până la data mobilizării efective a experţilor cheie/ non-cheie/ alt personal, costurile suplimentare generate de nemobilizarea la timp a personalului incumbă Consultantului/ Supervizorului. Consultantul/Supervizorul va adopta toate măsurile necesare

	pentru a asigura în mod continuu personalului salariat ori contractat, echipamentul şi suportul necesar pentru îndeplinirea în mod eficient a sarcinilor acestuia în cadrul contractului.
Art. 37.3 Beneficiarul are dreptul în mod unilateral de a suspenda executarea Contractului de servicii, fără ca Consultantul/Supervizorul să fie îndreptăţit a solicita orice costuri suplimentare şi/sau daune aferente suspendării sau care derivă/rezultă ca urmare a suspendarii, Beneficiarul plătind serviciile prestate şi aprobate anterior suspendarii.	7.2. Mobilizarea/ demobilizarea Personalului şi a echipamentelor Oricând pe parcursul derulării contractului de servicii, în funcție de necesitățile Beneficiarului, cât şi de situația existentă la un moment dat a Contractului de Servicii sau a Contractului de proiectare și execuție, 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/ Inginerului, fie demobilizarea acestuia în condițiile în care personalul Consultantului/ Inginerului a fost deja mobilizat. Beneficiarul nu este obligat să nominalizeze în cadrul primului Ordin de Mobilizare (emis în maxim două zile lucrătoare după emiterea Ordinului de începere a Contractului) toţi experţii sau intregul personal al Consultantului/Inginerului aşa cum sunt menționați în ofertă. Consultantul/ Supervizorul are obligația de a menține personalul aprobat/ nominalizat pentru îndeplinirea contractului (experţii cheie, experţii non-cheie, alt personal) pe întreaga perioadă în care trebuie să execute sarcinile conform Contractului si Ordinului de mobilizare. De fiecare dată când este necesară mobilizarea altor persoane/experţi care nu au fost menționate Ordinele de Mobilizare, Beneficiarul poate emite oricând

	un alt Ordin de Mobilizare a Personalului. Prin aceste Ordine de Mobilizare vor putea fi mobilizaţi doar experţii/ persoanele necesari/ necesare pentru realizarea activităţilor aferente supervizării contractului de proiectare si execuţie în funcţie de stadiu/faza/etapa în care se află acesta. Experţii cheie/non-cheie/alt personal demobilizaţi pot fi activaţi ulterior, în funcţie atât de necesităţile Beneficiarului, cât şi de situaţia existentă la un moment dat a prezentului Contract de Servicii sau a Contractului de proiectare execuţie, sau în funcţie de progresul fizic/stadiul fizic al Lucrărilor, sau alte asemenea, printr-un nou Ordin de Mobilizare emis de către Beneficiar în care va fi menţionată data reactivării acestora, data care nu poate depăşi 5 zile de la data emiterii Ordinului de Mobilizare. În cadrul fişei de pontaj a expertului/ persoanei pentru luna respectivă, se vor specifica distinct zilele efectiv lucrate (din totalul de maxim 22 zile/lună) de acesta pentru activitatea de supervizare a perioadei de proiectare faţă de zilele efectiv lucrate (din totalul de maxim 22 zile/lună) de acesta pentru activitatea de supervizare a execuţiei lucrărilor. Beneficiarul nu va accepta ca document justificativ fişe de pontaj în care expertul/persoana să fi pontat pentru aceeaşi zi efectiv lucrată atât activităţi de supervizare pentru perioada de proiectare cât şi activităţi de supervizare pentru perioada de execuţie a lucrărilor (având ca de exemplu justificare numărul de ore prestate pentru fiecare activitate în cadrul aceleiaşi zile), întrucât modul de organizare al activităţii

	experţilor/ persoanelor pentru realizarea ambelor activităţi în cadrul aceleiași luni calendaristice este la latitudinea Consultantului/Inginerului (pentru claritate Beneficiarul nu va accepta ca într-o singură zi efectiv lucrată un expert/o persoană să aibă fişa/fişe de pontaj atât pentru supervizarea activităţii de proiectare cât şi pentru supervizarea activităţii de execuție a lucrării). Pentru toată perioada de la data de începere a Contractului până la data mobilizării efective a experţilor cheie/ non-cheie/ alt personal, costurile suplimentare generate de nemobilizarea la timp a personalului incumbă Consultantului/ Supervizorului. În cazul în care, pentru îndeplinirea în bune condiții a sarcinilor definite în cadrul Contractului într-o fază ulterioară a Proiectului, Consultantul/ Supervizorul va avea nevoie de mai mult personal decât cel specificat în Ofertă, acesta va fl responsabil pentru asigurarea necesarului de resurse umane, fără a solicita alte costuri suplimentare Beneficiarului. În acest caz, Consultantul/ Supervizorul îşi va completa echipa cu personalul necesar îndeplinirii corespunzătoare a sarcinilor pe cheltuiala proprie. Costurile rezultate din angajarea/contractarea acestor experţi/persoane care pot conduce la mobilizarea unor resurse suplimentare celor incluse de Consultant/ Supervizor în oferta sa financiară se consideră a fi incluse în onorariile experţilor cheie / non-cheie/ Consultantul/ Supervizorul are obligația de a-și adapta programul de lucru, respectiv numărul de zile efectiv lucrate pentru personalul său, în funcție

	de situaţia existentă la un moment dat a prezentului Contract de Servicii sau a Contractului de proiectare si execuţie, sau în funcţie de progresul fizic/stadiul fizic al Lucrărilor. Consultantul/ Supervizorul are obligaţia de a dispune Antreprenorului, prin Ordin de mobilizare, mobilizarea Utilajelor Antreprenorului/ Personalului incluse/ inclus în Programul de execuţie în conformitate cu prevederile Contractului de proiectare şi execuţie. În condiţiile în care Beneficiarul constată lipsa utilajelor/personalului, Supervizorului/ Consultantului i se va aplica penalitatea prevăzută în Contractul de Servicii per eveniment.
Art. 37.5 În cazul în care, din diferite motive: a) contractul de lucrări se va suspenda, contractul de supervizare se suspendă până la reglementarea situaţiei contractului de lucrări; b) contractul de lucrări va fi reziliat, Consultantul/Supervizorul are obligaţia de a realiza toate activităţile şi de a elabora toate documentele solicitate de către autoritatea contractantă ca urmare a rezilierii contractului de lucrări şi, totodată, Consultantul/ Supervizorul are obligaţia de a emite Certificatul Final de Plată la Reziliere, în termenul notificat de către autoritatea contractantă. După îndeplinirea acestor obligaţii, autoritatea contractantă poate suspenda Contractul de Servicii fără ca Consultantul/ Supervizorul să fie îndreptăţit a solicita orice fel de costuri suplimentare/ daune aferente suspendării.	
Art. 37.6 În cazul în care autoritatea contractanta suspendă executarea	

Contractului de servicii, perioada de prestare a serviciilor aferenta acestuia se va prelungi automat, cu perioada în care a fost suspendat, fără necesitatea prelungirii duratei contractului prin Act aditional/ Ordin Administrativ /Modificare.	
Art. 37.7 Autoritatea contractantă are dreptul de a modifica perioada de suspendare a Contractului de servicii în funcţie de circumstanţe. În cazul în care perioada de suspendare a Contractului de servicii excede 12 luni, autoritatea contractantă are dreptul în mod unilateral, de a rezilia Contractul, fără ca Consultant/ Supervizor să fie îndreptătit a solicita orice costuri suplimentare/ daune aferente suspendării sau care deriva/ rezulta ca urmare a rezilierii.	
Art. 37.8 Autoritatea contractanta are dreptul în mod unilateral de a suspenda Contractul de Servicii şi în lipsa existenţei alocării financiare, cu informarea prealabilă a Consultantului/Supervizorului, acesta din urmă nefiind îndreptăţit să solicite orice costuri suplimentare / daune Beneficiarului, aferente suspendarii.	
Art. 38.4 (1) Autoritatea contractantă poate rezilia Contractul de Servicii cu efecte depline (de jure) prin transmiterea unei simple notificări scrise cu cel puţin 15 zile înainte, dacă nu s-a prevăzut altfel în contract, fără necesitatea îndeplinirii unei alte formalităţi, fără punerea în întârziere, fără intervenţia vreunei autorităţi sau instanţe de judecată şi/sau arbitrale, fără acordarea unui termen de graţie şi în oricare dintre situaţiile următoare, dar nelimitându-se la acestea: [...]	

p) În situaţia în care autoritatea contractantă, pentru diferite motive, decide să rezilieze prezentul Contract de Servicii; [...] s) nu a generat nicio plată într-o perioadă de 12 luni de la semnarea sa de către Părţi.	
Art. 38.8 Punerea în întârziere a Consultantului/Supervizorului rezultă din simplul fapt al neexecutării obligaţiilor prevăzute în cadrul prezentului Contract.	
Art. 38.10 În situaţia rezilierii contractului ca urmare a neîndeplinirii obligaţiilor contractuale de către Consultant/ Supervizor, Beneficiarul poate desfăşura singur activităţile contractate sau poate contracta o terţă parte, pe cheltuiala proprie a Consultantului/ Supervizorului. Răspunderea Consultantului/ Supervizorului pentru întârzierile şi daunele produse Beneficiarului în execuţia contractului va subzista şi ulterior punerii în aplicare a situaţiei reglementate mai sus.	
Art. 38.12 De îndată ce va fi posibil, după momentul rezilierii, autoritatea contractanta va certifica valoarea Serviciilor de supervizare şi toate sumele cuvenite Consultantului/ Supervizorului la data rezilierii.	
38.14 Dacă autoritatea contractantă reziliază Contractul de Servicii, va fi îndreptăţită să recupereze de la Consultant/Supervizor orice pierdere sau prejudiciu suferit, fără a renunţa la celelalte remedii la care este îndreptăţită în baza Contractului de Servicii.	
Art. 38.15 Consultant/Supervizor nu are dreptul să pretindă, suplimentar faţă de sumele ce i se cuvin pentru munca	

deja prestată, despăgubiri pentru orice pierdere sau prejudiciu suferit.	
Art. 38.18 Fără a prejudicia niciun alt drept al sau potrivit contractului, autoritatea contractantă este îndreptățită să execute întreaga valoare a garanției de bună execuție	
Art. 40.1 Autoritatea contractantă își rezervă 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.	

5.1 În tabelul de mai sus sunt cuprinse clauzele din Contractul de supervizare și/ sau caietul de sarcini prin care Beneficiarul impune în sarcina Consultantului asumarea unor riscuri, prevăzute expres în cuprinsul documentației de atribuire sau care pot apărea, fără ca acesta din urmă să aibă dreptul la prestații ulterioare.

Așadar, în accepțiunea autorității contractante, prin încheierea Contractului de supervizare, Consultantul răspunde de orice risc avut în vedere sau care nu a fost prevăzut în contract, fără o obligație corelativă în sarcina Beneficiarului, fapt ce contravine principiului proporționalității.

5.2 Or, asumarea tuturor riscurilor, previzibile și/ sau imprevizibile, de către Consultant fără ca acesta să aibă dreptul la prestații ulterioare din partea Beneficiarului este vădit disproporționată în raport de scopurile urmărite de către autoritatea contractantă.

Mai mult, vădit excesiv este și dreptul Beneficiarului de a aplica penalități de întârziere sau de a solicita despăgubiri/ daune în cazul apariției unor modificări de ordin legislativ, modificări care nu puteau fi avute în vedere de niciuna dintre părți la momentul participării la procedura de atribuire a Contractului de supervizare.

Apariția unei situații neprevăzute și consecințele acesteia asupra executării contractului sunt necesar a fi analizate la momentul ivirii acestora, în scopul identificării unor soluții care să permită desfășurarea, în

continuare, în bune condiţii a contractului, fără însă ca măsurile adoptate să fie excesive pentru una dintre părţi.

5.3 Totodată, clauzele anterior menţionate încalcă şi principiul transparenţei.

Sintagmele „în oricare dintre situaţiile următoare, dar nelimitându-se la acestea" „pentru diferite motive" cu referire la situaţiile în care autoritatea contractantă poate rezilia contractul de servicii sunt lipsite de claritate şi permit riscul de abuz de putere discreţionară şi comportament arbitrar din partea autorităţii contractante.

5.4 Mai mult, abuzul de putere discreţionară este evidenţiată şi în clauzele potrivit cărora autoritatea contractantă are dreptul de a denunţa unilateral Contractul de Supervizare în situaţia în care alocarea resurselor financiare a fost sistată/modificată, ceea ce reprezintă o cauză neimputabilă Consultantului/Supervizorului şi care nu putea fi prevăzută de către acesta.

Cu toate acestea, în situaţia descrisă anterior, Consultantul/ Supervizorul nu are dreptul de a solicita daune-interese pentru beneficiul nerealizat, acesta putând pretinde numai plata corespunzătoare pentru partea din contract îndeplinită până la data denunţării unilaterale.

În raport de faptul că, potrivit documentaţiei de atribuire, Consultantul/Supervizorul nu are dreptul de a pretinde, suplimentar faţă de sumele ce i se cuvin pentru munca deja prestată, despăgubiri pentru orice pierde sau prejudiciu suferit, respectivele clauze sunt abuzive, sancţiunea fiind nulitatea absolută a acestora.

5.5 Astfel, potrivit dispoziţiilor art. 14 şi 15 din Legea nr. 72/2013 „Sunt calificate ca abuzive, nefiind necesară verificarea existenţei circumstanţelor prevăzute la art. 13 sau a altor circumstanţe specifice cauzei, clauzele contractuale care: e) elimină posibilitatea plăţii de daune - interese suplimentare; Clauzele abuzive sunt lovite de nulitate absolută".

Totodată, clauza prevăzută la art. 38.10 din Contractul de Supervizare încalcă dispoziţiile art. 1531 Cod civil şi art. 1549 alin. (1) cod civil, potrivit cărora singura reparaţie la care este îndreptăţit creditorul unei obligaţii neexecutate este aceea de a obţine plata unor daune-interese pentru repararea prejudiciului pe care debitorul i l-a cauzat şi care este consecinţa directă şi necesară a neexecutării fără justificare sau, după caz, culpabilă a obligaţiei. De asemenea, potrivit art. 1533 cod civil, debitorul răspunde numai pentru prejudiciile pe care le-a prevăzut ca urmare a neexecutării obligaţiei.

5.6 Din clauza anterior amintită beneficiarul şi-a rezervat dreptul de a primi o dublă reparaţie, pe de o parte, daune-interese derivate din rezilierea contractului, iar pe de altă parte, costul total, cu titlu de prejudiciu, al serviciilor contractate de la un terţ.

Mai mult, potrivit clauzei prevăzute la art. 38.18 din Contractul de Supervizare, în cazul încetării şi rezilierii Contractului de Servicii din iniţiativa autorităţii contractante, fără a prejudicia niciun alt drept al său potrivit Contractului, autoritatea contractantă este îndreptăţită să execute întreaga valoare a garanţiei de bună execuţie.

Dispozițiile anterior menționate contravin prevederilor art. 41 din Normele de aplicare a Legii nr. 98/2016 aprobate prin HG nr. 395/2016 potrivit cărora 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.

5.7 Încălcarea principiului transparenței deschide posibilitatea arbitrariului din partea Beneficiarului; putere discreționară.

Prin art. 4.2. din caietul de sarcini părțile au agreat cu titlu exemplificativ care sunt riscurile pe care Consultantul/Supervizorul și le asumă. Cu toate acestea, prin sintagma „posibil să apară" se atribuie o natură echivocă și nedeterminabilă a obligației Consultantului/Supervizorului de asumare a riscurilor contractuale. Prevederea contractuală ce presupune asumarea riscului contractual reprezintă o obligație în sarcina Consultantului/Supervizorului. Or, potrivit art. 1226 alin. (2) C.civ, sub sancțiunea nulității absolute, obiectul obligației trebuie să fie determinat sau cel puțin determinabil. Astfel, pentru ca obiectul obligației de asumare a riscului contractual să fie valabil, părțile trebuie în mod imperativ, pe lângă exemplificarea oferită în art. 4.2. din caietul de sarcini, să stabilească și principalele criterii de determinare a riscurilor ce pot apărea (care evident să excludă acțiunea sau inacțiunea oricăruia dintre factori implicați în proiect) pentru a putea atribui obligației un caracter cel puțin determinabil.

5.8 Din modalitatea în care este redactată clauza nu rezultă clar scopul și obiectul modificării listei personalului. De asemenea, clauza nu stabilește de-o manieră comprehensibilă ce poate fi subsumat noțiunii de necesitate fie a autorității contractante sau fie a modului de derulare a Contractului de servicii și/sau a Contractului de proiectare. Întreaga ofertă financiară a Consultantului/Supervizorului se bazează pe alocarea personalului necesar desfășurării proiectului. Obligația de a suplimenta discreționar la solicitarea Beneficiarului personalul alocat este aptă să deschidă calea unui exces de putere din partea Beneficiarului.

5.9 Modificarea contractului presupune inserarea atât a unor obligații, cât și a unor drepturi corelative respectivelor obligații. Din cuprinsul art. 24 din Contractul de Servicii rezultă faptul că Beneficiarul poate modifica discreționar obligațiile Consultantului/Supervizorului.

Or, posibilitatea reglementată de art. 221 din Legea nr. 98/2016 nu are în vedere modificarea obligațiilor doar a uneia dintre părți, având în vedere faptul că respectivul contractul este unul comunicativ în sensul art. 1173 C. civ. potrivit căruia contractul comutativ este acele în care la momentul încheierii sale existența drepturilor și obligaților părților este certă, iar întinderea acestora este determinată sau determinabilă.

Prevederile art. 221 din Legea nr. 98/2016 (în ceea ce privește orice modificare nesubstanțială) au în vedere modificarea contractului atât din perspectiva obligațiilor, cât și din perspectiva drepturilor Consultantului.

Prevederile art. 221 din Legea nr. 98/2016 au în vedere posibilitatea Beneficiarului de a modifica împreună cu Consultantul/Supervizorul contractul fără a fi necesară parcurgerea unei noi proceduri de achiziție publică, atunci când modificarea nu este substanțială. Esența rațiunii prevederilor art. 221 din Legea nr. 98/2016 este aceea de a asigura un cadru concurențial al achizițiilor publice.

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

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

Orice posibilitate de modificare a contractului trebuie să fie stabilită numai în urma determinării unor limite. Astfel, potrivit art. 2 alin. (2) din Instrucțiunea ANAP nr. 1/2016 clauzele contractuale de schimbare trebuie să fie menționate în documentația de atribuire și trebuie să precizeze limitele și natura posibilelor modificări/suplimentări, precum și condițiile în care se poate recurge la ele.

6. Modalitățile de plată

Clauze din Contractul de supervizare	Clauze din Caietul de sarcini
Art. 32.3 A Modalitatea de plată Restul de 50% aprobați deja prin fișele de pontaj ale fiecărei luni, se vor plăti la momentul finalizarii activității de proiectare în baza avizării Proiectului Tehnic în cadrul CTE al CNAIR SA și a avizării "bun de execuție" a Proiectului Tehnic de către Consultant/Supervizor. Modalitatea de calcul Diferența de 50% rămasă neplătită conform fișelor de pontaj deja aprobate pentru lunile respective în care acesta a prestat activități de supervizare a proiectării.	
Art. 32.3 lit. C În situația în care execuția lucrărilor nu este finalizată sau stadiul fizic/ progresul fizic al execuției lucărilor nu atinge pragul de 100% în perioada celor 44 de luni, din motive care nu sunt imputabile/din culpa	

Supervizorului (cu excepţia riscurilor asumate de Consultant/Supervizor în Contract) Beneficiarul va aplica o reducere de 20% a "salariului brut/zi (inclusiv cheltuieli angajat şi angajator)" pentru toţi experţii/ persoanele mobilizaţi/ mobilizate la momentul respectiv sau ce vor fi mobilizate după expirarea celor 44 luni, pentru serviciile ce vor fi prestate în cadrul contractului. Astfel, începând cu luna 45 a perioadei de execuție a lucrărilor şi până la finalizarea execuției lucrărilor, Beneficiarul va aproba şi va plăti numai 80% din valoarea "salariului brut/zi (inclusiv cheltuieli angajat şi angajator) "aplicabil la momentul finalizării celor 44 de luni, pentru fiecare expert/persoană mobilizat/mobilizată sau ce va fi mobilizat/mobilizată, în baza serviciilor prestate de aceştia şi a fişelor de pontaj.	
Art. 32.5 Plata la finalul fiecărei activităţi (activitatea de supervizare a perioadei de proiectare, activitatea de supervizare a perioadei de execuţie a lucrărilor, activitatea de supervizare a notificării defecşiunilor/a garanţiei) se efectuează de către Beneficiar doar dacă Consultantul/Supervizorul a realizat în totalitate acea activitate.	
Art. 32.6 Onorariile (lei fără TVA) pe zi / expert sau persoană sunt cele stabilite de Consultant/Supervizor în Propunerea Financiară şi acceptate de Beneficiar, cu excepţia cazurilor aplicării prevederilor Articolului 20 din prezentul Contract de servicii.	
Art. 32.8 În urma aprobării de către Beneficiar a rapoartelor precizate în caietul de sarcini, cu toate documentele justificative necesare din care să rezulte suma exactă de plată conform articolelor de mai sus, Consultantului/ Supervizorului i se va plăti factura	

corespunzatoare acestei sume în termen de 60 de zile de la emiterea facturii.	
Art. 32.14 Sub condiţia îndeplinirii integrale a cerinţelor specificate la Articolul 32.1 - Articolul 32.8, facturile corespunzătoare vor fi plătite de către Beneficiar în termen de 60 de zile de la data primirii acestora după recepţionarea serviciilor prin aprobarea Rapoartelor corespunztoare, sau în termen de 60 de zile de la data aprobării Rapoartelor de către Beneficiar, dacă factura este emisă anterior aprobării Rapoartelor. Pentru prezentul Contract de servicii de supervizare, termenul contractual de plata este prevazut la 60 de zile, având în vedere complexitatea rapoartelor şi a documentelor de verificat şi aprobat înainte de realizarea plăţilor [...]	
Art. 32.15 Beneficiarul poate suspenda termenul de plată pentru orice parte din suma facturată contestată de către Beneficiar prin notificarea Consultantului/ Supervizorului în sensul că acea parte a facturii este neacceptată, fie deoarece suma respectivă nu este datorată, fie ca Rapoartele aferente nu pot fi aprobate şi Beneficiarul consideră că sunt necesare mai multe verificări. [...] Suspendarea termenului de plată se va încheia la data la care Beneficiarul va primi factura corect întocmită si fundamentată.	
Art. 32.16 Facturile se vor emite şi plătile se vor realiza după cum urmează: [...] d) Plăţile vor fi efectuate numai după aprobarea de către Beneficiar a Rapoartelor menţionate la Articolul 30 din prezentul Contract împreună cu documentele justificative.	
Art. 32.17	

În cazul în care oricare din următoarele evenimente intervine şi persistă, Beneficiarul poate suspenda, total sau partial, plătile datorate Consultantului/Supervizorului în baza Contractului de Servicii, prin intermediul unei notificări scrise adresate Consultantului/Supervizorului: [...] b) Orice altă împrejurare pentru care Consultantul/Supervizorul răspunde în baza Contractului de Servicii si care în mod obiectiv interferează sau ameninţă să interfereze cu finalizarea cu succes a Proiectului sau a Contractului de Servicii.	
Art. 34.1 În conformitate cu prevederile art. 39 alin. (3) din H.G. nr. 395/2016, Consultantul/Supervizorul va furniza Beneficiarului/Autorității Contractante Garanția de Bună Execuție în original, în termen de 5 zile lucrătoare de la data semnării Contractului.	

6.1 Conform articolelor menționate mai sus rezultă că Beneficiarul instituie în beneficiul său o serie de termene și condiții pentru efectuarea plății serviciilor prestate, care conduc la imposibilitatea pentru Consultant de a-și acoperi cheltuielile ocazionate cu personalul propriu și totodată, instituie condiții de plată în raport de etapele Contractului de proiectare și execuție și nicidecum de etapele Contractului de supervizare de calitatea și cantitatea lucrărilor executate.

6.2 Prevederile contravin flagrant dispozițiilor Legii nr. 72/2013 potrivit cărora autoritățile contractante execută obligația de plată a sumelor rezultând din contractele încheiate cu profesioniști cel târziu la 30 de zile de la data primirii facturii.

De asemenea, clauzele sunt abuzive în sensul art. 14 lit. d) din Legea nr. 72/2013 deoarece fixează un termen de plată mai mare decât cel de la art. 7 alin. (1) din aceeași lege.

Prin adresa nr. 31434/19.04.2021, înregistrată la Consiliu sub nr. 19997/19.04.2021, COMPANIA NAŢIONALĂ DE ADMINISTRARE A INFRASTRUCTURII RUTIERE SA a depus în copie, un set de documente necesare soluţionării cauzei.

Prin adresa nr. 50303/18.06.2021, înregistrată la Consiliu sub nr. 31878/18.06.2021, COMPANIA NAŢIONALĂ DE ADMINISTRARE A INFRASTRUCTURII RUTIERE SA formulează punct de vedere cu privire la contestaţia formulată de către SC CONSITRANS SRL.

I. Cu privire la critica contestatoarei referitoare la clauzele care fac trimitere la obligaţiile Consultantului rezultând din alte contracte în care nu este parte şi care condiţionează efectuarea plăţilor către Consultant în îndeplinirea obligaţiilor de către Antreprenor,

1. În ceea ce priveşte solidaritatea răspunderii Consultantului şi Antreprenorului (punctul 2.10 din contestaţie), autoritatea contractantă poate adopta următoarea măsură de remediere:

În cadrul modelului de Contract de servicii, prevederile Art. 10.65 se modifică astfel:

„Consultantul/Supervizorul are obligaţia respectării prevederilor Art. 5 şi ale Art. 6 alin. (1), (2), (3) şi (4) cu modificările si completările ulterioare, din Legea nr. 10/1995 - Republicare, completată şi modificată prin Legea nr. 204/2020. De asemenea, Consultantul/Supervizorul răspunde de îndeplinirea următoarelor obligaţii referitoare la calitatea în construcţii, obligaţii care le completează pe cele din prezentul contract şi pe cele din contractul de proiectare şi execuţie lucrări:

a) angajarea de specialişti atestaţi şi/sau autorizaţi în toate domeniile de consultanţă pentru care au încheiate contracte de servicii cu investitorii/beneficiarii;

b) sesizarea investitorului asupra neconformilăţilor şi neconcordanţelor constatate în proiecte şi în execuţie;

c) asigurarea nivelului de calitate corespunzător cerinţelor printr-un sistem propriu de calitate, certificat;

d) recepţia proiectelor conform temeiului de proiectare şi a cerinţelor de calitate;

e) participarea prin specialişti atestaţi la fazele principale de execuţie;

f) întocmirea de rapoarte zilnice către investitor în perioada de execuţie;

g) întocmirea de rapoarte trimestriale către investitor în perioada de garanţie;

h) respectarea termenelor contractuale de proiectare şi execuţie în solidar cu proiectanţii şi/sau executanţii".

2. Totodată, cu privire la Clauza 18, autoritatea contractantă poate adopta următoarea Măsură de remediere:

În cadrul modelului de Contract de servicii, prevederile Art. 18.4 se modifică astfel:

„Consultantul/Supervizorul îşi asumă toate sarcinile induse în prezentul contract de servicii, precum şi sarcinile Consultantului/Supervizorului stabilite prin Condiţiile Generale şi Speciale de Contract şi Acordul Contractual părţi integrantre din contractul de proiectare şi execuţie lucrări ce va fi supervizat"

3. De asemenea, cu privire la art. 32.3, autoritatea contractantă poate adopta următoarea măsura de remediere:

- În cadrul modelului de Contract de servicii, prevederile tabelului cuprinzând Modalitatea de plată şi Modalitatea de calcul din cadrul Art. 32.3. punctul A "Modalitatea de plată pentru Supervizarea Activităţii de Proiectare" se modifică astfel:

Modalitatea de plată	Modalitatea de calcul
70% lunar în baza timpului efectiv lucrat conform rapoartelor lunare de progres care conţin fişele de pontaj ale experţilor persoanelor mobilizaţi / mobilizate.	Pentru fiecare expert/persoana în parte Beneficiarul va plăţi 70% din valoarea rezultată din înmulţirea Onorariu (lei fără TVA) pe zi / expert sau persoană [Salariu brut/zi (inclusiv cheltuieli angajat şi angajator) - alte cheltuieli/zi] cu zilele efectiv lucrate în lunile respective.
Restul de 30% aprobaţi deja prin fişele de pontaj ale fiecărei luni, se vor plăti la momentul finalizării activităţii de proiectare în baza avizării Proiectului Tehnic în cadrul CTE al CNAIR SA şi al avizării "bun de execuţie" a Proiectului Tehnic de către Consultant/Supervizor.	Diferenţa de 30% rămasă neplătită conform fişelor de pontaj deja aprobate pentru lunile respective în care acesta a prestat activităţi de supervizare a proiectării.

- În cadrul modelului de Contract de servicii, la Art. 32.3. punctul B *"Modalitatea de plată pentru Supervizarea Execuţiei Lucrărilor" paragraful: „În situaţia în care execuţia lucrărilor nu este finalizată sau stadiul fizic/progresul fizic al execuţiei lucărilor nu atinge pragul de 100% în perioada celor 44 de luni din motive care nu sunt imputabile/din culpa Supervizorului (cu excepţia riscurilor asumate de Consultant/Supervizor în Contract) Beneficiarul va aplica o reducere de 20% a "salariului brut/zi (inclusiv cheltuieli angajat şi angajator)" pentru toţi experţii/ persoanele mobilizaţi/ mobilizate la momentul respectiv sau ce vor fi mobilizate după expirarea celor 44 luni, pentru serviciile ce vor fi prestate în cadrul contractului".*

- se modifică astfel:

„În situaţia în care execuţia lucrărilor nu este finalizată sau stadiul fizic/ progresul fizic al execuţiei lucărilor nu atinge pragul de 100% în perioada celor 22 de luni, din motive care sunt imputabile/din culpa Supervizorului (cu excepţia riscurilor asumate de Consultant/Supervizor în Contract) Beneficiarul va aplica o reducere de 20% a "salariului brut/zi (inclusiv cheltuieli angajat şi angajator)" pentru toţi experţii/ persoanele mobilizaţi/ mobilizate la momentul respectiv sau ce vor fi mobilizate după expirarea celor 22 luni, pentru serviciile ce vor fi prestate în cadrul contractului".

- În cadrul modelului de Contract de servicii, la Art. 32.3. punctul B "Modalitatea de plată pentru Supervizarea Execuţiei Lucrărilor" se modifică paragraful:

„Astfel, începând cu luna 23 a perioadei de execuţie a lucrărilor şi până la finalizarea execuţiei lucrărilor, Beneficiarul va aproba şi va plăti numai 80% din valoarea "salariului brut/zi (inclusiv cheltuieli angajat şi angajator)" aplicabil la momentul finalizării celor 22 de luni, pentru fiecare

expert/persoană mobilizat/mobilizată sau ce va fi mobilizat/mobilizată, în baza serviciilor prestare de aceştia şi a fişelor de pontaj".

Suplimentar măsurilor de remediere mai sus menţionate, autoritatea contractantă menţionează faptul că prevederile art. 32.3 din contractul de servicii nu au ca scop împovărarea Supervizorului cu riscuri financiare. Autoritatea contractantă, prin stabilirea unor procente de plată, doreşte să se asigure că există între activitatea reală prestată de Supervizor şi situaţia reală din Şantier la un anumit moment (raportat la stadiul de realizare propriu-zis al construcţiei) având la bază dezideratul că Supervizorul să primească o plată corespunzătoare şi corectă indiferent de stadiul execuţiei lucrărilor, iar diferenţa ce urmează a fi plătită la îndeplinirea unui prag al progresului fizic, să îi asigure Beneficiarului tot confortul ca Supervizorul să îşi ducă la bun sfârşit activităţile contractuale în scopul realizării efective a construcţiei, astfel încât această execuţie să fie corespunzătoare din toate punctele de vedere.

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

De asemenea, prezentul contract este unul administrativ în lumina definiţiei contractului de achiziţie publică şi a Legii contenciosului administrativ nr. 554/2004. Astfel, regimul juridic al contractului în discuţie este unul special, preponderent de drept public. Prerogativele de drept public la îndemâna autorităţii contractante constau în faptul că se încheie contractul pentru realizarea unor sarcini ale interesului public, ceea ce pune autoritatea contractantă într-o poziţie privilegiată, cu posibilitatea de a impune unele clauze în contract şi de a controla modul de executare. În consecinţă, contractul de achiziţie publică presupune anumite rigori pe care trebuie să le accepte cei care doresc să se implice într-o relaţie contractuală cu statul sau entităţile publice ale sale. Legea contenciosului administrativ nr. 554/2004 instituie regula conform căreia principiul libertăţii contractuale este subordonat principiului priorităţii interesului public.

Astfel, autoritatea contractantă se află în imposibilitatea de a plăti Proiectul Tehnic în integralitate, câtă vreme acesta nu este conform, mai ales în situaţia în care Supervizorul avizează Proiectul Tehnic „bun de execuţie". În urma supunerii spre avizare în C.T.E.-C.N.A.I.R., pot exista clarificări la Proiectul Tehnic, precum şi solicitări de modificare/completare a acestuia, Supervizorul având obligaţia de a remedia aceste aspecte.

4. Cu privire la restul criticilor formulate la punctul 2 din contestaţie care nu vizează măsurile de remediere propuse la punctele 1.1, 1.2 şi 1.3, autoritatea contractantă face următoarele menţiuni:

Constestatoarea se află în eroare când afirmă faptul că anumite clauze instituie obligaţii în sarcina Consultantului, fiind stabilite prin contracte în care acesta nu este parte şi al căror conţinut nu îl cunoaşte, întrucât Contractul de Proiectare şi Execuţie aferent obiectivului de investiţii poate fi studiat atât în cadrul procedurii aferente acestuia (CN101 1826/06.06.2019), cât şi în cadrul documentaţiei de atribuire aferentă contractului de supervizare.

În cadrul punctului 2.3 şi următoarele, contestatoarea invocă principiul relativităţii contractelor prevăzute la art. 1280 din Noul Cod Civil, însă acest principiu nu este aplicabil în cazul de faţă, întrucât trimiterile la obligaţiile Supervizorului cuprinse în cadrul contractului de proiectare şi execuţie au rol de eliminare a prevederilor redundante, autoritatea contractantă alegând să facă uz de aceste trimiteri, în loc de a itera în mod inutil aceleaşi prevederi şi în cadrul contractului de supervizare. Aceste obligaţii îi sunt opozabile viitorului Prestator, fiind clar identificate şi fiind totodată accesibile ofertanţilor, contractul de proiectare şi execuţie fiind pus la dispoziţia acestora în cadrul documentaţiei de atribuire.

Astfel, viitorul Prestator a fost avertizat, în mod transparent, ca pe lângă obligaţiile prevăzute în mod expres în cadrul prezentului contract, are o serie de obligaţii, aşa cum acestea au fost prevăzute în cadrul contractului de proiectare şi execuţie, iar izvorul juridic al îndeplinirii acestor obligaţii este chiar contractul de supervizare care conţine şi trimiterea la obligaţiile din cadrul contractului de proiectare şi execuţie.

Astfel, contestatoarea face o confuzie gravă şi voită considerând, în mod neîntemeiat, că obligaţiile la care se face trimitere prin caietul de sarcini şi contractul de supervizare nu i-ar fi opozabile. Doar în condiţiile în care autoritatea contractantă ar fi omis să evidenţieze şi să stipuleze în mod clar faptul că trebuie îndeplinite şi obligaţiile cuprinse în cadrul contractului de proiectare şi execuţie ce incumbă viitorului supervizor, ar fi putut contestatoarea invoca cu succes principiul relativităţii efectelor contractelor, situaţie exclusă în cazul de faţă.

Pentru a elimina orice confuzie, autoritatea contractantă face şi următoarele precizări cu privire la dispoziţiile art. 10.53 din Modelul de Contract, care deşi este enumerat printre articolele ce fac obiectul contestaţiei, nu sunt aduse critici punctuale cu privire la conţinutul acestuia:

În sensul art. 10.53. paragraful *"În situaţia în care Contractul de proiectare şi execuţie este reziliat, Consultantul/Supervizorul are obligaţia realizării tuturor activităţilor stabilite în sarcina sa prin Contractul de proiectare şi execuţie şi prin caietul de sarcini aferent contractului de supervizare, cu excepţia situaţiei în care este informat/ notificat altfel de către Beneficiar. De asemenea, Consultantul/Supervizorul are obligaţia de a emite Certificatul Final de Plată la reziliere în termenul notificat de Beneficiar"*, nu se referă la obligaţia Consultantului/ Inginerului de a desfăşura activităţile Antreprenorului, ci la obligaţiile specifice Consultantului/ Inginerului în situaţia rezilierii contractului de lucrări, respectiv cele prevăzute în cap. 4.2.10 din caietul de sarcini aferent contractului de supervizare - *"Activităţi în cazul suspendării sau rezilierii contractului de proiectare şi execuţie lucrări"*:

"[...] Dacă Beneficiarul consideră oportună menţinerea contractului de servicii, Supervizorul va desfăşura activităţi legale de includerea contractului de execuţie, în conformitate cu Condiţiile Generale şi Speciale de contract.

Activităţile/Responsabilităţile în cazul suspendării contractului de proiectare şi execuţie sunt următoarele, fără a fi limitative: [...]

Activităţile/Responsabilităţile în cazul rezilierii contractului de proiectare şi execuţie, sunt următoarele, fără însă a fi limitative:

1. Supervizorul va dispune Antreprenorului predarea tuturor documentelor şi realizarea testelor necesare realizării Evaluării la data rezilierii;

2. Supervizorul va emite Modul de soluţionare al tuturor revendicărilor în vederea emiterii Evaluării la data rezilierii;

3. Supervizorul va asista Beneficiarul în determinarea prejudiciului produs de rezilierea contractului;

4. Va solicita Antreprenorului şi va preda Beneficiarului toate documentele emise în cadrul Contractului de execuţie, în original, documente care fac parte din Cartea Construcţiei;

5. Va solicita şi se va îngriji ca Antreprenorul să îşi retragă toate utilajele şi echipamentele din şantier,

6. Va solicita şi se va îngriji de predarea şantierului către Beneficiar;

7. Va solicita şi se va îngriji ca Şantierul să fie predat în condiţii de siguranţă şi ca niciun fel de daune nu vor fi suferite de Beneficiar;

8. Va emite Evaluarea la data rezilierii;

9. Va emite Certificatul final şi se va ocupa de includerea administrativă şi financiară a Contractului de execuţie reziliat;

10. Va realiza orice alte sarcini solicitate de Beneficiar pentru finalizarea contractului reziliat şi relicitarea acestuia.

Suplimentar faţă de activităţile menţionare în prezentul caiet de sarcini, Consultantul/ Supervizorul are obligaţia de a îndeplini toate sarcinile şi/ sau activităţile ce îi revin potrivit Condiţiilor Generale de Contract "Proiectare şi Execuţie Autostrada de Centură Bucureşti km 0+000-km 100+900. Sector Centura Nord km 0-000-km 52+ 770, Lot 2: km 20+000-km 39+000" şi Condiţiilor Speciale ale Contractului, Acordului Contractual, Actelor Adiţionale şi ale legislaţiei în vigoare."

Responsabilităţile Inginerului/ Consultantului nu sunt reglementate doar în Contractul de servicii, ci şi în cadrul Contractului de proiectare şi execuţie, sens în care ofertanţii trebuie să studieze cu atenţie Condiţiile Generale, Condiţiile Speciale şi Acordul Contractual aferente Contractului de proiectare şi execuţie, disponibile în SEAP în secţiunile aferente anunţului de participare nr. CN1011826/06.06.2019, dar şi în cadrul documentaţiei de atribuire aferente prezentului contract de achiziţie publică.

Mai mult decât atât, potrivit Contractului de servicii, Consultantul/Inginerul are obligaţia de a respecta şi de a-şi îndeplini atribuţiile stipulate atât în Contractul de servicii de supervizare inclusiv anexele sale (caietul de sarcini, propunerea tehnică, propunerea financiară), cât şi în: - Condiţiile Speciale, Condiţiile Generale şi Acordul Contractul aferent Contractului de Proiectare şi Execuţie.

Prin urmare, activităţile/responsabilităţile Inginerului în cazul rezilierii contractului de proiectare şi execuţie vor fi cele prevăzute în caietul de

sarcini aferent contractului de supervizare, coroborate cu cele prevăzute în Contractul de proiectare şi execuţie.

În concluzie, obligaţiile supervizorului cuprinse în contractul de proiectare şi execuţie sunt opozabile viitorului prestator, întrucât trimiterile regăsite în documentele prezentei proceduri reprezintă în fapt includerea acestor obligaţii în obiectul contractului de supervizare fără a fi iterate în mod redundant.

Din prevederile caietului de sarcini referitoare la activităţile şi sarcinile pe care Consultantul/Supervizorul trebuie să le realizeze, precum şi din obiectul şi scopul Contractului de Servicii, condiţionarea deblocării diferenţei de 50% (rămasă neplătită conform fişelor de pontaj deja aprobate pentru lunile aferente etapei de proiectare) de Stadiul/ Progresul fizic al execuţiei lucrărilor pentru întregul contract nu este abuzivă, ci dimpotrivă este corectă şi aplicată la situaţia reală.

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

De asemenea, Onorariul (lei fără TVA) pe zi/ expert indicat în Anexa I la Formularul nr. 7, compus din Salariu brut/zi (inclusiv cheltuieli angajat şi angajator) + alte cheltuieli/zi, în funcţie de numărul de zile alocat fiecărui expert, este o componentă care conduce la construirea Preţului contractului, neexistând nicio condiţionare, din punct de vedere legislativ, între modalitatea de formare a preţului şi modalitatea de plată a preţului contractului, atâta timp cât în final, în funcţie de prestaţia Inginerului/ Consultantului şi cu respectarea prevederilor contractuale, Beneficiarul plăteşte Prestatorului contravaloarea serviciilor prestate.

Totodată, potrivit cap. 4.2.5.3 *Activităţi de supervizare a lucrărilor - Supervizor/Consultant* din caietul de sarcini, pct. 23. Consultantul/ Supervizorul are obligaţia de a monitoriza ritmul lucrărilor şi să propună măsuri de recuperare a întârzierilor pentru încadrarea Antreprenorului în Programul de Lucru aprobat: *"În eventualitatea în care lucrările nu se desfăşoară conform planificării şi se acumulează întârzieri importante, Consultantul este dator să notifice Antreprenorul şi să informeze Beneficiarul în termen de 3 zile, propunând şi măsuri pentru a corecta ritmul lucrărilor. Consultantul va cere, în timp ce va anunţa Antreprenorul în legătură cu situaţia nesatisfăcătoare, să se ia măsurile necesare pentru a recupera întârzierile şi pentru a se încadra în Programul de Lucrări aprobat".*

De asemenea, Consultantul/Supervizorul are şi obligaţia de a monitoriza permanent îndeplinirea de către Antreprenor a obligaţiilor ce îi revin conform Contractului de lucrări, inclusiv în ceea ce priveşte sistemul de puncte de referinţă stabilit şi luarea măsurilor corective necesare, conform 4.2.5.1 *Administrarea şi Managementul Contractului de Lucrări - pct. 5, din caietul de sarcini: [...] "În situaţia în care: (a) evoluţia lucrărilor este nesatisfăcătoare pentru respectarea Duratei de Execuţie, şi/sau (b) evoluţia lucrărilor nu mai corespunde (sau nu va mai corespunde) programului de execuţie valabil potrivit prevederilor Clauzei 17 [Programul*

de Execuţie] din cauze diferite de cele menţionate în Clauza 35 [Prelungirea Duratei de Execuţie], atunci Consultantul/Supervizorul are obligaţia de a solicita Antreprenorului transmiterea, potrivit prevederilor Clauzei 17 [Programul de Execuţie], a unui program complet şi/sau corectat şi a unui raport justificativ care să descrie metodele revizuite propuse de Antreprenor spre a fi adoptate în vederea stimulării evoluţiei lucrărilor pentru încadrarea în Durata de Execuţie. [...]"

Astfel, un Consultant/Supervizor diligent va monitoriza adecvat ritmul execuţiei lucrărilor, va propune măsurile necesare pentru recuperarea întârzierilor şi încadrarea în Programul de Lucru aprobat şi se va asigura că Antreprenorul implementează astfel încât şi stadiile fizice să fie îndeplinite la termen. Timpul efectiv lucrat conform rapoartelor lunare de progres care conţin fişele de pontaj ale experţilor/persoanelor mobilizati/mobilizate va fi remunerat în proporţie de 50% la Raportul financiar care se emite trimestrial, indiferent de stadiul fizic/ progresul fizic al lucrărilor, însă diferenţa de 50% va fi deblocată doar atunci când vor fi îndeplinite pragurile Stadiului Fizic/Progresului fizic menţionate la pct. B al art. 32.3 din Contractul de servicii, confirmându-se astfel că serviciile de supervizare şi-au atins scopul.

Procentele de 50% au fost stabilite de autoritatea contractantă astfel încât să existe un echilibru între activitatea reală prestată de Consultant/Supervizor şi situaţia reală din Şantier la un anumit moment (raportat la stadiul de realizare propriu-zis al construcţiei drumului expres) având la bază deziderатul că Supervizorul să primească o plată corespunzătoare şi corectă indiferent de stadiul execuţiei lucrărilor, iar diferenţa ce urmează a fi plătită la îndeplinirea unui prag al progresului fizic să îi asigure Beneficiarului tot confortul ca Supervizorul îşi va duce la bun sfârşit activităţile contractuale în scopul realizării efective a construcţiei autostrăzii astfel încât această execuţie să fie corespunzătoare din toate punctele de vedere.

În condiţiile în care nu se leagă plata activităţii de supervizare de progresul fizic al Antreprenorului, atunci va exista situaţia în care autoritatea contractantă să deruleze 2-3 contracte de supervizare consecutive (din cauza scurgerii timpului) pe care să le şi plătească iar contractul de lucrări să ajungă la 10% progres fizic, lucrări care nu s-au realizat din diferite motive, independente sau nu de culpa Antreprenorului, fapt care conduce la alterarea principiului de utilizare eficientă a fondurilor publice, situaţie constatată, de altfel, şi în rapoartele de control ale Corpului de Control al Primului Ministru/ Ministrului Transporturilor/ Curţii de Conturi a României, în ultimii 3 ani.

În condiţiile în care plata activităţii de supervizare nu este legată de progresul fizic al Antreprenorului, va exista situaţia în care se pot plăti mai multe contracte de supervizare, întrucât în cadrul celui iniţial sunt epuizate onorariile din cauza trecerii unor perioade îndelungate de timp, indiferent dacă sunt sau nu prestate serviciile de supervizare a lucrărilor care fac obiectul contractului de execuţie.

Astfel, deşi contractul de lucrări se află la un progres fizic de 10%, lucrările nefiind realizate din diferite motive, independente sau nu de culpa Antreprenorului, depăşirea valorii contractuale a contractului de supervizare iniţial si/sau încheierea unor noi contracte de supervizare conduce la alterarea principiului de utilizare eficientă a fondurilor publice.

Mai mult, modalitatea de plată prin raportare şi la progresul fizic al lucrărilor, oferă autorităţii contractante garanţii suplimentare şi asigură pe de o parte, o bună implementare a Contractului de supervizare şi pe de cealaltă parte, prevenirea aplicării de corecţii financiare, cum a fost cazul altor contracte care prevedeau modalităţi de plată exclusiv pe baza de pontaj şi/sau situaţii de plată lunare.

Restul de 50% va fi plătit la atingerea pragului stadiului fizic/ progresului fizic al lucrării corespunzător din tabelul B al art. 32.3. În concluzie, Beneficiarul nu transferă toate riscurile dependente de alţi teţii Consultantului în mod nejustificat şi inechitabil, însă aşteaptă din partea Consultantului îndeplinirea corespunzătoare a obligaţiilor contractuale şi monitorizarea adecvată a Contractului de lucrări, astfel încât să fie atinse rezultatele aşteptate, dar mai ales obiectivul specific al Contractului de servicii, şi anume prestarea de servicii de supervizare de înaltă calitate, atât în timpul perioadei de proiectare şi execuţie a lucrărilor, cât şi pe parcursul perioadei de garanţie a lucrărilor, în vederea urmăririi corectei utilizări a fondurilor disponibile şi pentru a se asigura că Antreprenorul proiectează şi execută lucrările în conformitate cu obligaţiile contractuale, în special în ceea ce priveşte durata, cantitatea, calitatea şi costul proiectării şi lucrărilor.

Cu privire la paragraful din art. 32.3 din Modelul de Contract de Servicii:

În situaţia în care execuţia lucrărilor nu este finalizată sau stadiul fizic/ progresul fizic al execuţiei lucrărilor nu atinge pragul de 100% în perioada celor 22 de luni, din motive care nu sunt imputabile/din culpa Supervizorului (cu excepţia riscurilor asumate de Consultant/Supervizor în Contract) Beneficiarul va aplica o reducere de 20% a "salariului brut/zi (inclusiv cheltuieli angajat şi angajator)" pentru toţi experţii/ persoanele mobilizaţi/ mobilizate la momentul respectiv sau ce vor fi mobilizate după expirarea celor 22 luni, pentru serviciile ce vor fi prestate în cadrul contractului.

Astfel, începând cu luna 23 a perioadei de execuţie a lucrărilor şi până la finalizarea execuţiei lucrărilor, Beneficiarul va aproba şi va plăti numai 80% din valoarea "salariului brut/zi (inclusiv cheltuieli angajat şi angajator)" aplicabil la momentul finalizării celor 22 de luni. Pentru fiecare expert/persoană mobilizat/mobilizată sau ce va fi mobilizat/mobilizată, în baza senviciilor prestate de aceştia şi afişelor de pontaj.

Diferenţa de 20% se va constitui în economie la contract, aceasta putând fi utilizată, dacă este cazul, în scopul prelungirii perioadei de prestare a serviciilor şi numai cu acceptul Beneficiarului, aceste prevederi nu reprezintă o penalitate.

Având în vedere că diferența de 20% se constituie în economie la contract, aceasta putând fi utilizată, dacă este cazul, în scopul prelungirii perioadei de prestare a serviciilor, cu acceptul Beneficiarului, suma putând fi utilizată ulterior în contract. Prin urmare nu se poate considera că Beneficiarul a urmărit prejudicierea Prestatorului sau îmbogățirea fără justă cauză prin neachitarea unor sume datorate.

Nicio clauză a contractului de servicii nu este abuzivă în ceea ce privește termenele de plată, dobânzile penalizatoare, remunerații etc., din moment ce acestea sunt stabilite în conformitate cu prevederile Legii 72/2013, cu modificările si completările ulterioare, și ale OG nr. 13/2011, cu modificările si completările ulterioare:

„Părțile cunosc și garantează, în virtutea prevederilor Legii nr. 72/2013 privind măsurile pentru combaterea întârzierii în executarea obligațiilor de plată a unor sume de bani rezultând din contracte încheiate între profesioniști și între aceștia și autorități contractante, cu modificări si completări ulterioare, și O.G. nr. 13/2011 privind dobânda legală remuneratorie și penalizatoare pentru obligații băneștiprecum și pentru reglementarea unor măsuri financiar-fiscale în domeniul bancar, cu modificări și completări ulterioare, ca relațiile contractuale dintre părți se desfășoară pe principii de bună credință și cu respectarea acestor dispoziții legale, înțelegând că nicio clauză a contractului nu este abuzivă prin prisma dispozițiilor legale enuntate"

Pe cale de consecință, acest contract este unul administrativ, în care interesul public primează. Astfel, 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 sale publice. Legea contenciosului administrativ nr. 554/2004 instituie regula conform căreia principiul libertății contractuale este subordonat principiului priorității interesului public.

Referitor la corelarea plăților cu progresul fizic, aceasta situație nu înseamnă că Prestatorul nu va mai fi plătit dacă se întârzie atingerea progresului fizic respectiv, ci va fi plătit atunci când va fi atins acel progres fizic. De asemenea, prin această prevedere Beneficiarul a încercat să evite situația în care obiectivul de investiție are un stadiu al lucrărilor, este construit în proporție de 10%-20%, iar valoarea contractului de supervizare a fost epuizată în integralitate. Autoritatea contractantă ajungând într-o situație atipică de a nu mai avea Consultant/Inginer pentru respectivul obiectiv de investiției și să fie nevoită a inița o nouă procedură de achiziție publică atunci când în fapt începe execuția reală a lucrărilor. În acest fel se urmărește descurajarea întârzierilor și totodată, corelarea plății serviciilor cu volumul/cantitatea acestora, aspecte ce țin în mod automat și de volumul de muncă al Antreprenorului.

Având în vedere toate cele de mai sus, autoritatea contractantă se află în imposibilitatea de a da curs solicitării contestatoarei de revizuire radicală a modelului de Contract de servicii.

Contrar susținerilor contestatoarei, de la punctul 2.8 și următoarele, autoritatea contractantă prin corelarea parțială a plăților în cadrul

contractului de supervizare cu progresul fizic al lucrărilor nu instituie o solidaritate pasivă a Antreprenorului şi Consultantului, fiecare dintre aceştia răspunzând pentru obligaţiile prevăzute în seama lor. Acest mecanism contractual al plăţilor reprezentând în fapt garanţia autorităţii contractante pentru îndeplinirea obligaţiilor Consultantului, a cărui activitate are un impact determinant în buna derulare a contractului de proiectare şi execuţie.

Faţă de observaţia contestatoarei prevăzută la punctul 2.9 din contestatie, conform căreia prevederile art. 10.26 din contractul de servicii de supervizare „încalcă prevederile art. 32 din H.G. 300/2006 privind cerinţele minime de securitate şi sănătate pentru şantierele temporare sau mobile", autoritatea contractantă învederează faptul că este o afirmaţie eronată şi tendenţioasă, întrucât prevederile art. 10.26 din contractul de servicii nu încalcă prevederle legale, ci le potenţează. Faptul că autoritatea contractantă a stabilit în sarcina Supervizorului şi obligaţia de a accepta. Planul propriu de sănătate şi securitate în muncă" nu implică faptul că nu se vor respecta prevederile art. 32 din H.G. 300/2006, respectiv nu presupune faptul că acesta nu va fi avizat conform prevederilor acestui articol de lege.

II. Cu privire la punctul 3 din contestatie – Caracterul disproporţionat al întinderii şi al modului de calcul al sumelor stabilite cu titlu de penalităţi, autoritatea contractantă menţionează următoarele:

1. În ceea ce priveşte aplicarea de corecţii ale ratelor experţilor Consultantului în condiţiile în care activitatea acestora în cadrul organizaţiei Supervizorului încetează din cauze ce exced opţiunii Supervizorului, (punctul 3.5 lit. (d) din contestaţie), autoritatea contractantă poate adopta următoarea măsură de remediere:

În cadrul modelului de Contract de servicii, prevederile Art. 20.9 alin. (3) se modifică astfel:

„Situaţia menţionată la Articolul 20.2 lit. e) nu constituie motiv de neaplicare a acestei reduceri de 70%. În situaţiile menţionate la Articolul 20.2. lit. d) şi respectiv lit. f). în condiţiile în care expertul/persoana continuă să îşi desfăşoare activitatea în cadrul prezentului contract în calitatea nominalizată în cadrul ofertei, autoritatea contractanta nu va reduce cu 10% "salariul brut/ zi (inclusiv cheltuieli angajat şi angajator)" ce va fi plătit expertului cheie/non-cheie/alt personal înlocuitor".

Pentru o abordare unitară, în cadrul modelului de Contract de servicii, prevederile Art. 20.2 lit. d) şi lit. f) se modifică astfel:

„d) demisia, cu excepţia situaţiei în care expertul/persoana, deşi a demisionat de la Angajator, continuă să îşi desfăşoare activitatea în cadrul prezentului contract. Prin noţiunea de "demisie" aşa cum este menţionată în prezentul articol se înţelege actul unilateral de voinţă al persoanei prin care încetează Contractul individual de muncă dintre persoana respectivă şi 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 şi completările ulterioare".

„f) desfacerea disciplinară a Contractului individual de muncă, dovedită cu documente justificative, cu excepţia situaţiei în care expertul/persoana continuă să îşi desfăşoare activitatea în cadrul prezentului contract".

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.

2. Cu privire la restul criticilor formulate la punctul 3 din contestaţie care nu vizează măsura de remediere propusă, autoritatea contractantă face următoarele menţiuni:

Contrar susţinerilor contestatoarei, prevederile contractuale referitoare la penalităţi nu sunt stabilite în mod arbitrar, ci reprezintă garanţia autorităţii contractante pentru îndeplinirea corespunzătoare a contractului, reducerea cuantumului conform solicitărilor contestatoarei având efectul de a da un caracter derizoriu prevederilor contractuale care au ca scop asigurarea îndeplinirii corespunzătoare a contractului de către Supervizor.

În ceea ce priveşte criticiile contestatoarei privind încălcarea principiului transparenţei (punctul 3.3 din contestaţie si urmatoarele), autoritatea contractantă menţionează faptul că acest principiu a fost respectat întru-totul de autoritatea contractantă, toate informaţiile relevante, inclusiv cele referitoare la penalităţi fiind făcute publice de la momentul iniţierii procedurii de atribuire şi sunt cuprinse în cadrul documentaţiei de atribuire publicate.

În cadrul punctului 3.4 din contestaţie, contestatoarea susţine că s-ar încălca principiul transparenţei, atât timp cât autoritatea contractantă nu a definit în mod concret toate circumstanţele care vor conduce la obligarea Consultantului la plata de penalităţi, ori un astfel de demers nu poate fi realizat la momentul iniţierii procedurii, enumerarea exhaustivă a tuturor variabilelor care pot determina Prestatorul, să nu îşi îndeplinească sau să îndeplinească necorespunzător obligaţiile, fiind imposibilă.

Cu privire la critica din contestaţie, referitoare la art. 10.60, autoritatea contractantă menţionează făptul că, scopul penalităţilor este acela de a garanta îndeplinirea obligaţiilor Supervizorului şi respectiv, buna implementare a contractului de proiectare şi execuţie lucrări. Ori, în aceste condiţii este neverosimilă ipoteza prezentată de contestatoare cu privire la aplicarea de penalităţi în condiţiile în care progresul fizic al lucrărilor este în avans faţă de graficul de realizare a lucrărilor, iar condiţia ca nemobilizare a utilajelor/personalului Antreprenorului să fi produs o întârziere în execuţie este de la sine înţeleasă.

În ceea ce priveşte termenul în care Supervizorul trebuie să dispună mobilizarea, acesta trebuie să fie stabilit astfel încât să nu se înregistreze întârzieri şi să fie respectat programul de execuţie a lucrărilor, impunerea unui termen fix nefiind posibilă, întrucât acesta trebuie adaptat de la caz la caz în funcţie de progresul lucrărilor.

Faţă de observaţia contestatoarei conform căreia prevederile art. 10.60 din contractul de servicii de supervizare sunt „lipsite de previzibilitate", precum şi în contextul în care în cuprinsul contestaţiei, la punctul 3.5. contestatoarea îşi întemeiază argumentarea pe baza unei false premise *(„altfel ne-am putea afla în situaţia în care [...] "*, rezultând aşadar faptul că nu există o certitudine în rationament), autoritatea contractantă menţionează că Supervizorul are obligaţia de „a dispune Antreprenorului, prin Ordin de Mobilizare, mobilizarea Utilajelor Antreprenorului/Personalului incluse/inclus în Programul de execuţie în conformitate cu prevederile Clauzei 30 "Utilajele Antreprenorului şi transportul Bunurilor", respectiv Clauzei 14 "Personal" din Condiţiile Generale pentru Proiectare şi Execuţie Lucrări, prevăzute în Anexa nr. 2 din H.G. nr. 1/2018" într-un termen care să nu aducă prejudicii autorităţii contractante, respectiv într-un termen care să nu întârzie executarea lucrărilor care fac obiectul contractului de proiectare şi execuţie. Autoritatea contractantă a lăsat la latitudinea Supervizorului gestionarea acestei situaţii. Prin aceste prevederi, scopul autorităţii contractante nu este acela de a penaliza Supervizorul, ci de a fi îndeplinit obiectul contractului atât a celui de servicii, cât şi a celui de proiectare şi execuţie.

De asemenea, cel mai adesea, stadiul fizic/ progresul fizic scăzut al lucrărilor se datorează unei slabe mobilizări a Antreprenorului, sens în care rolul activ al Consultantului/ Inginerului are un impact semnificativ asupra găsirii soluţiilor pentru recuperarea întârzierilor şi finalizării lucrărilor în durata de execuţie preconizată.

Cu privire la punctul 3.5 lit. b) din contestaţie, referitor la art. 11.5. contestatoarea solicită reformularea acestuia prin introducerea obligaţiei în sarcina autorităţii contractante de a face dovada caracterului confidenţial şi a divulgării de către Consultant a unor astfel de informaţii. Ori, caracterul confidenţial îl are orice document creat în cadrul contractului care nu are caracter public, conform prevederilor legale în vigoare, iar divulgarea acestor documente este prezumată în condiţiile publicării de către Prestator şi/sau transmiterii către terţi fără acordul expres al Beneficiarului.

În conformitate cu prevederile an. 11.5 din Contractul de servicii: *"Consultantul/Supervizorul şi personalul său vor respecta secretul profesional, pe perioada de implementare a Contractului de Servicii, inclusiv pe perioada oricărei prelungiri a acesteia, precum şi după încetarea Contractului de Servicii. În acest sens, cu excepţia cazului în care se obţine acordul scris prealabil al Beneficiarului, Consultantul/Supervizorul şi personalul său, salariat ori contractat de acesta, conducerea sa, subordonaţii acestuia şi salariaţii din teritoriu nu vor comunica nici după încetarea contractului oricărei alte persoane sau entităţi, nicio informaţie confidenţială divulgată lor sau despre care au luat cunoştinţă şi nu vor face publică nicio informaţie referitoare la recomandările primite în cursul sau ca rezultat al derulării serviciilor de supervizare. Totodată, Consultantul/ Supervizorul şi personalul său nu vor utiliza în dauna Beneficiarului informaţiile ce le-au fost furnizate sau rezultatul studiilor, testelor, cercetărilor desfăşurate în cursul sau în scopul executării Contractului de*

Servicii, cu consecinţa plăţii despăgubirii menţionate în "Lista de penalităţi" de la Articolul 15 din prezentul contract".

Interdicţia sus enunţată este derivată din chiar obligaţia de a respecta codul de conduită aferent profesiei, precum şi din obligaţia Consultantului/ Inginerului de a acţiona în scopul protejării intereselor Beneficiarului.

Aceasta interdicţie este una uzuală în contractele dintre părţi, sens în care aplicarea unei penalităţi pentru un comportament vătămător al Prestatorului (Consultantul/ Inginerul şi personalul său nu vor utiliza în dauna Beneficiarului) nu poate fi considerată injustă sau nelegală.

Cu privire la punctul 3.5 lit. c) din contestaţie, referitor la art. 15.7, prevederile contractului, inclusiv prevederile articolului în discuţie respectă principiul transparenţei şi sarcinile respective îi sunt opozabile viitorului Prestator, contractul de proiectare şi execuţie la care sunt făcute trimiterile în cadrul contractului de supervizare fiind publicat în prezenta documentaţie de atribuire.

În aceste condiţii, penalitatea se aplică pentru întârzierea în îndeplinirea obligaţiei mai sus menţionate, Beneficiarul fiind îndreptăţit să sancţioneze comportamentul culpabil al Prestatorului care nu respectă termenele contractuale, culpa aparţinându-i în integralitate din moment ce depinde doar de acesta să respecte termenul de aprobare/ respingere a programului de lucru/programul de execuţie transmis de Antreprenor.

Sunt amintite cu privire la acest subiect şi prevederile Sub-clauzei 17.4 din Condiţiile Generale de Contract cuprinse în Anexa nr. 2 la HG nr. 1/2018:

"În termen de 15 zile de la transmiterea sa de către Antreprenor, Supervizorul va analiza Programul de Execuţie şi îl va accepta sau respinge".

Cu privire la art. 12.3, autoritatea contractantă face următoarele precizări:

Având în vedere prevederile Legii nr. 98/2016, precum şi ale OUG nr. 66/2011, Consultantul/ Inginerul are obligaţia de a lua toate măsurile necesare pentru a preveni ori stopa orice situaţie care ar putea compromite executarea obiectivă şi imparţială a Contractului de Servicii, inclusiv în ceea ce priveşte evitarea situaţiilor care ar puiea genera un conflict de interese. Consultantul/Inginerul trebuie să evite orice contact care ar putea să-i compromită independenţa ori pe cea a personalului său, salariat sau contractat, inclusiv conducerea şi salariaţii din teritoriu.

În situaţia în care, ca urmare a parcurgerii procesului prevăzut la art. 12.5 din Contractul de Servicii, se constată că un membru al personalului salariat sau contractat al Prestatorului se află într-o situaţie de conflict de interese, Consultantul/Inginerul va întreprinde imediat demersurile de înlocuire a respectivului membru al personalului, Beneficiarul aplicând totodată şi penalitatea de 5.000 lei pentru fiecare persoană înlocuită aflată în această situaţie. În sensul art. 12 Conflictul de interese din Contractul de Servicii, cu respectarea legislaţiei în materia achiziţiilor publice aplicabilă prezentului contract, completată de reglementările europene în vigoare şi dispoziţiile Autoritatii de Management pentru POIM, răspunderea pentru

evitarea incidenţei situaţiilor de conflict de interese pentru personalul implicat în derularea contractului de servicii nu poate reveni decât Prestatorului. Prin urmare, nu se poate afirma că acesta este un risc alocat în mod inechitabil Prestatorului şi penalizat injust.

Având în vedere că Prestatorul are obligaţia "de a face", penalităţile enumerate în contestaţie sunt aplicate de Beneficiar atunci când Prestatorul "nu face" sau "nu face corespunzător" ceea ce şi-a asumat prin Contractul de Servicii.

Mai mult decât atât, situaţiile pentru care Beneficiarul aplică penalităţile respective nu pot fi considerate ca fiind în afara controlului Prestatorului sau un risc alocat în mod abuziv în sarcina Prestatorului, din moment ce se referă la neîndeplinirea sau îndeplinirea necorespunzătoare a unor activităţi care sunt specifice Inginerului/ Consultantului şi care sunt reglementate inclusiv prin condiţiile Contractului de lucrări supervizat, precum şi la nerespectarea termenelor de elaborare, analiza şi verificarea documentelor, de înaintare a acestora către Beneficiar în termenul contractual, întârzieri care pot avea consecinţe grave sau mai puţin grave asupra îndeplinirii obiectivului de investiţie în termenele contractuale.

Toate aceste penalităţi nu vor fi aplicate decât în condiţiile în care Prestatorul nu îşi îndeplineşte activităţile şi sarcinile, sau le îndeplineşte după expirarea termenelor contractuale. Pe cale de consecinţă, toate aceste penalităţi sunt aferente activităţilor aflate sub controlul Prestatorului, ca de exemplu:

- neconstatarea în timp real a inexistenţei utilajelor/personalului pe Şantier;
- nerespectarea condiţiilor de mobilizare a experţilor proprii etc.
- nerespectarea condiţiilor privind înlocuirea oricărui membru al personalului Consultantului,
- întârzieri în analiza Programului de Execuţie transmis de Antreprenor;
- neredactarea şi/sau netransmiterea în termen a procesului verbal al întâlnirilor din şantier,
- elaborarea eronată a Certificatelor Interimare de Plată,
- nefinalizarea analizei documentelor de proiectare,
- nefinalizarea în termenul contractual a modului de soluţionare a revendicărilor;
- neprezentarea alaturi de Beneficiar în litigiile provenite din documentele elaborate de Consultant;
- nerealizarea obligaţiilor contractuale ca urmare a rezilierii contractului de lucrări.

Beneficiarul nu a transferat niciun risc care depinde de alţi terţi către Consultant, penalităţile fiind aplicate doar pentru neîndeplinirea sau întarzierea în îndeplinirea activităţilor/sarcinilor aflate sub controlul Prestatorului.

III. Cu privire la punctul 4 din contestaţie - Mobilizarea/ demobilizarea personalului Consultantului, care în opinia contestatoarei este discreţionară şi impune penalităţi pentru situaţii ce exced controlului consultantului.

1. In modelul de contract de servicii de supervizare, autoritatea contractantă a prevăzut la art. 19.3. următoarele:

„Oricând pe parcursul derulării contractului de servicii, în funcţie de necesităţile Beneficiarului, şi/sau de necesităţile Consultantului/ Supervizorului, cât şi de situaţia existentă la un moment dat a prezentului Contract de Servicii sau a Contractului "Proiectare şi Execuţie Autostrada de Centură Bucureşti km 0+000-km 100+900, Sector Centura Nord km 0+000-km 52+770, Lot 2: km 20+000-km 39+000", sau în funcţie 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 condiţiile în care personalul Consultantului/Supervizorului a fost deja mobilizat".

Autoritatea contractantă menţionează că prevederile art. 19.3 din Contractul de Servicii, mai sus citate, privind mobilizarea/ demobilizarea experţilor reprezintă un instrument de gestionare a dinamicii personalului în cadrul Contractului de Scrvicii, menit să răspundă nu doar necesităţilor Beneficiarului, ci şi necesităţilor Consultantului/Supervizorului, funcţie şi de o serie de factori, printre care situaţia Contractului de Servicii, situaţia Contractului de Lucrări, progresul fizic/ stadiul fizic al lucrărilor etc. Cel mai adesea, stadiul fizic/ progresul fizic scăzut al lucrărilor nu se datorează unor plăţi întârziate din partea Beneficiarului, ci unei slabe mobilizări a Antreprenorului, sens în care rolul activ al Consultantului/Supervizorului are un impact semnificativ asupra identificării soluţiilor pentru recuperarea Întârzierilor şi finalizării lucrărilor în durata de execuţie preconizată. Astfel, dacă necesitatea nu impune prezenţa 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, menţinerea acelui 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.

Este o obligaţie a oricărui contractant de a asigura personalul necesar desfăşurării activităţilor asumate prin contractul încheiat cu Beneficiarul, rămânând astfel în sarcina Prestatorului responsabilitatea de a gestiona relaţia contractuală cu personalul propus în cadrul contractului.

Întrucat Beneficiarul nu are o relaţie contractuală cu experţii, ci doar cu Prestatorul, nu i se poate imputa Beneficiarului că îngrădeşte dreptul la muncă al experţilor, intrând în riscul normal al oricărui Contractant eventuala decizie a angajaţilor/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 condiţii obiective justificate de necesităţile Contractului de Servicii.

Astfel, având în vedere că pentru prezenta procedură se aplică criteriul de atribuire "ofertei cea mai avantajoasă din punct de vedere tehnico-economic", ofertanţii, când stabilesc preţul ofertei, trebuie să ia în

calcul toate costurile, cheltuielile, pe care le presupune derularea contractului, precum şi toate riscurile, astfel încât să poată răspunde tuturor necesităţilor Beneficiarului şi/sau Consultantului/Supervizorului.

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

Prin urmare, autoritatea contractantă menţine prevederile art. 19.3 şi ale art. 23.4. din Contractul de Servicii, în baza argumentelor mai sus menţionate.

2. Cu privire la punctul 4.1 şi următoarele din contestaţie, autoritatea contractantă menţionează următoarele:

Contestatoarea susţine şi îşi întemeiază argumentaţia pe ideea (eronată) că autoritatea contractantă a solicitat în mod exclusiv nominalizarea unor experţi care nu sunt alocaţi şi nu vor fi alocaţi în cadrul altor contracte.

Declaraţia de disponibilitate (anexa nr. 2 la Formularul nr. 4) este menită să servească verificării capacităţii efective a fiecărui expert propus, care reprezintă şi factori de evaluare, de a fi implicat în noul contract, fără a afecta alte contracte aflate deja în derulare cu autoritatea contractantă.

Autoritatea contractantă a solicitat prezentarea declaraţiilor de disponibilitate în mod justificat, aceasta reprezentând o garanţie menită să asigure implicarea reală a experţilor în cauză nominalizaţi în ofertă, această solicitare nefiind de natură a încălca legislaţia privind achiziţiile publice.

Autoritatea contractantă în niciun moment nu a solicitat ofertanţilor punerea la dispoziţie de documente care să contravină legilor în vigoare şi normelor de aplicare a acestora. În cazul de faţă, Declaraţia de disponibilitate pe care expertul o pune la dispoziţie are rolul de a ajuta atât ofertantul, cât şi autoritatea contractantă în evaluarea gradului de implicare real al fiecărui expert în viitorul contract, întrucât în prezent există o practică, în sensul că imediat după semnarea contractului, contractanţii solicită înlocuirea experţilor nominalizaţi în ofertă, fapt care poate periclita desfăşurarea în condiţii normale ale contractului de servicii.

În cadrul procesului de evaluare a ofertelor depuse, în baza informaţiilor prezentate de experţi, comisia de evaluare, va analiza dacă resursele puse la dispoziţie de către ofertanti, pot conduce şi pot asigura realizarea în condiţiile solicitate a contractului, fără a fi afectat vreun alt contract încheiat cu aceeaşi autoritate contractantă în care expertul mai este angrenat contractual.

Astfel, autoritatea contractantă, în conformitate cu prevederile legale, menţine prevederile documentaţiei de atribuire referitoare la "Declaraţia de disponibilitate" - Anexa nr. 2 la Formularul nr. 4. întrucât prin acest formular, în fapt, experţii îşi vor prezenta situaţia reală a angajamentelor pe care le au la momentul depunerii ofertelor în cadrul altor contracte.

În acest context autoritatea contractantă trebuie să se asigure, pe de o parte, că echipa propusă e capabilă să implementeze contractul, prin

raportare la resursa de timp disponibilă, iar pe de altă parte, că nu sunt afectate alte contracte aflate în derulare.

În continuare, contestatoarea susţine că mecanismele contractuale referitoare la mobilizarea personalului ar fi impovărătoare pentru Prestator, Beneficiarul putând să mobilizeze/demobilizeze personalul când va considera acesta de cuviinţă, autoritatea contractantă precizează că mecanismul contractual a fost conceput pentru a asigura atât buna desfăşurare a contactului de supervizare, cât şi a celui de proiectare şi execuţie. Astfel, scopul acestor clauze este de eficientizare a implementării contractului, iar nu de şicanare a Prestatorului de servicii.

Mecanismul de mobilizare/demobilizare a personalului Supervizorului reprezintă garanţia autorităţii contractante, în cazul în care Prestatorul este de rea-credinţă, caz întâmpinat în derularea mai multor contracte anterioare în cadrul cărora personalul Supervizorului era mobilizat, deşi nu se justifică, raportat la stadiul fizic şi ritmul lucrărilor, că poate interveni, astfel încât să fie respectat principiul cheltuirii eficiente a fondurilor publice şi să prevină depăşirea valorii de contract.

Vasta experienţă de care beneficiază autoritatea contractantă atât în implementarea contractelor principale, cât şi a celor conexe construirii de drumuri a condus la necesitatea creării acestor mecanisme contractuale care să garanteze buna implementare a diverselor obiective de investiţii chiar şi în condiţiile în care nu este respectat principiul bunei-credinţe, alternativa (absenţa acestor mecanisme) având un impact negativ major asupra realizării proiectelor de investiţii de interes naţional şi consecinţe implicit asupra economiei naţionale şi a bugetului de stat.

În continuare, contestatoarea susţine că Supervizorul îşi asumă toate riscurile, fapt neadevarat, riscurile fiind împărţite prin raportare la obligaţiile ce trebuie îndeplinite de către fiecare dintre părţi. Astfel, autoritatea contractantă are, cu precădere, doar obligaţia principală a plăţii serviciilor prestate, iar Prestatorul trebuie să asigure serviciile de supervizare, aşa cum au fost acestea menţionate în cadrul Contractului şi al caietului de sarcini.

În acest context, prerogativele de drept public la îndemâna autorităţii contractante constau în faptul că se încheie contractul pentru realizarea unor sarcini ale interesului public, ceea ce plasează autoritatea contractantă într-o poziţie privilegiată, cu posibilitatea de a impune unele clauze în contract, cu scopul de a controla modul de executare al contractului. În realizarea interesului public, autoritatea contractantă are obligaţia de a asigura respectarea cheltuirii eficiente a fondurilor publice.

Fiind încheiat în vederea realizării unei competenţe a administraţiei publice, contractul de achiziţie publică presupune anumite rigori pe care trebuie să le accepte cei care doresc să se implice într-o relaţie contractuală cu statul sau entităţile publice ale sale. Legea contenciosului administrativ nr. 554/2004 instituie regula conform căreia principiul libertăţii contractuale este subordonat principiului priorităţii interesului public.

Din analiza criticilor aduse acestor prevederi contractuale se desprinde ideea că contestatoarea urmăreşte să câştige mai multe

contracte de achiziţie publică cu aceeaşi echipă de experţi pentru ca ulterior să „jongleze" cu aceştia în cadrul contractelor câştigate, o asemenea abordare fiind de natură să pericliteze buna desfăşurare a contractelor de supervizare şi să crească riscul unei activităţi de supervizare de o calitate scăzută, care conduce implicit şi la întârzieri semnificative în realizarea obiectivelor de investiţii.

Cu privire la susţinerile prezentate de contestatoare la punctul 4.6 din contestatie, autoritatea contractantă susţine că impreviziunea nu este înlăturată de către autoritatea contractantă prin clauzele criticate ci, aceasta face uz de experienţa în implementarea altor contracte de proiectare şi execuţie, reglementând scenariile uzuale, precum şi modul de depăşire a blocajelor cel mai des întâmpinate, cu scopul apărării interesului public de realizare în condiţii optime a obiectivului de investiţii.

IV. Cu privire la critica referitoare la inserarea unor clauze care în opinia contestatoarei permit Beneficiarului sancţionarea Consultantului/ Supervizorului în mod discreţionar şi fără predictibilitate,

1. Cu privire la art. 15.11 din modelul de contract, autoritatea contractantă poate adopta următoarea măsură de remediere:

În cadrul modelului de Contract de servicii, prevederile art. 15.11 se modifică astfel:

„Consultantul/Supervizorul îşi va asuma riscurile stabilite în sarcina acestuia şi menţionate în caietul de sarcini, iar prin semnarea contractului nu va avea nicio pretenţie în cazul apariţiei acestora".

Pentru o abordare unitară, în cadrul modelului de Contract de servicii, prevederile art. 15.13. lit. c) se modifică astfel:

„Riscul întârzierilor în realizarea lucrărilor de execuţie datorate culpei Supervizorului/Consultantului. Atunci când întârzierile în realizarea lucrărilor de execuţie se datorează culpei Antreprenorului Consultantul/Supervizorul va notifica Antreprenorul cu privire la aplicarea de penalităţi".

2. Cu privire la restul criticilor formulate la punctul 5 din contestaţie autoritatea contractantă face următoarele menţiuni:

Autoritatea contractantă nu poate rezilia contractul decât în baza prevederilor contractuale şi a altor dispoziţii legale incidente, enumerarea exhaustivă, aşa cum este solicitată de contestatoare, a tuturor posibilelor scenarii în care devin aplicabile alte motive de reziliere este imposibilă la momentul publicării documentaţiei de atribuire.

Cu privire la nulitatea clauzelor enumerate la punctul 5 din contestaţie, prin raportare la prevederile art. 14 şi 15 din Legea nr. 72/2013, întrucât prin acestea s-ar elimina posibilitatea plăţii de daune-interese suplimentare, autoritatea contractantă menţionează că potrivit doctrinei de specialitate, daunele-interese reprezintă compensări sau despăgubiri băneşti pe care debitorul este obligat prin hotărâre judecătorească să le plătească creditorului prin repararea prejudiciilor, cauzate acestuia prin neexecutarea ori executarea defectuoasă sau cu întârziere a obligaţiilor contractuale. Daunele interese pot fi:

- daune interese compensatorii, care se plătesc pentru neexecutarea parţială sau totală ori executarea necorespunzătoare a obligaţiei contractuale a debitorului, reprezentând echivalentul bănesc al reparării integrale a prejudiciului cauzat debitorului.
- daune interese moratorii, care reprezintă compensarea daunelor ce se acordă pentru simpla întârziere a executării unei obligaţii contractuale.

Conform prevederilor contractului de supervizare, pentru neîndeplinirea obligaţiilor de către autoritatea contractantă sau îndeplinirea cu întârziere, cuantumul daunelor-interese a fost prestabilit sub forma unei clauze penale privind aplicarea de penalităţi, în conformitate cu prevederile art. 1.538 - Clauza penală din Noul Cod Civil:

(1) Clauza penală este aceea prin care părţile stipulează că debitorul se obligă la o anumită prestaţie în cazul neexecutării obligaţiei principale.

Astfel, prin contract sunt stabilite anticipat, cuantumul daunelor-interese ce vor fi datorate de partea în culpă, în cazul neîndeplinirii ori îndeplinirii defectuoase a obligaţiilor asumate. Clauza penală prezintă pentru creditor avantajul că acesta nu mai trebuie să dovedească existenţa şi cuantumul prejudiciului, în cazul în care debitorul nu-şi execută obligaţiile conform prevederilor contractuale.

Având în vedere că întinderea daunelor-interese este stabilită în mod anticipat sub forma de penalităţi, inclusiv pentru neîndeplinirea de către autoritatea contractantă a obligaţiilor ce-i revin conform prevederilor contractuale, nu poate fi vorba despre eliminarea plăţii de daune-interese, cum susţine în mod eronat contestatoarea.

Cu privire la punctul 5.7 şi următoarele din contestaţie, autoritatea contractantă a prevăzut în mod transparent în cadrul documentaţiei riscurile care pot apărea cu ocazia derulării contractului de supervizare, ofertanţii având obligaţia de a cuantifica în cadrul ofertelor lor inclusiv posibilitatea materializării acestor riscuri, şi de a dimensiona în mod corespunzător propunerile financiare astfel încât să poată depăşi oricare dintre blocajele previzibile încă de la momentul elaboraţii ofertelor.

Faţă de afirmaţia contestatoarei conform căreia *"Modalitatea în care clauza contractuală este redactată, respectiv doar de acordare a Beneficiarului a posibilităţii modificării contractului fără a suplimenta preţul, transformă un contract esenţialmente comutativ într-unul aleatoriu"*, autoritatea contractantă în elaborarea prevederilor art. 24 *Modificarea Contractului de Servicii* a ţinut cont de prevederile art. 221 din cadrul Secţiunii 2 - Modificarea contractului de achiziţie publică/acordului-cadru, din cadrul Legii nr. 98/2016 privind achiziţiile publice. Autoritatea contractantă are obligaţia respectării prevederilor art. 221 anterior invocat, care reglementează explicit care sunt cazurile în care contractele de achiziţie publică pot fi modificate, prin suplimentarea preţului contractului. Totodată, autoritatea contractantă învederează faptul că nu orice modificare a contractului de achiziţie publică implică suplimentarea preţului contractului, astfel încât observaţia contestatoarei de la punctul 5.10 este nefundamentată.

Astfel, orice modificare a contractului, inclusiv în ceea ce priveşte preţul, se va realiza în conformitate cu prevederile Legii nr. 98/2016, ale HG nr. 395/2016 şi ale Contractului de servicii, fără a afecta caracterul general al contractului. Limitele şi mecanismele de modificare contractuală sunt explicit menţionate în contractul de servicii, la art. 24 *"Modificarea Contractului de Servicii"*. Atât în situaţiile prevăzute la art. 24.1 (3), cât şi în situaţiie prevăzute la art. 24.1 (4), modificarea Contractului de servicii se realizează fără organizarea unei proceduri de achiziţie publică, dar şi fără suplimentarea preţului contractului şi fără afectarea dreptului Beneficiarului de a aplica penalităţi de întârziere sau de a solicita despăgubiri/daune. Totodată, în cadrul art. 24.3. în contractul de servicii de supervizare, se prevede explicit situaţia în care, în conformitate cu prevederile Legii nr. 98/2016, poate fi suplimentat preţul contractului.

V. Referitor la punctul 6 din contestaţie - Modalităţi de plată

Cu privire la termenul de plată, autoritatea contractantă face precizarea că acest termen de 60 de zile prevăzut în Modelul de Contract a fost stabilit în conformitate cu prevederile art. 7 alin. (1) din Legea nr. 72/2013, justificat de complexitatea situaţiilor de lucrări şi a documentelor de verificat şi aprobat înainte de realizarea plăţilor, precum şi accesul la fondurile necesare efectuării plăţilor, fiind vorba despre un contract aferent unui proiect de infrastructură rutieră de interes major. Acest termen de plată este uzual în toate contractele finanţate din fonduri europene nerambursabile derulate de autoritatea contractantă după intrarea în vigoare a Legii nr. 72/2013.

În conformitate cu Legea nr. 72/2013, pentru prezentul contract de servicii de supervizare, termenul contractual de plată este prevăzut la 60 de zile, având în vedere complexitatea şi volumul mare al documentelor de verificat şi aprobat înainte de realizarea plăţilor, precum şi accesul la fondurile necesare efectuării plăţilor, precum şi de circuitul financiar al fondurilor care implică mai multe instituţii ale statului, fiind vorba despre un proiect de infrastructură rutieră de interes major.

Regimul juridic al contractului în discuţie este unul special, preponderent de drept public. Prerogativele de drept public la îndemana autorităţii contractante constau în faptul că se încheie contractul pentru realizarea unor sarcini ale interesului public, ceea ce pune autoritatea contractantă într-o poziţie privilegiată cu posibilitatea de a impune unele clauze în contract, de a controla modul de executare şi chiar de reziliere a contractului. Fiind încheiat în vederea realizării unei competenţe a administraţiei publice, acest contract are o natură juridică preponderent de adeziune. În consecinţă, contractul de achiziţie publică presupune anumite rigori pe care trebuie să le accepte cei care doresc să se implice într-o relaţie contractuală cu statul sau entităţile publice ale sale. Legea contenciosului administrativ nr. 554/2004 instituie regula conform căreia principiul libertăţii contractuale este subordonat principiului priorităţii interesului public. Mai mult, introducerea în cadrul contractului de servicii a anumitor clauze contractuale este motivată de garanţiile necesare

autorității contractante pentru realizarea cu celeritate a obiectivului de interes național.

Analizând documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarele:

COMPANIA NAȚIONALĂ DE ADMINISTRARE A INFRASTRUCTURII RUTIERE SA, în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura de licitație deschisă online privind atribuirea contractului având ca obiect «Servicii de Supervizare Proiectare şi Execuţie „Autostrada de Centură Bucureşti km 0+000-km 100+900" Sector Centură Nord km 0+000-km 52+770 Lot 2: km 20+000-km 39+000». În acest sens a elaborat documentația de atribuire aferentă şi a publicat în SEAP anunțul de participare nr. CN1029671/31.03.2021, valoarea estimată a procedurii fiind de 26.701.052,41 lei.

Împotriva documentației de atribuire a formulat contestație SC CONSITRANS SRL, solicitând cele menționate în partea introductivă, respectiv obligarea autorității contractante la adoptarea de măsuri de remediere privind conținutul caietului de sarcini și a 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.

După depunerea contestației, contestatoarea a depus dovada constituirii cauțiunii în valoare de 220.000 lei, prin recipisa de consemnare nr. 905/19.04.2021, emisă de DRD, Bussines Center Academiei.

Cauțiunea constituită se va restitui contestatoarei, la cerere, nu mai devreme de 30 de zile de la data rămânerii definitivă a hotărârii, în temeiul art. 61^1 alin. (5), (6) şi (7) din Legea nr. 101/2016, astfel cum a fost modificată și completată.

Consiliul reține că prin adresa nr. 50.303/18.06.2021, înregistrată la CNSC cu nr. 31878/18.06.2021, autoritatea contractantă a transmis punctul său de vedere în care se arată de acord să transmită o serie de măsuri de remediere, pe care, însă, nu le-a publicat în SEAP, procedura fiind suspendată.

Pe fondul contestației, Consiliul va analiza pe rând criticile contestatoarei și apărările autorității contractante, începând cu punctul 2 al contestației.

Consiliul reține că în tabelul prezentat de contestatoare la pct. 2 din contestație, aceasta a inserat două coloane, prima referindu-se la clauzele contractului de supervizare, iar a doua la caietul de sarcini. Din conținutul contestației și în urma analizei comparative nu rezultă, însă, discrepanțe sau inadvertențe între cele două documente, din susținerile contestatorului rezultând că acesta este nemulțumit de prevederile modelului de contract, nefiind formulate critici concrete cu privire la caietul de sarcini.

Prin urmare, analiza Consiliului va urmări criticile referitoare la modelul de contrat. Cu caracter prealabil, Consiliul reține că obiectul contractului vizează «Servicii de Supervizare Proiectare şi Execuţie „Autostrada de Centură Bucureşti km 0+000-km 100+900" Sector Centură

Nord km 0+000-km 52+770 Lot 2: km 20+000-km 39+000», servicii strâns legate și interdependente cu contractul de proiectare și execuție al acestei autostrăzi. În concordanță cu Condițiile generale de contract, aprobate prin HG nr. 1/2018 pentru aprobarea condiţiilor generale şi specifice pentru anumite categorii de contracte de achiziţie aferente obiectivelor de investiţii finanţate din fonduri publice, anexa 2- Condiţiile generale şi specifice şi acordul contractual pentru contractele de proiectare şi execuţie de lucrări din 10.01.2018,

,,ll) Personalul Beneficiarului - Supervizorul, reprezentanţii săi şi tot restul personalului, forţa de muncă şi alţi angajaţi ai Supervizorului sau ai Beneficiarului şi oricare alt personal notificat Antreprenorului, de către Beneficiar sau Supervizor, ca Personal al Beneficiarului;

bbb) Supervizor - operator economic sau echipă din cadrul Beneficiarului, desemnat de către Beneficiar. Supervizorul are atribuţiile tehnice, financiare şi contractuale stabilite în Condiţiile Contractuale. Supervizorul este nominalizat în Acordul Contractual sau notificat Antreprenorului potrivit prevederilor clauzei 5 [Supervizorul şi reprezentantul Supervizorului]. Supervizorul are în echipa sa diriginţi de şantier autorizaţi, potrivit prevederilor Legii, şi orice alte persoane pentru îndeplinirea rolului său;

4.4. Orice comunicare între Antreprenor şi Supervizor va fi transmisă în copie şi Beneficiarului. Orice comunicare între Antreprenor şi Beneficiar va fi transmisă în copie şi Supervizorului.

Clauza 5 Supervizorul şi reprezentantul Supervizorului

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

Cu excepţia cazului în care este prevăzut altfel în Condiţiile Speciale, Supervizorul are următoarele sarcini principale:

(a) emite Ordine Administrative către Antreprenor;

(b) emite Ordinul Administrativ de Începere;

(c) verifică, acceptă sau respinge Programul de Execuţie al Antreprenorului, inclusiv existenţa fizică a resurselor necesare îndeplinirii programului transmis;

(d) aprobă sau respinge motivat documentaţia de proiectare elaborată de către Antreprenor;

(e) verifică ritmul execuţiei Lucrărilor;

(f) verifică respectarea calităţii Echipamentelor şi Materialelor şi metodele de punere în operă a acestora;

(g) respinge Echipamentele, Materialele sau Lucrările care se dovedească nu fi în conformitate cu prevederile Contractului;

(h) participă la efectuarea testelor şi la verificarea lucrărilor ajunse în faze determinante;

(i) măsoară cantităţile de lucrări real executate;

(j) se asigură de corectitudinea datelor şi detaliilor din Jurnalul de Şantier;

(k) emite Modificări în conformitate cu prevederile Contractului;

(l) emite Certificate de Plată în conformitate cu prevederile Contractului;

(m) emite Decizii în conformitate cu prevederile Contractului;

(n) analizează Revendicările Antreprenorului şi ale Beneficiarului;

(o) asistă Beneficiarul în cadrul procedurii de Recepţie la Terminarea Lucrărilor şi de Recepţie Finală;

(p) îndeplineşte celelalte sarcini ale Supervizorului stabilite prin Contract.

5.2. Fără a afecta responsabilitatea Supervizorului pentru îndeplinirea în mod corespunzător a sarcinilor ce-i revin potrivit prevederilor prezentului Contract, Supervizorul, păstrând răspunderea finală, poate nominaliza unul sau mai mulţi reprezentanţi, din cadrul echipei sale, pentru a îndeplini oricare dintre responsabilităţile

şi autoritatea deţinute de Supervizor şi poate revoca în orice moment această nominalizare sau poate înlocui reprezentantul. Orice astfel de nominalizare, revocare sau înlocuire se va face în scris şi nu se va implementa până nu se transmite un exemplar Antreprenorului şi Beneficiarului. Supervizorul va emite către Antreprenor un Ordin Administrativ prin care va stabili responsabilităţile, autoritatea şi identitatea reprezentantului Supervizorului, la Data de Începere şi ulterior, ori de câte ori este necesar. Rolul reprezentantului Supervizorului va fi cel menţionat în nominalizarea transmisă de Supervizor.

5.3. Orice comunicare transmisă de reprezentantul Supervizorului către Antreprenor conform termenilor acestei delegări va avea acelaşi efect ca şi cum ar fi fost transmisă de Supervizor, însă:

(a) lipsa respingerii din partea reprezentantului Supervizorului a unei lucrări, unui Material sau unui Echipament nu va afecta autoritatea Supervizorului de a refuza lucrarea, Materialul sau Echipamentul respectiv şi de a da instrucţiunile necesare pentru rectificarea acestora;

(b) Supervizorul va fi liber să schimbe sau să modifice conţinutul acestei comunicări, într-un termen de 5 zile. O astfel de comunicare nemodificată sau anulată în termen de 5 zile rămâne finală.

5.4. Instrucţiunile şi/sau Ordinele emise în scris de către Supervizor sau reprezentantul acestuia vor fi considerate Ordin Administrativ. Aceste Ordine vor fi datate, numerotate şi notate de Supervizor într-un registru, iar copiile vor fi transmise personal, după caz, Reprezentantului Antreprenorului.

Instrucţiunile şi/sau Ordinele emise verbal vor fi confirmate de Supervizor sau reprezentantul acestuia în 24 de ore. În cazul în care nu sunt confirmate, se consideră anulate şi Antreprenorul nu are nicio obligaţie să le implementeze.

5.5. Supervizorul, inclusiv reprezentantul acestuia, este singurul autorizat să emită Ordine Administrative către Antreprenor, inclusiv cu documente suplimentare şi instrucţiuni necesare pentru proiectarea şi executarea corespunzătoare şi adecvată a Lucrărilor şi remedierea oricăror defecţiuni. Pentru evitarea oricărui dubiu, dispoziţiile de şantier emise de către proiectantul Lucrărilor vor fi implementate de către Antreprenor numai după ce (şi dacă) sunt incluse într-un Ordin Administrativ emis de către Supervizor.

5.6. Dacă identitatea Supervizorului nu este stabilită în Acordul Contractual, Beneficiarul va desemna Supervizorul printr-o notificare adresată Antreprenorului în termen de 10 zile de la semnarea Contractului. În cazul în care Beneficiarul nu transmite o asemenea notificare, rolul Supervizorului va fi îndeplinit de către Beneficiar care va desemna o echipă în acest scop. Beneficiarul are dreptul de a înlocui Supervizorul. Înlocuirea Supervizorului va fi notificată de către Beneficiar în scris în cel mai scurt timp Antreprenorului împreună cu furnizarea detaliilor de identificare ale noului Supervizor. Data la care noul Supervizor preia atribuţiile sale va fi data notificării. etc"

Astfel, rolul supervizorului și atribuțiile acestuia în raport cu autoritatea contractantă (Beneficiarul) și Antreprenorul (ofertantul desemnat câștigător, executantul), sunt stabilite prin acte normative, fiind totodată, publicate în documentația de atribuire aferentă procedurii de față. Prin urmare, a invoca inopozabilitatea condițiilor generale și speciale de contract, în condițiile în care acestea sunt impuse legislativ și cunoscute supervizorului, atribuțiile sale fiind exact acelea de a monitoriza respectivul contract, apare ca fiind inadmisibil, existând o prezumție absolută de cunoaștere a legii. Din moment ce atribuțiile supervizorului referitoare la urmărirea contractului de proiectare și execuție derivă din lege, nu se poate considera că un contract de supervizare este independent de contractul de proiectare și execuție, dimpotrivă, acesta depinde de soarta acestui contract, fiind, în fapt, accesoriu acestuia. Prin urmare, dacă nu există

contract de proiectare și execuție, respectiv dacă acesta nu se va atribui, în mod evident nu va exista nici contract de supervizare, relația dintre acestea fiind una directă.

Verificând informațiile publice aferente procedurii de atribuire anterior menționate, Consiliul constată că documentația de atribuire conține fișierul intitulat „Contract" în cadrul căruia se regăsesc Condițiile generale, Condițiile specifice și Acordul contractual, 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 ceea ce privește serviciile de supervizare a contractelor de proiectare și 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. Consiliul mai reține că o serie de atribuții ale Supervizorului sunt preluate din Anexa 2 la HG nr. 1/2018, altele sunt preluate din Legea nr. 10/1995 privind calitatea în construcții astfel cum a fost modificate, o serie de clauze contractuale fiind rezultatul experienței acumulate de autoritatea contractantă în urma derulării unor contracte de acest tip.

Definiţia contractului de achiziţie publică, stipulată de art. 3 alin. (1) lit. l) din Legea nr. 98/2016, este următoarea: *„contract de achiziţie publică" – „contractul cu titlu oneros,* ***asimilat, potrivit legii, actului administrativ****, încheiat în scris între unul sau mai mulţi operatori economici şi una ori mai multe autorităţi contractante, care are ca obiect execuţia de lucrări, furnizarea de produse sau prestarea de servicii".*

Conform Legii nr. 554/2004 privind contenciosul administrativ, art. 2 alin. (1) lit. c) și c^1), *„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 naştere, modifică sau stinge raporturi juridice",* fiind asimilate actelor administrative, în sensul Legii nr. 554/2004 şi contractele încheiate de autorităţile publice care au ca obiect punerea în valoare a bunurilor proprietate publică, **executarea lucrărilor de interes public**, prestarea serviciilor publice, achiziţiile publice, prin legi speciale putând fi prevăzute şi alte categorii de contracte administrative.

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

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

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

Faţă de prevederile citate, clauzele 10.5, 10.6, 10.24, 10.35, 10.62, 10.65, 15.6, 15.7, 19.20, despre care contestatoarea susţine că ar institui obligaţii în sarcina Consultantului stabilite prin contracte în care acesta nu este parte şi al căror conţinut nu îl cunoaşte, sunt unele ce ţin de esenţa activităţii supervizorului, motivul angajării sale fiind acela de a urmări execuţia contractului în numele beneficiarului, contractul fiindu-i pe deplin opozabil.

Practica a impus de-a lungul timpului modelele de contract FIDIC, în care rolul INGINERULUI, numit SUPERVIZOR potrivit legislaţiei româneşti, este clar stabilit, acesta acţionând în numele beneficiarului, ca un organism de specialitate, ca un mandatar al acesteia, preluând o serie de prerogative ale autorităţii. Astfel, supervizorul are dreptul de a emite hotărâri prin care stabileste costurile cuvenite Antreprenorului în cazul extinderii duratei de execuţie, ca urmare a revendicărilor Antreprenorului, de a emite certificate de plata prin care certifică preţul datorat de către Beneficiar pentru lucrările executate de Antreprenor şi/sau costurile determinate prin hotărârile Inginerului, de a stabili preţuri pentru lucrările din listele de cantităţi; de a emite instrucţiuni privire la executarea lucrării de către Antreprenor etc.

Aşa cum se precizează mai sus, supervizorul/inginerul este desemnat de Beneficiar pentru a acţiona în interesul său, pentru finalizarea în cele mai bune condiţii a Contractului, fiind considerat ca făcând parte din personalul Beneficiarului. De asemenea, Inginerul acţionează în numele Beneficiarului de fiecare dată cand îşi îndeplineşte îndatoririle. Din prevederile contractuale citate rezultă că supervizorul/inginerul este mandatarul beneficiarului, că întregul contract este administrat de către acesta, că trebuie să urmărească şi să certifice progresul lucrărilor şi plăţile, notificându-l pe antreprenor dacă acesta nu respectă ritmul convenit prin contract, calitatea lucrărilor, a materialelor, legislaţia muncii etc.

Prin urmare, proiectantul şi antreprenorul nu sunt terţi faţă de supervizor, şi nici supervizorul nu este terţ faţă de acestia, acesta fiind mandatar al beneficiarului, în baza legii şi a contractului semnat. Deci, supervizorul trebuie să acţioneze cu bună-credinţă, ca un bun administrator, exercitându-şi în timp util atribuţiile, astfel încât lucrarea să fie de calitate şi să fie executată în timp. Astfel, în cazul contractului de spervizare, ca şi în cazul contractului de mandat, suntem în prezenţa unei excepţii de la principiul relativităţii efectelor contractului, raportul

contractual dintre beneficiar și antreprenor, dar și dintre antreprenor și supervizor, fiind opozabil celui de-al treilea.

În ceea ce privește Clauzele 3.4 și 32.2, despre care contestatoarea susține că ar condiționa plățile ce urmează a fi făcute Consultantului pentru serviciile de supervizare pe care le va furniza în baza Contractului de supervizare de îndeplinirea obligațiilor de către Antreprenor, mai exact de stadiul fizic/ progresul fizic al lucrărilor, Consiliul reține că această critică se regăsește în mai multe subpuncte ale contestației, având relevanță și în ceea ce privește solidaritatea pasivă cu proiectantul și executantul.

Din acest motiv, Consiliul va analiza respectiva critică pe parcursul soluționării celorlalte critici din cuprinsul contestației.

În ceea ce privește solidaritatea supervizorului cu executantul și proiectantul, Consiliul reține că aceasta derivă din lege, respectiv art. 6 din Legea nr. 10/1995 privind calitatea în construcții, astfel cum a fost modificată prin Legea nr. 204/2020: ,,(1) **Obligaţiile privind asigurarea cerinţelor fundamentale prevăzute la art. 5, în toate etapele prevăzute la art. 2, revin factorilor implicaţi, potrivit responsabilităţilor fiecăruia stabilite în condiţiile legii.**

(2) În sensul prezentei legi, factorii implicaţi prevăzuţi la alin. (1) sunt: investitorii, proprietarii, administratorii, utilizatorii, executanţii, consultanţii, **supervizorii**, cercetătorii, **proiectanţii, verificatorii de proiecte** atestaţi, experţii tehnici atestaţi, auditorii energetici pentru clădiri **atestaţi, responsabilii tehnici cu execuţia autorizaţi, diriginţii de şantier autorizaţi**, producătorii/fabricanţii de produse pentru construcţii, reprezentanţii legali ai acestora, importatorii, distribuitorii de produse pentru construcţii, organismele de evaluare şi verificare a constanţei performanţei produselor pentru construcţii, organismele de evaluare tehnică europeană în construcţii, organismele elaboratoare de agremente tehnice în construcţii, laboratoarele de analize şi încercări în construcţii, universităţile tehnice şi institutele de cercetare în domeniul construcţiilor şi asociaţiile profesionale de profil.

(3) **În sensul prezentei legi, în cazurile construcţiilor finanţate din fonduri publice, inclusiv al celor finanţate în baza unor acorduri sau împrumuturi externe ori similare în care consultanţa sau asistenţa tehnică este obligatorie în sarcina investitorului ori a beneficiarului, operatorul economic de consultanţă specializat, respectiv consultantul sau supervizorul, devine factor implicat în sensul alin. (1) pentru etapele prevăzute în contractul de consultanţă ori asistenţă tehnică**, iar responsabilităţile aferente etapelor respective îi revin conform legii, **în solidar cu proiectanţii şi executanţii**.

(4) În cazul construcţiilor finanţate din fonduri publice în care investitorul sau beneficiarul încheie contracte de asistenţă tehnică, consultanţă ori supervizare, responsabilitatea asigurării cerinţelor fundamentale pentru toate sau unele dintre etapele prevăzute la art. 2 revine operatorului economic de consultanţă specializat, în condiţiile clauzelor contractuale şi ale prevederilor art. 7 alin. (2)".

Similar, şi art. 22^2 stabileşte solidaritatea supervizorilor cu proiectanţii şi executanţii, ,,Consultanţii sau supervizorii din domeniul construcţiilor răspund de îndeplinirea următoarelor obligaţii principale referitoare la calitatea construcţiilor, obligaţii care se completează cu prevederile generale şi specifice ale contractelor:

a) angajarea de specialişti atestaţi şi/sau autorizaţi în toate domeniile de consultanţă pentru care au încheiate contracte de servicii cu investitorii/beneficiarii;

b) sesizarea investitorului asupra neconformităţilor şi neconcordanţelor constatate în proiecte şi în execuţie;

c) asigurarea nivelului de calitate corespunzător cerinţelor printr-un sistem propriu de calitate, certificat;

d) recepţia proiectelor conform temeiului de proiectare şi a cerinţelor de calitate;

e) participarea prin specialişti atestaţi la fazele principale de execuţie;

f) întocmirea de rapoarte zilnice către investitor în perioada de execuţie;

g) întocmirea de rapoarte trimestriale către investitor în perioada de garanţie;

h) respectarea termenelor contractuale de proiectare şi execuţie în solidar cu proiectanţii şi/sau executanţii".

Astfel, toate persoanele nominalizate de lege răspund în solidar faţă de beneficiar, urmând ca între persoanele responsabile să se stabilească vinovăţia fiecăruia dintre cei menţionaţi de lege, în funcţie de contribuţia fiecăruia şi de atribuţiile specifice. Solidaritatea fiind una legală, nu stă în atribuţiile Consiliului să o pună în discuţie, prevederile criticate fiind în concordanţă cu legea. Astfel, dacă supervizorul şi-a îndeplinit toate obligaţiile în ceea ce priveşte asigurarea ritmului lucrărilor, făcând la timp notificările către antreprenor, aducându-le la cunoştinţa autorităţii contractante, nu există niciun motiv a-l trage la răspundere pe acesta, autoritatea contractantă având la dispoziţie mijloace contractuale de a-l constrânge pe executant, solidaritatea însemnând doar răspunderea faţă de autoritatea contractantă, între debitori fiecare răspunde în limita atribuţiilor specifice şi în limita prejudiciului creat, ca urmare a executării necorespunzătoare sau neexecutării obligaţiilor.

Faptul că autoritatea nu va plăti integral onorariile, ci va amâna parţial plata lor, nu înseamnă că îl va sancţiona pe supervizor, ci doar că neexistând progres al lucrărilor, nici activităţile supervizorului nu au fost executate în totalitate. Consiliul reţine că o astfel de abordare este corectă, contractul de supervizare nefiind unul de tip abonament, ci unul la preţ forferar, consultanţa fiind aferentă unui contract de proiectare şi execuţie în condiţiile FIDIC Cartea galbenă. Prin urmare, atunci când îşi întocmeşte oferta, orice consultant trebuie să ia în calcul şi eventuale rezerve pentru întârzierea proiectării şi a lucrărilor, astfel încât să poată duce la bun sfârşit activitatea de consultanţă, valoarea estimată a procedurii fiind suficientă pentru luarea în considerare a acestor rezerve. Consiliul reţine, astfel, că

cele două clauze criticate, 3.4 și 32.2, 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.

Contrar susținerilor contestatoarei, solidaritatea între debitori nu are în vedere doar similaritatea prestațiilor, astfel cum este reglementată la art. 1443 din Codul civil, solidaritatea fiind reglementată și în alte acte normative și articole ale Legii nr. 10/1995, astfel cum a fost modificată prin Legea nr. 204/2020, citate mai sus, dar și cele ce urmează:

- Art. 24. - Cheltuielile generate de efectuarea unor lucrări suplimentare faţă de documentaţia tehnico-economică aprobată, ca urmare a unor erori de proiectare, sunt suportate de proiectant/proiectantul coordonator de proiect şi proiectanţii pe specialităţi, persoane fizice sau juridice, **în solidar** cu verificatorii proiectului, la sesizarea justificată a investitorului şi/sau a beneficiarului în baza unui raport de expertiză tehnică elaborat de un expert tehnic atestat.

- Art. 26. - (1) Specialiştii verificatori de proiecte atestaţi răspund în **mod solidar** cu proiectantul în ceea ce priveşte asigurarea nivelului de calitate corespunzător cerinţelor proiectului.

(2) Responsabilii tehnici cu execuţia autorizaţi răspund, conform atribuţiilor ce le revin, pentru realizarea nivelului de calitate corespunzător cerinţelor fundamentale la lucrările de construcţii pentru care sunt angajaţi.

(3) Experţii tehnici atestaţi, angajaţi pentru expertizarea unor proiecte, lucrări de construcţii sau construcţii aflate în exploatare, răspund pentru soluţiile date.

(4) Obligaţiile specialiştilor atestaţi se stabilesc prin regulamente de aplicare a legii.

(5) În cazul producerii unor evenimente deosebite din cauza unor factori naturali sau antropici, la solicitarea Inspectoratului de Stat în Construcţii - I.S.C., experţii tehnici atestaţi participă la evaluarea stării tehnice a construcţiilor avariate în vederea stabilirii condiţiilor de utilizare în continuare ori de dezafectare a acestora.

(6) **Consultantul sau supervizorul răspunde solidar cu dirigintele de şantier,** conform atribuţiilor ce le revin acestora, pentru

realizarea nivelului de calitate corespunzător cerinţelor fundamentale la lucrările de construcţii pentru care sunt angajaţi prin contract".

Prin urmare, dispoziţiile legale stabilesc solidaritatea, bineînţeles, între debitori având relevanţă atribuţiile ce le revin şi partea din responsabilităţile lor executată defectuos sau neexecutată.

În acest sens, prezintă relevanţă şi dispoziţiile SECŢIUNII a 8-a Obligaţii şi **răspunderi comune**, art. 30-32 din Legea nr. 10/1995, care stabilesc următoarele:

- Art. 30. - Proiectantul, specialistul verificator de proiecte atestat, fabricanţii şi furnizorii de materiale şi produse pentru construcţii, executantul, responsabilul tehnic cu execuţia autorizat, dirigintele de şantier autorizat, expertul tehnic atestat răspund potrivit obligaţiilor ce le revin pentru viciile ascunse ale construcţiei, ivite într-un interval de 10 ani de la recepţia lucrării, precum şi după împlinirea acestui termen, pe toată durata de existenţă a construcţiei, pentru viciile structurii de rezistenţă rezultate din nerespectarea normelor de proiectare şi de execuţie în vigoare la data realizării ei.

-art. 31.- Proiectanţii, **consultantul sau supervizorul**, în situaţia în care este operator economic, au obligaţia să încheie asigurări de răspundere civilă profesională la societăţi de asigurare autorizate de Autoritatea de Supraveghere Financiară pe durata implementării contractului de consultanţă/supervizare, iar specialiştii atestaţi tehnico-profesional sau autorizaţi, prevăzuţi la art. 6, au obligaţia să încheie asigurări de răspundere civilă profesională, cu valabilitate pe durata exercitării dreptului de practică prin desfăşurarea efectivă a activităţilor specifice pentru care au fost autorizaţi/atestaţi.

-Art. 32. - Proiectanţii, **precum şi specialiştii atestaţi tehnico-profesional sau autorizaţi, prevăzuţi la art. 6**, au obligaţia de a pune la dispoziţia autorităţilor de reglementare şi/sau de control în construcţii, la solicitarea acestora, documentele întocmite în exercitarea obligaţiilor ce le revin.

Prin urmare, legiuitorul a stabilit răspunderi comune, solidarităţi legale, nefiind necesară prestarea aceluiaşi tip de activităţi, în condiţiile codului civil, nefiind incident art. 1443 din Codul civil, ci dispoziţiile specifice din Legea nr. 10/1995, astfel cum a fost modificată şi completată, fiind vorba de o răspundere solidară, şi nu de executarea obligaţiilor în solidar.

Consiliul reţine ca fiind nefondată şi critica contestatoarei referitoare la clauza 10.26 din modelul de contract, referitoare la aprobarea planului propriu de securiate în muncă, această clauză fiind în concordanţă cu clauza 22.6 din Condiţii generale: *«În termen de 30 de zile de la Data de Începere, Antreprenorul va transmite Supervizorului spre acceptare „Planul propriu de sănătate şi securitate în muncă" în conformitate cu Legea. Supervizorul nu va permite execuţia niciunei lucrări pe Şantier înainte ca acest plan să fie acceptat. Acceptarea Planului propriu de sănătate şi securitate în muncă nu îl va exonera pe Antreprenor de niciuna din responsabilităţile sale privind sănătatea şi securitatea muncii pe Şantier».*

Consiliul mai reține că în punctul de vedere prezentat de autoritatea contractantă, aceasta și-a arătat disponibilitatea modificării modelului de Contract de servicii, prevederile clauzei 10.65, după cum urmează:

„Consultantul/Supervizorul are obligaţia respectării prevederilor Art. 5 şi ale Art. 6 alin. (1), (2), (3) şi (4) cu modificările si completările ulterioare, din Legea nr. 10/1995 - Republicare, completată şi modificată prin Legea nr. 204/2020. De asemenea, Consultantul/Supervizorul răspunde de îndeplinirea următoarelor obligaţii referitoare la calitatea în construcţii, obligaţii care le completează pe cele din prezentul contract şi pe cele din contractul de proiectare şi execuţie lucrări:

a) angajarea de specialişti atestaţi şi/sau autorizaţi în toate domeniile de consultanţă pentru care au încheiate contracte de servicii cu investitorii/beneficiarii;

b) sesizarea investitorului asupra neconformilăţilor şi neconcordanţelor constatate în proiecte şi în execuţie;

c) asigurarea nivelului de calitate corespunzător cerinţelor printr-un sistem propriu de calitate, certificat;

d) recepţia proiectelor conform temeiului de proiectare şi a cerinţelor de calitate;

e) participarea prin specialişti atestaţi la fazele principale de execuţie;

f) întocmirea de rapoarte zilnice către investitor în perioada de execuţie;

g) întocmirea de rapoarte trimestriale către investitor în perioada de garanţie;

h) respectarea termenelor contractuale de proiectare şi execuţie în solidar cu proiectanţii şi/sau executanţii".

Consiliul reține că măsura de remediere propusă de autoritatea contractantă este oportună, motiv pentru care este necesară publicarea acesteia în SEAP.

Prin urmare, Consiliul consideră nefondate celelalte critici de la punctul 2 din contestație, cu excepția celei a cărei remediere a fost acceptată de autoritatea contractantă –clauza 10.65, față de care Consiliul a dispus publicarea măsurii în SEAP.

În ceea ce privește punctul 3 din contestație, contestatoarea invocă lipsa proporționalității unor penalități în sarcina supervizorului.

Consiliul reține că stabilirea unor penalități în sarcina prestatorului, este îndeobște acceptată în cadrul tuturor contractelor, contractul de supervizare nefăcând excepție. Exemplele date de contestatoare, respectiv clauzele 10.60, 10.68, 11.5, 12.3, 15.7, 17, 20.9, sunt analizate parțial la acest punct din contestație, contestatoarea invocând lipsa transparenței și proporționalității. Astfel, cele două spețe invocate (C-213/07 și C-157/96 nu își găsesc aplicabilitatea în prezenta cauză, regulile procedurii fiind unele clare, sancțiunile fiind unele rezonabile. Pe de altă parte, ofertanții trebuie să pornească de la premisa că odată declarați câștigători trebuie să își îndeplinească obligațiile cu bună-credință, și nu că nu le vor executa și vor fi obligați la penalizări. Penalizările în sarcina supervizorului au o rațiune clară, aceea că neîndeplinirea atribuțiilor sale poate cauza întârzierea lucrărilor, în condițiile în care foarte multe documente trebuie avizate la

timp de supervizor, neîndeplinirea sarcinilor sale punându-l în dificultate și pe executant. În măsura în care acesta va urmări încadrarea în timp a activităților, nu există nicio rațiune a suporta penalități.

Contestatoarea critică, cu precădere, o serie de clauze, respectiv 10.60, 11.5, 15.7, 20.9.

În ceea ce privește clauza 10.60, aceasta are următorul conținut: *„În condițiile în care 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"*. Contestatoarea consideră că aceasta este lipsită de previzibilitate, aducând atingere principiului proporționalității, cât timp nu se indică care este termenul în care Consultantul ar avea obligația de a dispune mobilizarea utilajelor/ personalului Antreprenorului conform Programului de execuție, că ar putea apărea situația în care lipsa utilajelor/ personalului Antreprenorului a intervenit în decurs de o zi, iar în aceeași zi Beneficiarul constată lipsa acestora, înainte de dispunerea mobilizării utilajelor/ personalului de către Consultant, ceea ce naște în sarcina Consultantului obligația de a plăti penalități, fără a exista culpa acestuia sau dovada producerii vreunui prejudiciu, că Autoritatea contractantă ar trebui să indice expres care este termenul pe care Consultantul îl are la dispoziție pentru a dispune mobilizarea utilajelor/ personalului Antreprenorului și momentul de la care acest termen va curge și că perceperea penalităților de la Consultant se va face cu condiția ca prin nemobilizarea utilajelor/ personalului Antreprenorului să se fi produs o întârziere în execuție. Altfel, ar însemna că, de exemplu, deși stadiul fizic al lucrărilor ar putea fi în avans față de graficul lucrărilor, Consultantul să fie obligat la plata de penalități, fără să existe un prejudiciu produs autorității contractante.

Consiliul reține că nu poate fi vorba de o clauză neclară. În cadrul programului de execuție se prevăd, în genere, toate resursele, inclusiv utilajele și personalul antreprenorului, pentru fiecare etapă de execuție. Astfel, în conținutul clauzei 17.2 pct. (c) din Condiții generale, în cadrul programului de execuție, „Durata activităților va fi exprimată în zile, luând în considerare: 1. cantitatea de lucrare; 2. dimensiunea frontului de lucru;**3. numărul de resurse umane și Utilaje**; 4. productivitatea resurselor". Prin urmare, în fiecare zi, Supervizorul are cunoștință de necesarul de utilaje și de resurse umane contractat. De asemenea, potrivit clauzei 17.3, „Cerințele pentru elaborarea raportului descriptiv sunt următoarele:(a) Antreprenorul va pregăti și transmite Supervizorului un raport descriptiv prin care va detalia și explica planul de lucru stabilit în cadrul Programului de Execuție. (b) Raportul descriptiv va cuprinde: (..) 3. numărul și structura formațiilor de lucru cu care Antreprenorul va realiza activitățile; 4**. prezentarea listei cu resursele umane (numărul și meseriile muncitorilor) distribuite pe luni;5. prezentarea listei de Utilaje (tip, număr, capacitate) pe care Antreprenorul le va avea la**

dispoziție, precum și perioadele de timp în care vor fi folosite;6. Subcontractanții implicați, precum și resursele umane și Utilajele aferente''. Prin urmare, supervizorul trebuie să aibă evidența utilajelor și a resurselor umane, deci susținerea sa conform căreia clauza 10.60 ar fi lipsită de previzibilitate este nefondată, din moment ce chiar el trebuie să furnizeze beneficiarului respectivele informații, în baza obligațiilor sale contractuale.

Astfel, Consiliul reține că Supervizorul are obligaţia de „a dispune Antreprenorului, prin Ordin de Mobilizare, mobilizarea Utilajelor Antreprenorului/Personalului incluse/inclus în Programul de execuţie în conformitate cu prevederile Clauzei 30 "Utilajele Antreprenorului şi transportul Bunurilor", respectiv Clauzei 14 "Personal" din Condiţiile Generale pentru Proiectare şi Execuţie Lucrări, prevăzute în Anexa nr. 2 din H.G. nr. 1/2018, într-un termen care să nu aducă prejudicii autorităţii contractante, respectiv într-un termen care să nu întârzie executarea lucrărilor care fac obiectul contractului de proiectare şi execuţie. Faptul că există avans al lucrărilor, nu poate conduce la penalizarea supervizorului, așa cum pretinde contestatoarea.

Rațiunea contractului este clară, fiind în sensul stimulării supervizorului de a supraveghea eficient lucrările, astfel încât contractul să fie îndeplinit la timp și de calitate.

În ceea ce privește clauza 11.5, ,,Consultantul/ Supervizorul și personalul său vor respecta secretul profesional, pe perioada de implementare a Contractului de Servicii, inclusiv pe perioada oricărei prelungiri a acesteia, precum și după încetarea Contractului de Servicii. În acest sens, cu excepția cazului în care se obține acordul scris prealabil al Beneficiarului, Consultantul/Supervizorul și personalul său, salariat ori contractat de acesta, conducerea sa, subordonații acestuia și salariații din teritoriu nu vor comunica nici după încetarea contractului oricărei alte persoane sau entități, nicio informație confidențială divulgată lor sau despre care au luat cunoștință și nu vor face publică nicio informație referitoare la recomandările primite în cursul său ca rezultat al derulării serviciilor de supervizare. Totodată, Consultantul/Supervizorul și personalul său nu vor utiliza în dauna Beneficiarului informațiile ce le-au fost furnizate sau rezultatul studiilor, testelor, cercetărilor desfășurate în cursul sau în scopul executării Contractului de Servicii, cu consecinţa plăţii despăgubirii menţionate în "Lista de penalităţi" de la Articolul 15 din prezentul contract'', contestatoarea consideră că fiind un contrat de achiziții publice, documentele sunt publice, inclusiv conținutul contractului va fi cunoscut de toate părțile implicate în procesul execuție, supervizare etc., se impune ca autoritatea contractantă să indice în mod expres care vor fi acele informații confidențiale a căror divulgare va conduce la încălcarea obligației de păstrare a secretului profesional. Consiliul reține că această clauză este una uzuală în contractele de acest gen, că ea nu poate fi interpretată în mod absurd, ci în sensul în care produce efecte. Astfel, informațile publice în baza legii nu pot fi considerate clasificate, articolul referindu-se doar la informațiile pentru care nu este obligatorie publicarea, care sunt protejate

de un drept de proprietate intelectuală, date cu caracter personal alte asemenea.

Consiliul are în vedere și dispozițiile art. 1^1 lit. d) din Legea nr. 11/1991 – *„secret comercial" – „informațiile care îndeplinesc cumulativ următoarele cerințe:*

1. sunt secrete în sensul că nu sunt, ca întreg sau astfel cum se prezintă sau se articulează elementele acestora, cunoscute la nivel general sau ușor accesibile persoanelor din cercurile care se ocupă, în mod normal, de tipul de informații în cauză;

2. au valoare comercială prin faptul că sunt secrete;

3. au făcut obiectul unor măsuri rezonabile, în circumstanțele date, luate de către persoana care deține în mod legal controlul asupra informațiilor respective, pentru a fi păstrate secrete";

- Ordonanța de urgență nr. 25/2019 privind protecția know-how-ului și a informațiilor de afaceri nedivulgate care constituie secrete comerciale împotriva dobândirii, utilizării și divulgării ilegale, precum și pentru modificarea și completarea unor acte normative (art. 3):

„(1) Dobândirea unui secret comercial este considerată legală în cazul în care secretul comercial este obținut prin oricare dintre următoarele mijloace:

a) descoperirea sau crearea independentă;

b) analiza, studierea, dezasamblarea sau testarea unui produs sau a unui obiect care a fost făcut public sau care se află în mod legal în posesia celui care a dobândit informațiile și căruia nu i se aplică nicio obligație valabilă din punct de vedere legal de a limita dobândirea secretului comercial;

c) exercitarea dreptului angajaților și al lucrătorilor sau al reprezentanților angajaților sau al lucrătorilor la informare și la consultare în conformitate cu dreptul Uniunii Europene, cu dreptul intern și practica națională;

d) orice altă practică care, în condițiile date, este conformă cu practicile comerciale loiale, care nu contravine uzanțelor cinstite sau principiului general al bunei-credințe și care nu produce sau nu este susceptibilă să producă pagube participanților la piață.

(2) Dobândirea, utilizarea sau divulgarea unui secret comercial este considerată legală în măsura în care o astfel de dobândire, utilizare sau divulgare este impusă sau permisă în temeiul dreptului Uniunii Europene sau al dreptului național";

- Ordinului nr. 438/2016 al Consiliu Concurenței, care prevede faptul că: *„Dacă dezvăluirea unor informații despre activitatea economică a unei întreprinderi poate dăuna grav intereselor acelei întreprinderi, aceste informații constituie secrete de afaceri. Informațiile ce ar putea fi calificate drept secrete de afaceri sunt, cu titlu de exemplu: informații tehnice și/sau financiare legate de know-how-ul unei întreprinderi, metode de evaluare a costurilor, procese și secrete de producție, surse de aprovizionare, cantități produse și vândute, cote de piață, liste de clienți și distribuitori, planuri de marketing, structura costurilor și a prețurilor, strategia de vânzări"* (Decizia

din 18 septembrie 1996 în Cazul T-353/94 Postbank NV împotriva Comisiei (1996) ECR II-921, paragraful 87)", orice alte situații care se pot ivi și care dau acces supervizorului la documente confidențiale.

Deci, clauza respectivă se interpretează cu bună-credință, nefiind necesară modificarea sa, nefiind rolul consultantului acela de a face publice anumite documente la care are acces pe perioada derulării contractului.

În ceea ce privește clauza 15.7, criticată, de asemenea, de contestatoare, aceasta are următorul conținut: ,,Totodată, Beneficiarul are dreptul de a percepe şi următoarele penalităţi aplicabile Consultantului/ Supervizorului pe parcursul derulării contractului de servicii, respectiv:[...]

Clauza 17 Programul de Execuţie

Consultantul/ Supervizorul are obligaţia de a analiza şi confirma/ respinge programul de execuţie de bază şi cel revizuit cât şi actualizările săptămânele emise de către Antreprenor în baza sub-clauzei 17 din cadrul Contractului de Lucrări, într-un termen cât mai scurt, dar fără a depăşi perioada de timp menţionată în contractul de lucrări. -2000 lei/zi întârziere".

Contestatoarea critică respectiva clauză arătând că prin intermediul său se instituie în sarcina Consultantului obligația de a analiza și confirma/ respinge programul de execuție emis de Antreprenor, într-un termen cât mai scurt, fără a se depăși perioada de timp menționată în contractul de lucrări, clauza fiind lipsită de previzibilitate, cât timp Consultantul nu are cunoștință despre termenul pe care este ținut a-l respecta și care, în caz de nerespectare, va conduce la aplicarea de penalități în sarcina sa, aducând atingere și principiului relativității efectelor contractelor față de terți.

În ceea ce privește relativitatea efectelor contractului, aceasta a fost analizată, critica fiind considerată nefondată.

În ceea ce privește neclaritatea termenului, Consiliul reține prevederile sub-clauzei 17.4 din Condiţiile Generale de Contract cuprinse în Anexa nr. 2 la HG nr. 1/2018, ***"în termen de 15 zile de la transmiterea sa de către Antreprenor, Supervizorul va analiza Programul de Execuţie şi îl va accepta sau respinge"***. Prin urmare, acest termen este stabilit legal, contestatoarea neputând invoca necunoașterea sa.

În ceea ce privește clauza 20.9, în partea criticată de contestatoare, aceasta are următorul conținut:

,,Art. 20.9

(1) În situaţia prevăzută la Articolul 20.2 şi la Articolul 20.8, "salariul brut/ zi (inclusiv cheltuieli angajat si angajator)" ce va fi plătit expertului cheie/non-cheie/alt personal înlocuitor va fi redus cu 10% de fiecare dată când survine înlocuirea, cu excepţia cazului în care înlocuirea este rezultat al situaţiilor excepţionale indicate la Articolul 20.2 lit.a), lit.b), lit.c) şi lit. g), cât şi cu excepţia cazurilor în care este necesară înlocuirea experţilor/persoanelor în etapa de supervizare a garanţiei lucrărilor.

[...]

(3) Situațiile menționate la Articolul 20.2 lit.d), lit.e) și lit.f) nu constituie motiv de neaplicare a acestei reduceri de 10%.

[...]

(5) Valoarea rezultată din reducerea "Salariul brut/zi (inclusiv cheltuieli angajat şi angajator)" al experţilor/persoanelor înlocuite se vor constitui în economii la Contract, economii ce pot fi utilizate ulterior în conformitate cu prevederile Articolul 24 din prezentul Contract de servicii.

(6) Valoarea rezultată din neconsumarea zilelor lucrătoare a experţilor/personalului, aşa cum sunt menţionate la Articolul 24 din prezentul contract se vor constitui în resurse neconsumate la Contract, resurse care pot fi utilizate ulterior în conformitate cu prevederile Articolul 24 din prezentul Contract de servicii.

În legătură cu această clauză, contestatoarea arată că reducerea salariului personalului Consultantului de către autoritatea contractantă presupune interferarea unui terţ în contractul individual de muncă încheiat între Consultant şi salariat, prin modificarea în mod unilateral a unuia dintre elementele esenţiale ale acestuia, modificări care, potrivit dispoziţiilor Codului muncii, nu pot fi făcute decât prin încheierea unui act adiţional. De asemenea, autoritatea contractantă prevede penalităţi în sarcina Consultantului şi în situaţia în care unul dintre salariaţi săi îşi dă demisia (cu toate că demisia reprezintă actul unilateral de voinţă a salariatului, angajatorul neputând refuza înregistrarea acesteia), ori atunci când Consultantul este obligat de dispoziţiile Codului muncii să desfacă disciplinar contractul individual de muncă. Prin urmare, reiese că autoritatea contractantă penalizează în mod discreţionar Consultantul pentru conduite pe care acesta este obligat să le adopte de dispoziţiile legale în vigoare.

Consiliul reţine că penalitatea respectivă nu are nicio legătură cu raportul individual de muncă, onorariul cuvenit experţilor, parte din oferta financiară, încasat de supervizor, nefiind obligatoriu acelaşi cu salariul de încadrare al expertului respectiv. Motivul pentru care autoritatea a înţeles să introducă această clauză este unul de ordin practic, în experienţa sa constatând că supervizorii numesc în ofertă o serie de experţi cu experienţă maximă pentru a câştiga punctaj maxim, pentru ca ulterior, să îi înlocuiască cu alte persoane lipsite de experienţă sau cu experienţă mai puţin relevantă, aspect care are efecte asupra succesului contractului. Prin urmare, ofertanţii trebuie să cunoască de la început că schimbarea expertului cuprins în ofertă, cu excepţia motivelor expres prevăzute în contact, atrage respectiva sancţiune şi să o ia în calcul la întocmirea ofertei.

Astfel, autoritatea a justificat pertinent necesitatea acestei clauze, neputându-se reţine existenţa vreunui dezechilibru contractual.

Consiliul mai reţine că acest contract de supervizare, ca şi cel de mandat, este un contrat *intuituu personae,* astfel încât calitatea personalului prezentat în ofertă este determinantă, ponderea sa în cadrul criteriului de atribuire fiind de 70%. Prin urmare, este răspunderea operatorului economic participant a-şi nominaliza persoane care pot aduce la îndeplinire obligaţiile, sancţiunea fiind proporţională.

Consiliul mai reţine că în punctul de vedere transmis cu adresa nr. 50303/18.06.2021, înregistrată la Consiliu cu nr. 31878/18.06.2021,

autoritatea și-a arătat disponibilitatea de a completa modelul de Contract de servicii, respectiv prevederile Art. 20.9 alin. (3) se modifică astfel:

„Situaţia menţionată la Articolul 20.2 lit. e) nu constituie motiv de neaplicare a acestei reduceri de 70%. În situaţiile menţionate la Articolul 20.2. lit. d) şi respectiv lit. f). în condiţiile în care expertul/persoana continuă să îşi desfăşoare activitatea în cadrul prezentului contract în calitatea nominalizată în cadrul ofertei, autoritatea contractanta nu va reduce cu 10% "salariul brut/ zi (inclusiv cheltuieli angajat şi angajator)" ce va fi plătit expertului cheie/non-cheie/alt personal înlocuitor".

Pentru o abordare unitară, în cadrul modelului de Contract de servicii, prevederile Art. 20.2 lit. d) şi lit. f) se modifică astfel:

„d) demisia, cu excepţia situaţiei în care expertul/persoana, deşi a demisionat de la Angajator, continuă să îşi desfăşoare activitatea în cadrul prezentului contract. Prin noţiunea de "demisie" aşa cum este menţionată în prezentul articol se înţelege actul unilateral de voinţă al persoanei prin care încetează Contractul individual de muncă dintre persoana respectivă şi 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 şi completările ulterioare".

„f) desfacerea disciplinară a Contractului individual de muncă, dovedită cu documente justificative, cu excepţia situaţiei în care expertul/persoana continuă să îşi desfăşoare activitatea în cadrul prezentului contract".

De asemenea, autoritatea 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.

Consiliul reține că modificarea nu intervine substanțial în clauza inițială, rațiunea textului rămânând aceeași. Astfel, prin prevederile respective, autoritatea se asigură că operatorul nu va folosi o serie de subterfugii pentru a înlocui expertul, simulând o serie de acte, respectiv o demisie formală sau o desfacere de contract de muncă. Consiliul reține că experiențele anterioare ale autorității contractante în materia infrastructurii mari o îndreptățesc pe aceasta la adoptarea unei conduite preventive, stabilitatea personalului supervizorului fiind o garanție a succesului contractului.

Prin urmare, Consiliul reține că nu există niciun motiv a invalida clauzele atacate, contestatoarea nefăcând dovada dezechilibrului contraprestațiilor, mai cu seamă că în baza experienței experților prezentați în ofertă, se obține un punctaj de 70%.

Astfel, Consiliul reține necesitatea admiterii în parte a criticior de la punctul 3 din contestație, în limita modificărilor acceptate de autoritatea contractantă cu privire la clauza 20.9 alin. (3), acestea urmând a fi publicate în SEAP, pentru a fi cunoscute de toți operatorii economici interesați, restul criticilor fiind respinse ca nefondate.

În ceea ce privește punctul 4 din contestație referitor la mobilizarea/demobilizarea personalului consultantului, Consiliul reține că sunt citate de contestatoare prevederile contratului de supervizare, respectiv clauzele 10.54, 12.3, 19.3, 19.4, 19.6, 19.7, 19.11, 19.12, 19.16, 19.18, 23.4, 25.1, 20.2, 20.5, 20.9 și prevederea art. 7.2 din caietul de sarcini.

În motivarea criticilor, contestatoarea subliniază încă odată necunoașterea și inopozabilitatea contractului de proiectare și execuție, aspect care a fost analizat de Consiliu și considerat nefondat. Contestatoarea consideră clauzele respective deosebit de împovărătoare, imprevizibile și discreționare. Consiliul reține că în calitatea sa, supervizorul cunoaște cel mai bine necesarul de resurse și momentul intervenției acestui personal.

Consiliul reține că nici măcar situația expusă de contestatoare referitoare la ordinul de remobilizare și obligația operatorului economic să suporte și o penalitate în situația în care personalul demobilizat anterior nu se află la dispoziția exclusivă a Beneficiarului, atunci când acesta emite un eventual nou ordin, nu poate fi considerată excesivă, în condițiile în care acest ordin de remobilizare emis de beneficiar apare doar în situația în care resursele alocate de supervizor nu sunt suficiente. În situația în care activitățile se desfășoară conform programării, nu există motive de remobilizare.

De asemenea, prin prevederile clauzei 23.4 din Contractul de servicii de supervizare, în perioada în care antreprenorul înregistrează întârzieri în programul de execuție, consultantul are obligația de a-și adapta programul de mobilizare a personalului în funcție de serviciile efectiv prestate, fără a solicita costuri suplimentare beneficiarului.

Autoritatea contractantă a creat un mecanism contractual, respectiv un instrument de gestionare a dinamicii personalului în cadrul contractului de servicii, 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 alte ipoteze care se regăsesc în contract.

Sub acest aspect, Consiliul reține ca relevante susținerile autorității contractante referitoare la faptul că cel mai adesea, stadiul fizic/progresul fizic scăzut al lucrărilor se datorează unei slabe mobilizări a antreprenorului, 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.

Pe de altă parte, 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 acelui expert/acelei persoane mobilizat/ă în cadrul contractului de servicii

ar conduce la remunerarea nejustificată a acestuia/acesteia din moment ce nu ar reprezenta contravaloarea unei munci prestate.

Față de cele mai sus menționate, Consiliul apreciază ca este dreptul autorității contractante de a nu prelua în totalitate costurile și riscul unei mobilizări defectuoase a Antreprenorului, cu atât mai mult cu cât Ordinul de demobilizare/mobilizare a personalului poate interveni doar în condiții obiective, justificate de necesitățile Contractului de servicii de supervizare.

Consiliul nu poate lua în considerare nici susținerile contestatoarei referitoare la interpretarea contractului, respectiv că din clauzele Contractului de supervizare şi din anexele la acesta, nu rezultă că obiectul obligaţiei de rezultat asumat de Prestator ar fi fost acela de a asigura participarea unui număr minim de experţi şi a unui număr minim de zile de activitate pe fiecare categorie de experţi, ci acela de a asigura supervizarea lucrărilor de proiectare, de construcţie pe perioada de execuţie şi pe perioada garanţiei lucrărilor, obiectul obligaţiei asumate de prestator prin Contractul de servicii este acela de a presta servicii de supervizare a proiectării şi execuţiei lucrărilor, activităţile de supervizare fiind aferente perioadei de proiectare, execuţie, de garanţie a lucrărilor, inclusiv a perioadei de emitere a Certificatului de recepţie finală privind lucrările de construcţie.

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.

De altfel, chiar contestatoarea susține că în vederea îndeplinirii obligaţiilor contractuale, în acord cu obiectul Contractului de proiectare și execuție, Consultantul are obligaţia să-şi adapteze programul de lucru prevăzut în graficul de lucrări în concordanţă cu programul de lucru al antreprenorului, în funcţie de stadiul lucrărilor, că modalitatea în care prestatorul îndeplineşte obiectul contractului, prin alocarea personalului aferent prestării serviciilor la care s-a obligat şi a numărului de ore pe care aceştia 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 depăşi termenele contractuale menţionate în graficul de timp al Inginerului. Așa cum susține chiar contestatoarea, de nicăieri din conținutul clauzelor citate nu rezultă că prestatorul și-ar asuma obligaţia de a aloca un număr de personal angajat pe o anumită perioadă de timp

independent de stadiul lucrărilor de construcţie, ci dimpotrivă, că acesta îşi asumă obligaţia de a presta serviciile cu personalul necesar stadiului lucrărilor, susţinerile sale din contestaţie dovedind înţelegerea exactă a clauzelor contractuale, acesta fiind sensul prevederilor respective. De altfel, ofertanţii îşi dimensionează oferta pentru îndeplinirea obiectului contractului. Apare, astfel, ca evidentă obligaţia lor de a-şi suplimenta resursele în situaţia în care ceea ce a ofertat nu asigură necesarul de resurse. Prin urmare, dacă operatorul s-a angajat la prestarea unui serviciu la un preţ, nu există niciun motiv a solicita renegocierea preţului, în afara celor stabilite în contract.

Consiliul mai reţine că nu se poate pune în discuţie impreviziunea în acest contract, în ceea ce priveşte durata realizării lui, în realitate, fiind vorba de legătura sa indivizibilă cu contractul de proiectare şi execuţie, fiind clar că în situaţia în care acesta din urmă se prelungeşte, şi contractul de supervizare va avea aceeaşi soartă. Aşa cum s-a arătat mai sus, cotractul de supervizare nu este unul de tip abonament, consultantul fiind angajat pentru supervizarea unei lucrări, pe tot parcursul său, până la recepţia finală. Drept urmare, că lucrarea este sau nu este finalizată în timp, este un risc pe care supervizorul şi-l asumă, acesta având pârghii legale de a interveni în contractul de execuţie pentru accelerarea ritmului lucrărilor.

Prin urmare, Consiliul reţine că nu există motive a invalida clauzele menţionate de contestatoare, fiind nefondate criticile de la punctul 4 din contestaţie.

În ceea ce priveşte punctul 5 din contestaţie, contestatoarea invocă lipsa de claritate a unor clauze, menţionând clauzele din modelul de contract 15.11, 15.12, 24.1, 37.3, 37.5, 37.6, 37.7, 37.8, 38.4(1), 38.8, 38.10, 38.12, 38.14, 38.15, 38.18, 40.1, pecum şi o serie de prevederi din caietul de sarcini, respectiv pct. 3, 5.3.4, 7.1.1. Contestatoarea nu aduce, însă, critici concrete fiecărui text menţionat, ci formulează o serie de consideraţii generale, neexistând, astfel, o motivare în fapt şi în drept faţă de toate aceste prevederi considerate neclare.

În susţinerea criticilor, contestatoarea motivează, în principal, lipsa de claritate a clauzelor respective, arătând că o parte din riscuri sunt prevăzute în documentaţie, iar altele nu sunt prevăzute, fiind în sarcina sa, fără a avea dreptul la compensaţii.

Consiliul reţine ca relevantă definiţia dată la art. 1851 cod civil contractului de antrepriză, acesta fiind definit după cum urmează: prin contractul de antrepriză una din părţi, antreprenorul, se obligă ca, pe riscul său, să execute o anumită lucrare, materială ori intelectuală, sau să presteze un anumit serviciu pentru cealaltă parte, beneficiarul, în schimbul unui preţ. Prin urmare, prin lege, riscul aparţine prestatorului, acesta având obligaţia de a se asigura pentru aceste riscuri, în orice prestare de servicii, riscul contractului este suportat de prestator.

Consiliul reţine a fi nefondată şi critica contestatoarei referitoare la ,,abuzul de putere discreţionară" din clauzele potrivit cărora autoritatea contractantă are dreptul de a denunţa unilateral Contractul de Supervizare în situaţia în care alocarea resurselor financiare a fost sistată/modificată, în

condițiile în care Consultantul/ Supervizorul nu are dreptul de a solicita costuri suplimentare daune beneficiarului, acesta putând pretinde numai plata corespunzătoare pentru partea din contract îndeplinită până la data denunțării unilaterale. Astfel, perderea finanțării dintr-un motiv neimputabil autorității contractante, poate fi o situație de încetare a contractului. Este imposibil de imaginat că autoritatea contractantă ar căuta pretexte, prin abuz, pentru a denunța unilateral contractul. În același timp, prevederea criticată prevede dreptul operatorului la încasarea sumelor pentru partea executată de contract. Contractul a cărui atribuire se urmărește este unul de drept administrativ, deci autoritatea contractantă are dreptul să îl rezilieze în situația în care nu mai dispune de finanțare, legislația specifică a finanțelor publice permițând doar cheltuieli cu surse de finanțare stabilite. Prin urmare, orice operator economic trebuie să își evalueze riscurile în momentul în care se angajează într-un astfel de contract, bugetul public nefiind o sursă care să acopere daune în astfel de situații.

În ceea ce privește susținerea contestatoarei referitoare la nulitatea clauzelor 37.8 întrucât ar fi abuzivă, în temeiul art. 14 și 15 din Legea nr. 72/2016, „Sunt calificate ca abuzive, nefiind necesară verificarea existenței circumstanțelor prevăzute la art. 13 sau a altor circumstanțe specifice cauzei, clauzele contractuale care: e) elimină posibilitatea plății de daune interese suplimentare; Clauzele abuzive sunt lovite de nulitate absolută", Consiliul reține că prevederile respective nu vizează situația de fapt din prezenta cauză, respectiv denunțarea unilaterală pentru lipsa existenței alocării financiare, LEGEA nr. 72 din 28 martie 2013 privind măsurile pentru combaterea întârzierii în executarea obligațiilor de plată a unor sume de bani rezultând din contracte încheiate între profesioniști și între aceștia și autorități contractante având un alt obiect. Astfel, nicio dispoziție contractuală nu se opune ca în situația în care autoritatea întârzie plățile peste limita stabilită de legea respectivă, creditorul să solicite și alte daune față de penalitățile contractuale, pentru acoperirea prejudiciului cauzat prin aceasta, clauza 37.8 referindu-se la limitarea daunelor pentru denunțarea contractului în lipsa finanțării, deci o altă ipoteză față de cea reglementată de Legea nr. 72/2013.

Consiliul mai reține că autoritatea contractantă și-a arătat disponibilitatea adoptării măsurilor de remediere cu privire la clauza 15.11 din modelul de contract, după cum urmează:

„Consultantul/Supervizorul își va asuma riscurile stabilite în sarcina acestuia şi menţionate în caietul de sarcini, iar prin semnarea contractului nu va avea nicio pretenţie în cazul apariţiei acestora".

Pentru o abordare unitară, în cadrul modelului de Contract de servicii, prevederile art. 15.13. lit. c) se modifică astfel:

„Riscul întârzierilor în realizarea lucrărilor de execuţie datorate culpei Supervizorului/Consultantului. Atunci când întârzierile în realizarea lucrărilor de execuţie se datorează culpei Antreprenorului Consultantul/Supervizorul va notifica Antreprenorul cu privire la aplicarea de penalităţi".

Consiliul reține, astfel, că modificările operate de autoritatea contractantă au limitat riscurile la cele prevăzute în contract, fiind, astfel, cunoscute operatorilor participanți, neexistând niciun motiv a admite criticile contestatoarei.

Față de acceptarea de către autoritate a respectivei măsuri de remediere, Consiliul reține oportunitatea ei și dispune publicarea în SEAP a măsurii respective.

În ceea ce privește criticile de la pct. 5.6 din contestație, contestatoarea invocă faptul că beneficiarul și-a rezervat dreptul de a primi o dublă reparație, pe de o parte, daune-interese derivate din rezilierea contractului, iar pe de altă parte, costul total, cu titlu de prejudiciu, al serviciilor contractate de la un terț, subliniind că potrivit clauzei prevăzute la art. 38.18 din Contractul de Supervizare, în cazul încetării și rezilierii Contractului de Servicii din inițiativa autorității contractante, 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 față de acest aspect, autoritatea contractantă nu a formulat punct de vedere și nici nu s-a arătat dispusă să adopte măsuri de remediere.

Contestatoarea consideră că dispozițiile anterior menționate contravin prevederilor art. 41 din Normele de aplicare a Legii nr. 98/2016 aprobate prin HG nr. 395/2016 potrivit cărora 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.

Consiliul reține că din conținutul prevederilor art. 38 din modelul de contract, nu rezultă limitarea despăgubirilor autorității contractante la prejudiciul creat, ci dimpotrivă, că aceasta are dreptul atât la suportarea contravalorii serviciilor realizate de un terț, chiar și în situația în care ea nu le-a plătit supervizorului, rezultând, astfel, că diferența de contract nerealizat se va plăti de supervizor, care va suporta și penalități de întârziere, alte penalități contractuale, reținându-i-se în plus și garanția de bună execuție, clauza 38.14 confirmând modul de înțelegere al contestatoarei.

Sub acest aspect, criticile contestatoarei par a fi întemeiate, sumele datorate de supervizor ca urmare a rezilierii pentru neîndeplinirea contractului urmând a fi cuantificate și reținute din garanția de bună execuție, prin compensarea sumelor datorate cu cele pe care ar trebui să le primească, daunele urmând a fi stabilite în limita prejudiciului creat. Astfel, dacă operatorul nu a realizat o serie de activități, acestea fiind realizate de un terț, el nu poate suporta contravaloarea serviciilor prestate de terț în totalitate, ci doar diferența de preț și penalitățile de întârziere, sume care trebuie executate, cu prioritate, din garanție. Cu siguranță, acesta a fost sensul reglementărilor, dar din conținutul întregii clauzei criticate din modelul de contract nu rezultă o limitare a despăgubirilor la prejudiciul creat, ci pare a fi nelimitată, prin cumularea sancțiunilor, fiind

necesară ajustarea respectivei clauze, în concordanță cu art. 41 din Normele de aplicare a Legii nr. 98/2016 aprobate prin HG nr. 395/2016. Astfel, pentru claritatea clauzei 38.10 (criticată de contestatoare la pag. 34 în actul de sesizare a Consiliului) din care nu rezultă o limitare a despăgubirilor la prejudiciul creat, ci acesta pare nelimitat, Consiliul apreciază că se impune o clarificare a prevederilor acestei clauze în acord cu art. 41 din HG nr. 395/2016 și considerentele Consiliului anterior menționate.

În ceea ce privește criticile de la pct. 5.9 și 5.10 din contestație, Modificarea contractului, contestatoarea arată că o astfel de operațiune presupune inserarea atât a unor obligații, cât și a unor drepturi corelative respectivelor obligații, ori din cuprinsul art. 24 din Contractul de Servicii, rezultă că Beneficiarul poate modifica discreționar obligațiile Consultantului/Supervizorului.

Din analiza respectivului articol, Consiliul reține că există o serie de modificări care nu conduc la modificarea prețului (modificări nesubstanțiale), acestea fiind stabilite în contract, și o serie de modificări care conduc la modificarea prețului, art. 24.3 prevăzând expres posibilitatea majorării prețului cu maximum 10%, în condițiile art. 221 din Legea nr. 98/2016. Astfel, orice modificare a contractului, inclusiv în ceea ce privește prețul, se va realiza în conformitate cu prevederile Legii nr. 98/2016, ale HG nr. 395/2016 și ale Contractului de servicii, fără a afecta caracterul general al contractului. Limitele și mecanismele de modificare contractuală sunt explicit menționate în contractul de servicii, la art. 24 *"Modificarea Contractului de Servicii"*. Atât în situațiile prevăzute la art. 24.1 (3), cât și în situațiie prevăzute la art. 24.1 (4), modificarea Contractului de servicii se realizează fără organizarea unei proceduri de achiziție publică, dar și fără suplimentarea prețului contractului și fără afectarea dreptului Beneficiarului de a aplica penalități de întârziere sau de a solicita despăgubiri/daune. Totodată, în cadrul art. 24.3. în contractul de servicii de supervizare, se prevede explicit situația în care, în conformitate cu prevederile Legii nr. 98/2016, poate fi suplimentat prețul contractului, critica fiind nefondată.

În ceea ce privește punctul 6 din contestație, Modalitățile de plată, contestatoarea invocă o serie de clauze din modelul de contract, respectiv 32.3 A, 32.3 C, 32.5, 32.6, 32.8, 32.14, 32.15, 32.16, 32.17, 34.1, despre care aceasta susține că ar încălca prevederile art. 14 lit. d și prevederile art. 7 alin. (1) din Legea nr. 72/2013.

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 emitere/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 emitere/primire a facturii este lovită de nulitate absolută.

Consiliul reține ca fiind relevante susținerile contestatoarei referitoare la respectarea prevederilor Legii nr. 72/2013, pentru prezentul contract de servicii de supervizare, termenul contractual de plată este prevăzut la 60 de zile, având în vedere complexitatea şi volumul mare al documentelor de verificat şi aprobat înainte de realizarea plăţilor, precum şi accesul la fondurile necesare efectuării plăţilor, precum şi de circuitul financiar al fondurilor care implică mai multe instituţii ale statului, fiind vorba despre un proiect de infrastructură rutieră de interes major. Prin urmare, în condițiile unui contract complex, părțile au posibilitatea stabilirii unor termene mai lungi, legea fiind clară în acest sens, astfel că și aceste critici vor fi respinse.

În consecinţă, luând în considerare cele mai sus menţionate, în temeiul art. 26 alin. (2) şi (5) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite în parte contestația formulată de SC CONSITRANS SRL, în contradictoriu cu COMPANIA NAȚIONALĂ DE ADMINISTRARE A INFRASTRUCTURII RUTIERE SA, va dispune obligarea autorității contractante la publicarea în SEAP a modificărilor agreate de aceasta prin adresa nr. 50.303/18.06.2021, înregistrată la Consiliu sub nr. 31.878/18.06.2021. Va dispune modificarea, conform celor de mai sus, a clauzei 38.10 din modelul de contract, prin

aducerea acesteia în acord cu dispozițiile art. 41 din Normele de aplicare a Legii nr. 98/2016 aprobate prin HG nr. 395/2016.

În temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, va respinge ca nefondate restul criticilor din contestația respectivă.

Măsurile dispuse vor fi aduse la îndeplinire într-un termen de maxium 15 zile de la comunicarea prezentei decizii.

Împotriva prezentei decizii se poate formula plângere în termen de 10 zile de la comunicare.

Pentru aceste motive,
în baza legii și a mijloacelor de probă aflate la dosar,

CONSILIUL DECIDE:

În temeiul art. 26 alin. (2) şi (5) din Legea nr. 101/2016, admite în parte contestația formulată de SC CONSITRANS SRL, în contradictoriu cu COMPANIA NAȚIONALĂ DE ADMINISTRARE A INFRASTRUCTURII RUTIERE SA, va dispune obligarea autorității contractante la publicarea în SEAP a modificărilor agreate de aceasta prin adresa nr. 50.303/18.06.2021, înregistrată la Consiliu sub nr. 31.878/18.06.2021. Dispune modificarea, conform celor de mai sus, a clauzei 38.10 din modelul de contract, prin aducerea acesteia în acord cu dispozițiile art. 41 din Normele de aplicare a Legii nr. 98/2016 aprobate prin HG nr. 395/2016.

În temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, respinge ca nefondate restul criticilor din contestația respectivă.

Măsurile dispuse vor fi aduse la îndeplinire într-un termen de maxium 15 zile de la comunicarea prezentei decizii.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părţile cauzei, în conformitate cu dispoziţiile art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

Împotriva prezentei decizii se poate formula plângere în termen de 10 zile de la comunicare.

Redactată în 4 (patru) exemplare, conţine 84 (optzeci şi patru) pagini.