



Consiliul
Național de
Soluționare a
Contestațiilor



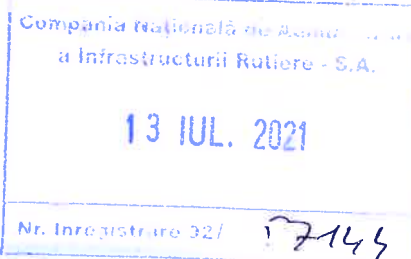
str. Stavropoleos nr. 6, sectorul 3, București, România, CP 030084, CIF 20329980,
tel. +40-21-3104641, tel. +40-21-3104670, fax. +40-21-3104642,
e-mail: office@cnsr.ro, www.cnsr.ro, http://portal.cnsr.ro

Nr. ³⁵⁹⁹⁶...../861/863/C5/.¹³.....07.2021

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

municipiul București, str. Dinicu Golescu nr.
38, sector 1

În conformitate cu dispozițiile art. 27 alin. (8) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare, vă transmitem alăturat Decizia nr. 1488/C5/861/863/12.07.2021, pentru soluționarea contestațiilor înregistrate la CNSC cu nr. 19097/13.04.2021 și nr. 19119/13.04.2021.





CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C. N. S. C.

Str. Stavropoleos nr.6, Sectorul 3, București, România, CP 030084, CIF 20329980
Tel. +4 021 3104641 Fax. +4 021 3104642 Fax. +4 021 8900745 www.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

DECIZIE
Nr. 1488/C5/861/863
Data: 12.07.2021

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

13 IUL. 2021

nr. înregistrare 52/ 57144

Prin contestația nr. 1170/13.04.2021, depusă, în original, prin registratura CNSC, înregistrată la Consiliu sub nr. 19097/13.04.2021, care formează obiectul **Dosarului nr. 861/2021**, CONSITRANS SRL, reprezentată de _____ cu sediul în municipiul București, str. Polonă nr. 56, sector 1, cu sediul procesual ales la C.A. BOGDAN-COSMIN BURICEA, în municipiul București, str. General Nicolae C. Dona nr. 15, sector 1, înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. J40/9475/1991, având CIF RO 2629539, a contestat documentația de atribuire elaborată în cadrul procedurii de atribuire prin „licitație deschisă”, a contractului de achiziție publică 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 1: km 2 + 500 – km 20+000»”, cod CPV 71520000-9 (Rev.2), inițiată de COMPANIA NAȚIONALĂ DE ADMINISTRARE A INFRASTRUCTURII RUTIERE SA, în calitate de autoritate contractantă, cu sediul în municipiul București, str. Dinicu Golescu nr. 38, sector 1 și a solicitat următoarele:

- obligarea autorității contractante la adoptarea de măsuri de remediere privind conținutul caietului de sarcini și a contractului de supervizare, constând fie în punerea acestora în acord cu dispozițiile legale în materie și cu principiile care guvernează achizițiile publice, fie în anularea acestora, în situația în care modificarea lor nu este posibilă;
- obligarea autorității contractante la plata tuturor cheltuielilor ocazionate cu soluționarea contestației.

În cadrul aceleiași proceduri de atribuire, s-a depus de către HILL INTERNATIONAL (BUCHAREST) SRL, lider al asocierii HILL INTERNATIONAL (BUCHAREST) SRL – PROIECT CONSULTING SRL, cu

sediul în municipiul București, str. Dr. Iacob Felix nr. 17-19, et. 3, sector 1, înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. J40/9220/07.06.2004, având CIF RO 16489575, reprezentată legal de – administrator, contestația nr. 037/13.04.2021, transmisă, inițial, prin fax și, ulterior, depusă, în original, prin registratura CNSC, înregistrată la Consiliu sub nr. 19119/13.04.2021 și, respectiv, sub nr. 19246/14.04.2021, care formează obiectul **Dosarului nr. 863/2021** prin care a contestat documentația de atribuire, solicitând următoarele obligarea autorității contractante „la reformularea documentației de atribuire” în acord cu criticile formulate.

În temeiul art. 17 alin. (1) și alin. (2) din Legea nr. 101/2016, Consiliul a procedat la conexarea celor 2 (două) contestații.

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

În susținerea contestației care formează obiectul **Dosarului nr. 861/2021**, CONSITRANS SRL prezintă un scurt istoric al procedurii, arătând că în urma studierii caietului de sarcini și a contractului de servicii a identificat o serie de clauze, care contravin, atât dispozițiilor legale în materia achizițiilor publice, cât și principiilor de drept care o guvernează.

În cele ce urmează, contestatoarea redă clauzele care fac trimitere la obligațiile consultantului rezultând din alte contracte, în care nu este parte și care condiționează efectuarea plăților către consultant de îndeplinirea obligațiilor de către antreprenor (3.4 din contract – 5.2.7 din caietul de sarcini, 10.5 din contract – 5.2.10 din caietul de sarcini, 10.6 din contract – clauza 5.3.3 din caietul de sarcini, 10.24, 10.53, 10.62, 10.65, 15.6, 15.7, 19.20 și 32.2 din contract).

CONSITRANS SRL opinează că aceste clauze 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.

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 și 19.20 instituie obligații în sarcina consultantului stabilite prin contracte în care acesta nu este parte și al căror conținut acesta nu îl cunoaște.

Ținând seama de faptul că între consultant și antreprenor nu există un 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. Ori, în situația de față nu există vreo derogare expresă în acest sens.

De asemenea, contestatoarea arată că 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 acte 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. Ori, 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.

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.

CONSITRANS SRL consideră că 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.

Totodată, contestatoarea învederează că 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 CONSITRANS SRL face trimitere la clauza nr. 3.4 și 32.2. 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.

În aceeași ordine de idei, contestatoarea subliniază că 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.

CONSITRANS SRL subliniază că 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 căderea de acord 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.

În ceea ce privește clauza 10.26, contestatoarea susține că 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 obligația de acceptare a „Planului propriu de sănătate și securitate în muncă” al antreprenorului. Dispozițiile art. 32 din acest act normativ prevăd următoarele: *„înainte de începerea lucrărilor pe șantier de către antreprenor/subantreprenor, planul propriu de securitate și sănătate trebuie să fie consultat și avizat de către coordonatorul în materie de securitate și sănătate pe durata realizării lucrării, medicul de medicina muncii și membrii comitetului de securitate și sănătate sau de către reprezentanții lucrătorilor, cu răspunderi specifice în domeniul securității și sănătății lucrătorilor.”*

Personalul consultantului cuprinde și experți non-cheie, categorie din care face parte coordonatorul în materie de sănătate și securitate în muncă.

Potrivit dispozițiilor legale citate, consultantul nu are obligația de a accepta planul de sănătate și securitate în muncă elaborat de antreprenor,

ci, acest plan trebuie consultat și avizat de coordonatorul în materie de sănătate și securitate în muncă.

În plus, autoritatea contractantă omite să menționeze și medicul de medicina muncii și membrii comitetului de securitate, cu atribuții în consultarea și avizarea planului propriu de securitate și 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 obligații ce excedează eventualelor obligații pe care acesta le-ar avea în materie de sănătate și securitate în muncă, în conformitate cu dispozițiile legale.

Referitor la clauza 10.65, CONSITRANS SRL susține că aceasta depășește limitele prevederilor Legii nr. 10/1995 privind calitatea în construcții, astfel cum a fost modificată prin Legea nr. 204/2020.

Prin intermediul acestei clauze se instituie răspunderea solidară a proiectantului și a verficatorului, contrar dispozițiilor Legii nr. 10/1995. Astfel, deși se face trimitere la dispozițiile art. 6 alin. (3) din Legea nr. 10/1995, clauza nu prevede răspunderea solidară a consultantului și a antreprenorului, astfel cum stabilesc aceste prevederi.

În acest sens, contestatoarea redă prevederile art. 6 alin. (3) din Legea nr. 10/1995: *„În sensul prezentei legi, în cazurile construcțiilor finanțate din fonduri publice, inclusiv al celor finanțate în baza unor acorduri sau împrumuturi externe ori similare în care consultanța sau asistența tehnică este obligatorie în sarcina investitorului ori a beneficiarului, operatorul economic de consultanță specializat, respectiv consultantul sau supervisorul devine factor implicat în sensul alin. (1) pentru etapele prevăzute în contractul de consultanță ori asistență tehnică, iar responsabilitățile aferente etapelor respective îi revin conform legii, în solidar cu proiectanții și executanții”*, se arată că, deși atribuțiile ce aparțin verficatorului sunt tot în sarcina consultantului, formularea clauzei trebuie să respecte dispozițiile legale aplicabile, astfel încât CONSITRANS SRL consideră că se impune înlocuirea termenului „Verficatorul” cu termenul „Consultant”.

Cu privire la caracterul disproporționat al întinderii și al modului de calcul a sumelor stabilite cu titlu de penalități în sarcina consultantului, CONSITRANS SRL redă dispozițiile art. 10.60, 10.68, 11.5, 12.3. 15.7 – Clauza 17 și 20.9 alin. (1), (3), (5) și (6) din contractul de supervizare, prin care sunt prevăzute în sarcina consultantului o serie de penalități, datorate în funcție de criterii stabilite, în mod arbitrar, de autoritatea contractantă și precizează următoarele:

(i) în plus față de lipsa proporționalității, în timp ce consultantul nu are dreptul să perceapă nicio penalitate, renunțând, în mod expres, la acestea prin semnarea contractului de supervizare,

(ii) autoritatea contractantă este îndreptățită să perceapă o serie de penalități, în funcție de criterii stabilite, în mod discreționar, și fără transparență.

În acest sens, CONSITRANS SRL invocă art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, subliniind că principiului transparenței, aplicabil, atât în cursul procedurii de atribuire a contractului de achiziții publice, cât și pe perioada derulării acestuia, este unul dintre principiile care constituie baza directivelor comunitare în materia contractelor de achiziții publice, alături de principiul egalității de tratament.

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

De asemenea, contestatoarea învederează că principiul proporționalității, definit de Curtea de Justiție a Uniunii Europene în Cauza National Farmers' Union impune ca măsurile adoptate de autoritățile contractante să nu depășească limitele a ceea ce este adecvat și necesar în scopul realizării obiectivelor urmărite, înțelegându-se că, în cazul în care este posibilă o alegere între mai multe măsuri adecvate, trebuie să se recurgă la cea mai puțin constrângătoare, iar inconveniențele cauzate nu trebuie să fie disproporționate 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, CONSITRANS SRL susține că 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.

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 quantumul considerabil al penalităților ce s-ar percepe.

Altfel, CONSITRANS SRL s-ar putea afla în 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, contestatoarea opinează că 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 – CONSITRANS SRL consideră că 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 execuție, supervizare etc. Ținând 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 informații confidențiale a căror divulgare va conduce la încălcarea obligației de păstrare a secretului profesional. În cazul în care ar deveni incidente dispozițiile acestei clauze, este necesar să se prevadă expres, că este în sarcina autorității contractante să facă dovada caracterului confidențial al informațiilor, cât și că acestea au fost divulgate de consultant.

(c) Clauza 15.7 – contestatoarea arată că prin intermediul acestei clauze 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.

CONSITRANS SRL susține că această clauză este 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; totodată, aduce atingere și principiului relativității efectelor contractelor față de terți.

(d) Clauza 20.9 - reducerea salariului personalului consultantului de către autoritatea contractantă presupune interferarea unui terț în contractul individual de muncă încheiat între consultant și salariat, prin modificarea, în mod unilateral, a unuia dintre elementele esențiale ale acestuia, modificări care, potrivit dispozițiilor Codului Muncii, nu pot fi făcute decât prin încheierea unui act adițional.

De asemenea, contestatoarea învederează că autoritatea contractantă prevede penalități în sarcina consultantului și în situația în care unul dintre salariații săi își dă demisia (cu toate că demisia reprezintă actul unilateral de voință a salariatului, angajatorul neputând refuza înregistrarea acesteia) sau atunci când consultantul este obligat de dispozițiile Codului Muncii să desfacă disciplinar contractul individual de muncă. Prin urmare, reiese că autoritatea contractantă penalizează, în mod discreționar, consultantul pentru conduite pe care acesta este obligat să le adopte de dispozițiile legale în vigoare.

Cu privire la mobilizarea/demobilizarea personalului consultantului, în mod discreționar, de autoritatea contractantă și impunerea de penalități

pentru situații ce excedează controlului consultantului, CONSITRANS SRL redă dispozițiile art. 10.54 din contract – 7.2 din caietul de sarcini, 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 și 20.9 din contract și precizează următoarele:

Având în vedere, pe de o parte, modul de concepere a propunerii 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 cu privire la mobilizarea/demobilizarea personalului consultantului, în mod discreționar, de autoritatea contractantă și impunerea de penalități pentru situații ce excedează controlului consultantului, 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 contestatoarea nu este parte și al căror conținut nu îl cunoaște.

Mai mult, contestatoarea menționează că 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 dispoziția exclusivă a beneficiarului, atunci când acesta emite un eventual nou ordin.

Ori, obiectul obligației asumate de prestator prin contractul de servicii este acela de a presta servicii de supervizare a proiectării și execuției lucrărilor, activitățile de supervizare fiind aferente perioadei de proiectare, execuție, de garanție a lucrărilor, inclusiv a perioadei de emitere a certificatului de recepție finală privind lucrările de construcție.

CONSITRANS SRL subliniază că din clauzele contractului de supervizare și din anexele la acesta, nu rezultă că obiectul obligației de rezultat asumat de prestator ar fi fost acela de a asigura participarea unui număr minim de experți și a unui număr minim de zile de activitate pe fiecare categorie de experți, ci acela de a asigura supervizarea lucrărilor de proiectare, de construcție pe perioada de execuție și pe perioada de garanție de lucrări. Principalul scop al serviciilor de supervizare îl reprezintă rolul consultantului de inginer în cadrul contractului de proiectare și execuție pe toată durata contractului, aceasta fiind egală cu durata proiectării și executării lucrărilor prevăzute în cadrul contractelor de lucrări.

În vederea îndeplinirii obligațiilor contractuale, în acord cu obiectul contractului de proiectare și execuție, consultantul are obligația să-și adapteze programul de lucru prevăzut în graficul de lucrări în concordanță cu programul de lucru al antreprenorului, în funcție de stadiul lucrărilor.

Modalitatea în care prestatorul îndeplinește obiectul contractului, prin alocarea personalului aferent prestării serviciilor la care s-a obligat și a numărului de ore pe care aceștia urmează să-l presteze în vederea

Îndeplinirii sarcinilor ce le revin, este în strânsă legătură cu etapa contractuală în care se află antreprenorul, fără însă a se depăși termenele contractuale menționate în graficul de timp al inginerului. De aici rezultă că prestatorul nu își asumă obligația de a aloca un număr de personal angajat pe o anumită perioadă de timp independent de stadiul lucrărilor de construcție, ci își asumă obligația de a presta serviciile cu personalul necesar stadiului lucrărilor.

În aceeași ordine de idei, contestatoarea arată că din coroborarea dispozițiilor art. 1270 și art. 1170 C. Civ. rezultă două principii interdependente, pe care se întemeiază contractul civil: puterea de lege/forța obligatorie pe care acesta o are pentru părțile contractante, pe de o parte, și buna-credință în executarea acestuia, pe de altă parte.

CONSITRANS SRL subliniază că echitatea, corolar al bunei-credințe, guvernează contractul de la nașterea sa până la epuizarea tuturor efectelor, independent de existența unei clauze exprese în cuprinsul contractului. Așadar, executarea unui contract este legitimă, atâta timp, cât este rezultatul întrunirii cumulative a celor două principii (forța obligatorie și executarea cu bună-credință), principii care nu au existență de sine stătătoare, ci se condiționează reciproc.

Teoria impreviziunii, fundamentată pe cele două principii, atenuează caracterul obligatoriu al contractului, în măsura în care, pe perioada executării acestuia, intervine o situație imprevizibilă, însă niciuna dintre părțile contractante nu abdică de la obligațiile care îi revin potrivit executării cu bună-credință a contractului. Așadar, echitatea, alături de buna-credință, oferă un fundament al impreviziunii, pornind de la relația existentă între ele.

Prin urmare, potrivit legii, în caz de neînțelegere între părți, evaluarea existenței situației neprevăzute (condiție obiectivă) și a efectelor sale asupra executării contractului, a bunei-credințe în exercitarea drepturilor și obligațiilor contractuale ale părților (condiții subiective), precum și a echității (ce presupune atât o latură obiectivă, cât și una subiectivă) trebuie realizată cu maximă rigoare, deoarece, în această situație, *„condițiile cu caracter obiectiv referitoare la cauza schimbării circumstanțelor (existența situației neprevăzute) sau la cuprinsul contractului (absența unei clauze de adaptare a contractului), și condițiile cu caracter subiectiv referitoare la atitudinea/conduita părților contractante (lipsa culpei debitorului în executarea contractului) sau la efectele schimbării circumstanțelor (caracterul licit al neexecutării obligațiilor contractuale)”*, pot agrava situația contractuală a uneia dintre părțile contractante.

Ori, 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.

CONSITRANS SRL mai arată că 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) toți experții sau întregul personal al consultantului/supervizorului așa cum sunt menționați 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/respectivă având obligația de a fi disponibil/ă până la momentul demobilizării acestuia de către beneficiar”, depășește limitele impreviziei, pentru că aceasta nu este definită sub nicio formă, lăsând contractul exclusiv la discreția beneficiarului, generând prejudicii în patrimoniul consultantului.

Ori, 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.

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.

Contestatoarea susține că în aceste condiții, se înlătură incidența teoriei impreviziei, astfel cum aceasta a fost configurată de Curtea Constituțională prin Decizia nr. 623 din 25 octombrie 2016, care presupune controlul efectiv al instanței judecătorești cu privire la starea de fapt, respectiv cu privire la cauza și efectele schimbării circumstanțelor de executare a contractului. În decizia citată, Curtea a sancționat instituția impreviziei aplicabilă *ope legis*, arătând că aceasta „nu poate fi recunoscută, fiind în contradicție cu prevederile constituționale ale art. 1 alin. (3) privind statul de drept, [...], cele ale art. 21 alin. (3) privind dreptul la un proces echitabil, precum și cele ale art. 124 privind înfăptuirea justiției. [...] Or, posibilitatea părților din contractele

respective de a prezenta situația de fapt dintr-un dosar în fața unei instanțe judecătorești este absolut necesară având în vedere că judecătorul trebuie să verifice această situație, astfel încât instituția [...] [s.n. conversiei creditelor] să nu fie un instrument discreționar pus la dispoziția doar a unei părți și, astfel, să dezechilibreze raportul contractual. Numai în acest fel se poate asigura, în aceste cazuri, respectarea principiului egalității armelor în cadrul procesului civil" (paragraful 116). Cu alte cuvinte, Curtea reține că numai în condițiile verificării condițiilor de incidență a impreviziunii de către o instanță judecătorească se poate face distincția între debitorii de bună-credință și cei de rea-credință.

Pe cale de consecință, 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 și angajator) ce va fi plătit expertului cheie/non-cheie/alt personal înlocuitor de fiecare dată când survine înlocuirea, cu excepția cazului în care înlocuirea este rezultat al situațiilor excepționale indicate la articolul 20.2 lit. a), lit. b), lit. c) și lit. g), cât și cu excepția cazurilor în care este necesară înlocuirea experților/persoanelor în etapa de supervizare a garanției lucrărilor.”

CONSITRANS SRL afirmă că impunerea unei penalități în situații care nu sunt în controlul consultantului și care nu produc prejudicii în sarcina beneficiarului, din vreme ce respectivul personal este înlocuit de alte persoane care au aceeași pregătire profesională cu cel înlocuit, încalcă inclusiv prevederile art. 1540 alin.(2) C. Civ, potrivit căruia „Penalitatea nu poate fi cerută atunci când executarea obligației a devenit imposibilă din cauze neimputabile debitorului”.

Referitor la lipsa de claritate a prevederilor contractuale și inserarea unor clauze, care permit beneficiarului sancționarea consultantului/supervizorului, în mod discreționar, și fără predictibilitate, contestatoarea redă clauze 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: 15.11 – Clauza 3 – termeni/definiții din caietul de sarcini, 15.12 din contract – 5.3.4 din caietul de sarcini, 24.1 din contract – 7.1.1 aspecte generale din caietul de sarcini, 37.3 din contract – 7.2 din caietul de sarcini, 37.5, 37.6, 37.7, 37.8, 38.4, 38.8, 38.10, 38.12, 38.14, 38.15, 38.18 și 40.1 din contract și, 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.

Ori, 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, contestatoarea opinează că este vădit excesiv 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, inclusiv consecințele acesteia asupra executării contractului, este necesar a fi analizate la momentul ivirii acestora, în scopul identificării unor soluții, care să permită desfășurarea, în continuare, în bune condiții a contractului, fără însă ca măsurile adoptate să fie excesive pentru una dintre părți.

Totodată, CONSITRANS SRL susține că clauzele redată încalcă și principiul transparenței.

În acest sens, contestatoarea menționează că potrivit CJUE Cauza Evropaiki Dynamiki - proigmena Systimata Tilepikoinonion Pliroforikis kai Tilematikis AEv v. European Commission - T-50/05 - principiul transparenței, care este un corolar al principiului egalității de tratament, este în principal destinat evitării riscului de abuz de putere discreționară și a favoritismului și comportamentului arbitrar din partea autorității contractante. Mai mult, Curtea a precizat că: *„Prin urmare, principiul transparenței presupune ca toate informațiile tehnice relevante pentru buna înțelegere a anunțului de participare sau a caietului de sarcini să fie puse, de îndată ce este posibil la dispoziția tuturor întreprinderilor participante la o procedură de achiziții publice, astfel încât, pe de o parte, să permită tuturor ofertanților mediu informați și care dau dovadă de o diligență normală să înțeleagă conținutul exact al acestora și să le interpreteze în același fel și, pe de altă parte, să dea posibilitatea autorității contractante să verifice dacă ofertele acestora corespund efectiv criteriilor care guvernează contractul în cauză”*.

Totodată, CONSITRANS SRL consideră că sintagmele *„în oricare dintre situațiile următoare, dar nelimitându-se la acestea”*, respectiv *„pentru diferite motive”*, cu referire la situațiile în care autoritatea contractantă poate rezilia contractul de servicii sunt lipsite de claritate și permit riscul de abuz de putere discreționară și comportament arbitrar din partea autorității contractante. Mai mult, abuzul de putere discreționară este evidențiat și în clauzele, potrivit cărora autoritatea contractantă are dreptul de a denunța unilateral contractul de supervizare, în situația în care, alocarea resurselor financiare a fost sistată/modificată, ceea ce reprezintă o cauză neimputabilă consultantului/supervizorului și care nu putea fi prevăzută de către acestea. Cu toate acestea, în situația 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 denunțării unilaterale.

În raport de faptul că, potrivit documentației de atribuire, consultantul/supervizorul nu are dreptul de a pretinde, suplimentar față de sumele ce i se cuvin pentru munca deja prestată, despăgubiri pentru orice pierdere sau prejudiciu suferit, contestatoarea precizează că respectivele clauze sunt abuzive, sancțiunea fiind nulitatea absolută a acestora. Astfel, potrivit dispozițiilor art. 14 și 15 din Legea nr. 72/2013 *„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”*.

Totodată, CONSITRANS SRL menționează că, clauza prevăzută la art. 38.10 din contractul de supervizare încalcă dispozițiile art. 1531 din Codul Civil și art. 1549 alin. (1) din Codul Civil, potrivit cărora singura reparație la care este îndreptățit creditorul unei obligații neexecutate este aceea de a obține plata unor daune-interese pentru repararea prejudiciului pe care debitorul i l-a cauzat și care este consecința directă și necesară a neexecutării fără justificare sau, după caz, culpabilă a obligației. De asemenea, potrivit art. 1533 din Codul Civil, debitorul răspunde numai pentru prejudiciile pe care le-a prevăzut, ca urmare a neexecutării obligației.

Din clauza anterior amintită 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.

Mai mult, contestatoarea subliniază 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, COMPANIA NAȚIONALĂ DE ADMINISTRARE A INFRASTRUCTURII RUTIERE SA este îndreptățită să execute întreaga valoare a garanției de bună execuție.

Ori, CONSITRANS SRL susține 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.

Încălcarea principiului transparenței deschide posibilitatea arbitrariului din partea beneficiarului - putere discreționară.

Mai mult decât atât, contestatoarea arată că prin art. 4.2. din caietul de sarcini părțile au agreeat 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. Trebuie evidențiat faptul că prevederea contractuală ce presupune asumarea riscului contractual reprezintă o obligație în sarcina consultantului/supervizorului. Ori, potrivit art. 1226 alin. (2) din Codul Civil 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 a determinării 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.

CONSITRANS SRL opinează că 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 propunere 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.

În acest sens, contestatoarea susține că 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.

Ori, 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 contract este unul comunicativ în sensul art. 1173 C. Civ., potrivit căruia contractul comutativ este acela în care la momentul încheierii sale existența drepturilor și obligațiilor 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.

În plus, contestatoarea susține că modalitatea în care clauza contractuală este redactată, respectiv doar de acordare beneficiarului a posibilității modificării contractului fără a suplimenta prețul, transformă un contract esențialmente comutativ într-unul aleatoriu.

Ori, de esență 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, urmare a acordului de voință exprimat, care este întinderea drepturilor și obligațiilor pe care și le asumă, cu respectarea regulilor și limitelor impuse prin acesta și prin legislația în domeniul achizițiilor publice. Aceste prevederi dovedesc dincolo de orice îndoială faptul că în speță este vorba de un contract esențialmente comutativ.

CONSITRANS SRL subliniază că 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.

Față de modalitățile de plată, contestatoarea redă articolele criticate [32.3 A, 32.3 lit. c), 32.5, 32.6, 32.8, 32.14, 32.15, 32.16, 32.17 și 34.1 din contract], considerând că, din analiza acestora, 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 calitate și cantitatea lucrărilor executate.

De asemenea, CONSITRANS SRL susține că prevederile contravin flagrant dispozițiilor Legii nr. 72/2013, potrivit căreia 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.

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

Prin adresa nr. 19403/861/C5/14.04.2021, Consiliul a solicitat contestatoarei, în temeiul art. 61¹ alin. (1) lit. b) din Legea nr. 101/2016, modificată și completată prin OUG nr. 114/2020, să transmită în termen de 5 zile lucrătoare de la data sesizării Consiliului, sub sancțiunea respingerii contestației ca inadmisibilă, recipisa de consemnare a cauțiunii, în original, în cuantum de 220.000 lei, cu precizarea că modalitatea de constituire a cauțiunii se va face conform art. 1057 din Codul de procedură civilă, coroborat cu art. 68 din Legea nr. 101/2016 la CEC Bank - S.A., sau la orice altă instituție de credit care efectuează astfel de operațiuni, pe numele părții respective, la dispoziția CNSC.

Prin corespondența înregistrată la CNSC sub nr. 19617/15.04.2021, autoritatea contractantă a confirmat primirea adresei nr. 19403/861/C5/14.04.2021.

Prin corespondența înregistrată la CNSC sub nr. 19669/15.04.2021, contestatoarea a confirmat primirea adresei nr. 19403/861/C5/14.04.2021.

Prin adresa nr. 1240/19.04.2021, depusă, în original, la registratura Consiliului, înregistrată la CNSC sub nr. 20166/19.04.2021, CONISTRANS SRL a depus la dosarul cauzei, în original, Recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 906, în sumă de 220.000 RON, eliberată la data de 19.04.2021 de BRD Groupe Societe Generale – Business Center Academiei.

Prin adresa nr. 50259/18.06.2021, transmisă, inițial prin mijloace electronice (e-mail) și ulterior, prin fax, respectiv mijloace electronice (e-mail), înregistrată la CNSC sub nr. 31856/18.04.2021, sub nr. 31869/18.06.2021, și, respectiv sub nr. 32092/22.06.2021, COMPANIA NAȚIONALĂ DE ADMINISTRARE A INFRASTRUCTURII RUTIERE SA a înaintat un punct de vedere cu privire la contestația depusă de CONSITRANS SRL.

I. Cu privire la clauzele care în opinia CONSITRANS SRL, fac trimitere la obligațiile consultantului rezultând din alte contracte în care nu este parte și care condiționează efectuarea plăților către consultant în îndeplinirea obligațiilor de către antreprenor, autoritatea contractantă arată următoarele:

1. În ceea ce privește solidaritatea răspunderii consultantului și antreprenorului, COMPANIA NAȚIONALĂ DE ADMINISTRARE A INFRASTRUCTURII RUTIERE SA arată că poate adopta următoarea măsură de remediere:

- În cadrul modelului de contract de servicii, prevederile art. 10.65 se modifică astfel:

„Consultantul/Supervizorul are obligația respectării prevederilor art. 5 și ale art. 6 alin. (1), (2), (3) și (4), cu modificările și completările ulterioare, din Legea nr. 10/1995 - Republicare, completată și modificată prin Legea nr. 204/2020. De asemenea, consultantul/supervizorul răspunde de îndeplinirea următoarelor obligații referitoare la calitatea în construcții, obligații care le completează pe cele din prezentul contract și pe cele din contractul de proiectare și execuție lucrări:

- a) angajarea de specialiști atestați și sau autorizați în toate domeniile de consultanță pentru care au încheiate contracte de servicii cu investitorii/beneficiarii;*
- b) sesizarea investitorului asupra neconformităților și neconcordanțelor constatate în proiecte și în execuție;*
- c) asigurarea nivelului de calitate corespunzător cerințelor printr-un sistem propriu de calitate certificat;*
- d) recepția proiectelor conform temeiului de proiectare și a cerințelor de calitate;*
- e) participarea prin specialiști atestați la fazele principale de execuție;*

- f) întocmirea de rapoarte zilnice către investitor în perioada de execuție;
- g) întocmirea de rapoarte trimestriale către investitor în perioada de garanție;
- h) respectarea termenelor contractuale de proiectare și execuție în solidar cu proiectanții și sau executanții."

2. Totodată, cu privire la clauza 18, autoritatea contractantă precizează că poate adopta următoarea măsură de remediere:

În cadrul modelului de contract de servicii, prevederile art. 18.4 se modifică astfel:

„Consultantul/supervizorul își asumă toate sarcinile incluse în prezentul contract de servicii, precum și sarcinile consultantului/supervizorului stabilite prin Condițiile Generale și Speciale de Contract și acordul contractual, părți integrante din contractul de proiectare și execuție lucrări ce va fi supervizat.”

3. De asemenea, cu privire la art. 32.3, COMPANIA NAȚIONALĂ DE ADMINISTRARE A INFRASTRUCTURII RUTIERE SA învederează că poate adopta următoarea măsură de remediere:

- În cadrul modelului de contract de servicii, prevederile tabelului cuprinzând *Modalitatea de plată* și *Modalitatea de calcul* din cadrul art. 32.3. punctul A „*Modalitatea de plată pentru Supervizarea Activității de Proiectare*” se modifică astfel:

Modalitatea de plată

70% lunar în baza timpului efectiv lucrat conform rapoartelor lunare de progres care conțin fișele de pontaj ale experților/persoanelor mobilizați/mobilizate

Restul de 30% aprobați deja prin fișele de pontaj ale fiecărei luni, se vor plăti la momentul finalizării activității de proiectare în baza avizării Proiectului Tehnic din cadrul CTE al CNAIR SA și a avizării „*bun de execuție*” a Proiectului Tehnic de către consultant/supervizor.

Modalitatea de calcul

Pentru fiecare expert/persoană în parte, beneficiarul va plăti 70% din valoarea rezultată din înmulțirea onorariu (lei fără TVA) pe zi/expert sau persoană [Salariu brut/zi (inclusiv cheltuieli angajați și angajator) + alte cheltuieli/zi] cu zilele efectiv lucrate în lunile respective

Diferența de 30% rămasă neplătită conform fișelor de pontaj deja aprobate pentru lunile respective în care acesta a prestat activități de supervizare a proiectării.

- În cadrul modelului de contract de servicii, la art. 32.3. punctul B „Modalitatea de plată pentru Supervizarea Execuției Lucrărilor” paragraful:

„În situația în care execuția lucrărilor nu este finalizată sau stadiul fizic/progresul fizic al execuției lucrărilor nu atinge pragul de 100% în perioada celor 44 de luni, din motive care nu sunt imputabile/din culpa supervizorului (cu excepția riscurilor asumate de consultant/supervizor în contract) beneficiarul va aplica o reducere de 20% a «salariului brut/zi (inclusiv cheltuieli angajat și angajator)» pentru toți experții/persoanele mobilizați/mobilizate la momentul respectiv sau ce vor fi mobilizate după expirarea celor 44 luni, pentru serviciile ce vor fi prestate în cadrul contractului.”

se modifică astfel:

„În situația în care execuția lucrărilor nu este finalizată sau stadiul fizic/progresul fizic al execuției lucrărilor nu atinge pragul de 100% în perioada celor 22 de luni, din motive care sunt imputabile/din culpa supervizorului (cu excepția riscurilor asumate de consultant/supervizor în contract) beneficiarul va aplica o reducere de 20% a «salariului brut/zi (inclusiv cheltuieli angajat și angajator)» pentru toți experții/persoanele mobilizați/mobilizate la momentul respectiv sau ce vor fi mobilizate după expirarea celor 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 Execuției Lucrărilor” se modifică paragraful:

„Astfel, începând cu luna 23 a perioadei de execuție a lucrărilor și până la finalizarea execuției lucrărilor, beneficiarul va aproba și va plăti numai 80% din valoarea «salariului brut/zi (inclusiv cheltuieli angajat și angajator)» aplicabil la momentul finalizării celor 22 de luni, pentru fiecare expert/persoană mobilizat/mobilizată sau ce va fi mobilizat/mobilizată, în baza serviciilor prestate de aceștia și a fișelor de pontaj.”

Mai mult decât atât, autoritatea contractantă arată că prevederile art. 32.3 din contractul de servicii nu au ca scop împovărarea supervizorului cu riscuri financiare. În acest sens, COMPANIA NAȚIONALĂ DE ADMINISTRARE A INFRASTRUCTURII RUTIERE SA subliniază că prin stabilirea unor procente de plată, dorește să se asigure că există legătură între activitatea reală prestată de supervizor și situația reală din șantier la un anumit moment (raportat la stadiul de realizare propriu-zis al construcției) având la baza dezideratul ca supervizorul să primească o plată corespunzătoare și corectă indiferent de stadiul execuției lucrărilor, iar diferența ce urmează a fi plătită la îndeplinirea unui prag al progresului fizic să îi asigure beneficiarului tot confortul că supervizorul își va duce la bun sfârșit activitățile contractuale în scopul realizării efective a construcției, astfel încât această execuție să fie corespunzătoare din toate punctele de vedere.

În plus, autoritatea contractantă precizează faptul că sumele susmenționate nu sunt reținute supervizorului, acestea urmând a fi

restituite de către COMPANIA NAȚIONALĂ DE ADMINISTRARE A INFRASTRUCTURII RUTIERE SA, la atingerea pragului de progres fizic.

De asemenea, autoritatea contractantă menționează că prezentul contract este unul administrativ în lumina definiției contractului de achiziție publică și a Legii contenciosului administrativ nr. 554/2004. Astfel, regimul juridic al contractului în discuție este unul special, preponderent de drept public. Prerogativele de drept public la îndemâna autorității contractante constau în faptul că se încheie contractul pentru realizarea unor sarcini ale interesului public, ceea ce pune autoritatea contractantă într-o poziție privilegiată cu posibilitatea de a impune unele clauze în contract și de a controla modul de executare. În consecință, contractul de achiziție publică presupune anumite rigori pe care trebuie să le accepte cei care doresc să se implice într-o relație contractuală cu statul sau entitățile publice ale sale. Legea contenciosului administrativ nr. 554/2004 instituie regula conform căreia principiul libertății contractuale este subordonat principiului priorității interesului public. Astfel, autoritatea contractantă este în imposibilitate de a plăti proiectul tehnic în integralitate, câtă vreme acesta nu este conform, mai ales în situația în care supervizorul avizează proiectul tehnic „bun de execuție”. În urma supunerii spre avizare în C.T.E. - C.N.A.I.R., pot exista clarificări la proiectul tehnic, precum și solicitări de modificare/completare a acestuia, supervizorul având obligația de a remedia aceste aspecte.

4. Cu privire la restul criticilor formulate în contestație care nu vizează măsurile de remediere propuse la punctele I.1, I.2 și I.3 din punctul de vedere, COMPANIA NAȚIONALĂ DE ADMINISTRARE A INFRASTRUCTURII RUTIERE SA învederează următoarele:

- CONSITRANS SRL se află în eroare când afirmă faptul că anumite clauze instituie obligații în sarcina consultantului, fiind stabilite prin contracte în care acesta nu este parte și al căror conținut nu îl cunoaște, întrucât contractul de proiectare și execuție aferent obiectivului de investiții poate fi studiat, atât în cadrul procedurii aferente acestuia (CN1011825/06.06.2019), cât și în cadrul documentației de atribuire aferentă contractului de supervizare.

- Cu privire la principiul relativității contractelor prevăzute la art. 1280 din Noul Cod Civil, invocat de contestatoare, autoritatea contractantă arată că acest principiu nu este aplicabil în cazul de față, întrucât trimiterile la obligațiile supervizorului cuprinse în cadrul contractului de proiectare și execuție au rol de eliminare a prevederilor redundante, COMPANIA NAȚIONALĂ DE ADMINISTRARE A INFRASTRUCTURII RUTIERE SA alegând să facă uz de aceste trimiteri, în loc de a itera, în mod inutil, aceleași prevederi și în cadrul contractului de supervizare. Aceste obligații îi sunt opozabile viitorului prestator, fiind clar identificate și fiind totodată accesibile ofertanților, contractul de proiectare și execuție fiind pus la dispoziția acestora în cadrul documentației de atribuire. Astfel, viitorul prestator a fost avertizat, în mod transparent, că pe lângă obligațiile prevăzute, în mod expres, în cadrul prezentului contract, are o serie de

obligații, așa cum acestea au fost prevăzute în cadrul contractului de proiectare și execuție, iar izvorul juridic al îndeplinirii acestor obligații este chiar contractul de supervizare care conține și trimiterea la obligațiile din cadrul contractului de proiectare și execuție.

Așadar, COMPANIA NAȚIONALĂ DE ADMINISTRARE A INFRASTRUCTURII RUTIERE SA opinează că, CONSITRANS SRL face o confuzie gravă și voită, considerând, în mod neîntemeiat, că obligațiile la care se face trimitere prin caietul de sarcini și contractul de supervizare nu i-ar fi opozabile. Ori, doar în condițiile în care autoritatea contractantă ar fi omis să evidențieze și să stipuleze, în mod clar, faptul că trebuie îndeplinite și obligațiile cuprinse în cadrul contractului de proiectare și execuție ce incumbă viitorului supervizor, ar fi putut contestația invoca cu succes principiul relativității efectelor contractelor, situație exclusă în cazul de față.

Pentru a evidenția absurdul criticii, autoritatea contractantă invocă drept exemplu paralela trimiterii la obligațiile prevăzute în cadrul actelor normative, care, conform logicii CONSITRANS SRL, în lipsa preluării textului integral al prevederilor legale în caietul de sarcini și/sau în contractul de supervizare, nu ar trebui să fie opozabile viitorului prestator chiar dacă trimiterile la respectivele prevederi legale sunt cuprinse în cadrul contractului.

Pentru a elimina orice confuzie, COMPANIA NAȚIONALĂ DE ADMINISTRARE A INFRASTRUCTURII RUTIERE SA precizează următoarele cu privire la dispozițiile art. 10.53 din Modelul de Contract (care deși este enumerat printre articolele ce fac obiectul contestației nu sunt aduse critici punctuale cu privire la conținutul acestuia):

- În sensul art. 10.53, paragraful „În situația în care contractul de proiectare și execuție este reziliat, consultantul/supervizorul are obligația realizării tuturor activităților stabilite în sarcina sa prin contractul de proiectare și execuție și prin caietul de sarcini aferent contractului de supervizare, cu excepția situației 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”, nu se referă la obligația consultantului/inginerului de a desfășura activitățile antreprenorului, ci la obligațiile specifice consultantului/inginerului în situația rezilierii contractului de lucrări, respectiv cele prevăzute în cap. 4.2.10 din caietul de sarcini aferent contractului de supervizare – „Activități în cazul suspendării sau rezilierii contractului de proiectare și execuție lucrări”: „[...] Dacă beneficiarul consideră oportună menținerea contractului de servicii, supervizorul va desfășura activități legate de includerea contractului de execuție, în conformitate cu Condițiile Generale și Speciale de contract.

Activitățile/Responsabilitățile în cazul suspendării contractului de proiectare și execuție sunt următoarele, fără a fi limitative: [...]

1. *Supervizorul va dispune antreprenorului predarea tuturor documentelor și realizarea testelor necesare realizării evaluării la data rezilierii;*

2. *Supervizorul va emite modul de soluționare 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 și va preda beneficiarului toate documentele emise în cadrul contractului de execuție, în original, documente care fac parte din cartea construcției;*

5. *Va solicita și se va îngriji ca antreprenorul să își retragă toate utilajele și echipamentele din șantier;*

6. *Va solicita și se va îngriji de predarea șantierului către beneficiar;*

7. *Va solicita și se va îngriji ca șantierul să fie predat în condiții de siguranță și că niciun fel de daune nu vor fi suferite de beneficiar;*

8. *Va emite evaluarea la data rezilierii;*

9. *Va emite certificatul final și se va ocupa de închiderea administrativă și financiară a contractului de execuție reziliat;*

10. *Va realiza orice alte sarcini solicitate de beneficiar pentru finalizarea contractului reziliat și relucitarea acestuia.*

Suplimentar față de activitățile menționate în prezentul caiet de sarcini, consultantul/supervizorul are obligația de a îndeplini toate sarcinile și/sau activitățile ce îi revin potrivit Condițiilor Generale de Contract «Proiectare și Execuție Autostrada de Centură București km 0+000 - km 100+900 Sector Centură Nord km 0+000 - km 52+770, Lot 1: km 2+500 - km 20+000» și condițiilor speciale ale contractului, acordului contractual, actelor adiționale și ale legislației în vigoare.”

Mai mult, autoritatea contractantă precizează că responsabilitățile inginerului/consultantului nu sunt reglementate doar în contractul de servicii, ci și în cadrul contractului de proiectare și execuție, sens în care ofertanții trebuie să studieze cu atenție condițiile generale, condițiile speciale și acordul contractual aferente contractului de proiectare și execuție, disponibile în SEAP în secțiunile aferente anunțului de participare nr. CN1011825/06.06.2019, dar și în cadrul documentației de atribuire aferente prezentului contract de achiziție publică.

În plus, COMPANIA NAȚIONALĂ DE ADMINISTRARE A INFRASTRUCTURII RUTIERE SA subliniază că, potrivit contractului de servicii, consultantul/inginerul are obligația de a respecta și de a-și îndeplini atribuțiile stipulate, atât în contractul de servicii de supervizare inclusiv anexele sale (caietul de sarcini, propunerea tehnică, propunerea financiară), cât și în condițiile speciale, condițiile generale și acordul contractul aferent contractului de proiectare și execuție.

Prin urmare, autoritatea contractantă învederează că activitățile/responsabilitățile inginerului în cazul rezilierii contractului de proiectare și execuție vor fi cele prevăzute în caietul de sarcini aferent contractului de supervizare, coroborate cu cele prevăzute în contractul de proiectare și

execuție. În concluzie, obligațiile supervisorului cuprinse în contractul de proiectare și execuție sunt opozabile viitorului prestator, întrucât trimiterile regăsite în documentele prezentei proceduri reprezintă în fapt includerea acestor obligații în obiectul contractului de supervizare fără a fi iterate, în mod redundant.

Cu privire la criticile formulate de CONSITRANS SRL față de condiționarea plăților în cadrul contractului de supervizare de progresul fizic al lucrărilor, în condițiile în care prestația supervisorului are o înrăurire determinantă și contribuie, în mod decisiv, asupra bunei implementări a contractului de proiectare și execuție și la constrângerea antreprenorului la asumarea și realizarea obligațiilor ce-i revin acestuia din urmă, autoritatea contractantă subliniază că din prevederile caietului de sarcini referitoare la activitățile și sarcinile pe care consultantul/supervisorul trebuie să le realizeze, precum și din obiectul și scopul contractului de servicii, rezultă că, condiționarea deblocării diferenței de 50% (rămasă neplătită conform fișelor de pontaj deja aprobate pentru lunile aferente etapei de proiectare) de stadiul/progresul fizic al execuției lucrărilor pentru întregul contract, nu este abuzivă, ci dimpotrivă este corectă și aplicată la situația reală.

COMPANIA NAȚIONALĂ DE ADMINISTRARE A INFRASTRUCTURII RUTIERE SA menționează că această modalitate de plată nu creează premisele îmbogățirii fără justă cauză a beneficiarului, din moment ce sumele datorate pentru activitatea de supervizare sunt plătite consultantului supervisorului în integralitate până la finalizarea respectivei activități.

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

Totodată, COMPANIA NAȚIONALĂ DE ADMINISTRARE A INFRASTRUCTURII RUTIERE SA precizează că potrivit cap. 4.2.5.3 Activități de supervizare a lucrărilor - Supervisor/consultant din caietul de sarcini, pct. 23, consultantul/supervisorul are obligația de a monitoriza ritmul lucrărilor și să propună măsuri de recuperare a întârzierilor pentru încadrarea antreprenorului în programul de lucru aprobat: *„În eventualitatea în care lucrările nu se desfășoară conform planificării și se acumulează întârzieri importante, consultantul este dator să notifice antreprenorul și să informeze beneficiarul în termen de 3 zile, propunând și măsuri pentru a corecta ritmul lucrărilor. Consultantul va cere, în timp ce va anunța antreprenorul în legătură cu situația nesatisfăcătoare, să se*

ia măsurile necesare pentru a recupera întârzierile și pentru a se încadra în programul de lucrări aprobat."

Autoritatea contractantă mai arată că, consultantul/supervizorul are și obligația de a monitoriza permanent îndeplinirea de către antreprenor a obligațiilor ce îi revin conform contractului de lucrări, inclusiv în ceea ce privește sistemul de puncte de referință stabilit și luarea măsurilor corective necesare, conform 4.2.5.1 Administrarea și Managementul Contractului de Lucrări - pct. 5. din caietul de sarcini: *"În situația în care: (a) evoluția lucrărilor este nesatisfăcătoare pentru respectarea duratei de execuție, și sau (b) evoluția lucrărilor nu mai corespunde (sau nu va mai corespunde) programului de execuție valabil potrivit prevederilor clauzei 17 [Programul de execuție] din cauze diferite de cele menționate în clauza 35 [Prelungirea duratei de execuție], atunci consultantul/supervizorul are obligația de a solicita antreprenorului transmiterea, potrivit prevederilor clauzei 17 [Programul de execuție], a unui program complet și/sau corectat și a unui raport justificativ care să descrie metodele revizuite propuse de antreprenor spre a fi adoptate în vederea stimulării evoluției lucrărilor pentru încadrarea în durata de execuție. [...]"* Astfel, un consultant/supervizor diligent va monitoriza adecvat ritmul execuției lucrărilor, va propune măsurile necesare pentru recuperarea întârzierilor și încadrarea în programul de lucru aprobat și se va asigura că antreprenorul implementează, astfel încât și stadiile fizice să fie îndeplinite la termen.

COMPANIA NAȚIONALĂ DE ADMINISTRARE A INFRASTRUCTURII RUTIERE SA reiterează faptul că timpul efectiv lucrat conform rapoartelor lunare de progres care conțin fișele de pontaj ale experților/persoanelor mobilizați/mobilizate va fi remunerat în proporție de 50% la raportul financiar care se emite trimestrial, indiferent de stadiul fizic/progresul fizic al lucrărilor, însă diferența de 50% va fi deblocată doar atunci când vor fi îndeplinite pragurile stadiului fizic/progresului fizic menționate la pct. B al art. 32.3 din contractul de servicii, confirmându-se astfel că serviciile de supervizare și-au atins scopul.

În plus, autoritatea contractantă subliniază că procente de 50% au fost stabilite, astfel încât să existe un echilibru între activitatea reală prestată de consultant/supervizor și situația reală din șantier la un anumit moment (raportat la stadiul de realizare propriu-zis al construcției drumului expres) având la baza dezideratul că supervizorul să primească o plată corespunzătoare și corectă indiferent de stadiul execuției lucrărilor, iar diferența ce urmează a fi plătită la îndeplinirea unui prag al progresului fizic să îi asigure beneficiarului tot confortul că supervizorul își va duce la bun sfârșit activitățile contractuale în scopul realizării efective a construcției autostrăzii, astfel încât această execuție să fie corespunzătoare din toate punctele de vedere.

Ori, în condițiile în care nu se leagă plata activității de supervizare de progresul fizic al antreprenorului, atunci va exista situația în care autoritatea contractantă să deruleze 2-3 contracte de supervizare

consecutive (din cauza scurgerii timpului) pe care să le și 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, situație constatată, de altfel, și în rapoartele de control ale Corpului de Control al Primului Ministru/Ministrului Transporturilor/Curții de Conturi a României, în ultimii 3 ani.

Totodată, în condițiile în care plata activității de supervizare nu este legată de progresul fizic al antreprenorului, va exista situația în care se pot plăti mai multe contracte de supervizare, întrucât în cadrul celui inițial 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 execuție. Astfel, deși contractul de lucrări se află la un progres fizic de 10%, lucrările nefiind realizate din diferite motive, independente sau nu de culpa antreprenorului, depășirea valorii contractuale a contractului de supervizare inițial și/sau încheierea unor noi contracte de supervizare conduce la alterarea principiului de utilizare eficientă a fondurilor publice, situație constatată, de altfel, și în rapoartele de control ale Corpului de Control al Primului Ministru/Ministrului Transporturilor/ Curții de Conturi a României, în ultimii 3 ani.

Mai mult, COMPANIA NAȚIONALĂ DE ADMINISTRARE A INFRASTRUCTURII RUTIERE SA arată că modalitatea de plată prin raportare și la progresul fizic al lucrărilor, oferă autorității contractante garanții suplimentare și asigură pe de o parte, o bună implementare a contractului de supervizare și pe de cealaltă parte, prevenirea aplicării de corecții financiare, cum a fost cazul altor contracte care prevedeau modalități de plată exclusiv pe baza de pontaj și/sau situații de plată lunare.

Drept urmare, COMPANIA NAȚIONALĂ DE ADMINISTRARE A INFRASTRUCTURII RUTIERE SA consideră că modalitatea de plată doar pe baza de pontaje și/sau situații lunare de plată conduce la o implementare dificilă a contractului, fiind necesare, după cum apreciază și Corpul de Control, demersuri suplimentare din partea autorității contractante de verificare și coroborare a informațiilor prezentate de supervizor, demersuri care, în anumite situații nu sunt posibil a fi realizate din cauza termenelor contractuale de plată și/sau contextului de la momentul plății. Aceste modalități de plată au generat în trecut depășirea valorii contractuale, fără a fi atins rezultatul scontat, respectiv supervizarea în integralitate a realizării execuției lucrărilor, spre deosebire de contractele licitate și atribuite în ultima perioadă, care prevăd modalitatea de plată și prin raportare la progresul fizic al lucrărilor, care sunt derulate în condiții optime, fără a fi înregistrate blocaje/întârzieri semnificative, atât în implementarea contractului de supervizare, cât și în derularea contractului de execuție a lucrărilor.

Autoritatea contractantă reiterează faptul că 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 alți terți consultantului, în mod nejustificat și inechitabil, însă așteaptă din partea consultantului îndeplinirea corespunzătoare a obligațiilor contractuale și monitorizarea adecvată a contractului de lucrări, astfel încât să fie atinse rezultatele așteptate, dar mai ales obiectivul specific al contractului de servicii, și anume prestarea de servicii de supervizare de înaltă calitate, atât în timpul perioadei de proiectare și execuție a lucrărilor, cât și pe parcursul perioadei de garanție a lucrărilor, în vederea urmăririi corecte utilizării a fondurilor disponibile și pentru a se asigura că antreprenorul proiectează și execută lucrările în conformitate cu obligațiile contractuale, în special în ceea ce privește durata, cantitatea, calitatea și costul proiectării și lucrărilor.

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

„În situația în care execuția lucrărilor nu este finalizată sau stadiul fizic/progresul fizic al execuției lucrărilor nu atinge pragul de 100% în perioada celor 22 de luni, din motive care nu sunt imputabile/din culpa supervisorului (cu excepția riscurilor asumate de consultant/supervisor în contract) beneficiarul va aplica o reducere de 20% a «salariului brut/zi (inclusiv cheltuieli angajat și angajator)» pentru toți experții/persoanele mobilizați/mobilizate la momentul respectiv sau ce vor fi mobilizate după expirarea celor 22 luni, pentru serviciile ce vor fi prestate în cadrul contractului.

Astfel, începând cu luna 23 a perioadei de execuție a lucrărilor și până la finalizarea execuției lucrărilor, beneficiarul va aproba și va plăti numai 80% din valoarea «salariului brut/zi (inclusiv cheltuieli angajat și angajator)» aplicabil la momentul finalizării celor 22 de luni, pentru fiecare expert/persoană mobilizat/mobilizată sau ce va fi mobilizat/mobilizată, în baza serviciilor prestate de aceștia și a fișelor de pontaj.

Diferența de 20% se va constitui în economie la contract, aceasta putând fi utilizată, dacă este cazul, în scopul prelungirii perioadei de prestare a serviciilor și numai cu acceptul beneficiarului”, COMPANIA NAȚIONALĂ DE ADMINISTRARE A INFRASTRUCTURII RUTIERE SA precizează că aceste prevederi nu reprezintă o penalitate.

Ori, 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 poate 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.

Autoritatea contractantă susține că 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 nr. 72/2013, cu modificările și completările ulterioare și ale OG 13/2011, cu modificările și completările ulterioare.

Pe cale de consecință, COMPANIA NAȚIONALĂ DE ADMINISTRARE A INFRASTRUCTURII RUTIERE SA reamintește că 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.

În aceeași ordine de idei, autoritatea contractantă subliniază că potrivit doctrinei în materie, libertatea contractuală a persoanelor publice prezintă particularități în raport cu libertatea contractuală a persoanelor private. În acest sens, COMPANIA NAȚIONALĂ DE ADMINISTRARE A INFRASTRUCTURII RUTIERE SA precizează că principala caracteristică a contractelor administrative este tocmai inegalitatea de poziție în care se găsesc părțile contractante: administrația, în calitate de purtătoare a prerogativelor de putere publică și în consecință superioară particularului, poate stabili unele clauze contractuale și impune sancțiuni. Acest aspect rezultă din faptul că aceste contracte încheiate de administrația publică au anumite caracteristici speciale impuse de interesul public care stă la fundamentul încheierii și executării acestora, fiind considerate contracte publice.

Așadar, autoritatea contractantă arată că regimul juridic special căruia îi sunt supuse contractele administrative se caracterizează prin forme speciale necesare încheierii lor (spre exemplu existența unui caiet de sarcini), precum și prin principiile speciale cu privire la executarea acestor contracte (spre exemplu rezilierea, stabilirea anumitor sancțiuni, riscuri etc).

Totodată, în acest context, COMPANIA NAȚIONALĂ DE ADMINISTRARE A INFRASTRUCTURII RUTIERE SA amintește și faptul că după cum se cunoaște, contractele administrative conțin clauze impuse de administrație în temeiul puterii publice, clauze ce pot fi total diferite de clauzele obișnuite într-un contract privat. Prin inserarea unor astfel de prevederi în cadrul contractului de servicii (penalități, suspendarea contractului, denunțarea unilaterală, reziliere), autoritatea contractantă dorește să se asigure de faptul că operatorii economici înțeleg faptul că obiectul contractului este unul de interes public general, iar COMPANIA NAȚIONALĂ DE ADMINISTRARE A INFRASTRUCTURII RUTIERE SA are obligația de a se asigura că în îndeplinirea contractului, operatorul economic desemnat câștigător, va face toate demersurile, sub toate aspectele, în vederea realizării cu celeritate a obiectivului de interes național.

În plus, autoritatea contractantă subliniază că o altă caracteristică a contractelor administrative este că acestea cuprind clauze derogatorii de la dreptul comun, imperative prin puterea legii, care nu pot face obiectul niciunei negocieri. Prerogativele de putere publică ale administrației au la bază faptul că administrația încheie contractul în scopul de a satisface un

interes general. În virtutea acestor prerogative, administrația are posibilitatea de a impune anumite clauze în contract, de a controla modul de executare a contractului și de a dispune rezilierea contractului, atunci când interesul public nu mai primește, prin executarea contractului, o satisfacție completă și continuă. Referitor la penalitățile și diminuarea onorariului din contract, acestea urmăresc descurajarea unor practici des întâlnite și anume:

- prezentarea la licitație a unor experți experimentați și înlocuirea acestora imediat după semnarea contractului, cu alții mai puțin experimentați;

- înlocuirea frecventă a experților/personalului, care afectează continuitatea activității și calitatea prestației, cunoscut fiind că o fluctuație mare de personal perturbă activitatea.

Referitor la corelarea plăților cu progresul fizic, COMPANIA NAȚIONALĂ DE ADMINISTRARE A INFRASTRUCTURII RUTIERE SA învederează că această 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 investiție și să fie nevoită a iniția 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.

Un alt aspect subliniat de COMPANIA NAȚIONALĂ DE ADMINISTRARE A INFRASTRUCTURII RUTIERE SA este că prin corelarea parțială a plăților în cadrul contractului de supervizare cu progresul fizic al lucrărilor nu instituie o solidaritate pasivă a antreprenorului și consultantului, fiecare dintre aceștia răspunzând pentru obligațiile prevăzute în seama lor, acest mecanism contractual al plăților reprezentând în fapt garanția autorității contractante pentru îndeplinirea obligațiilor consultantului, a cărui activitate are un impact determinant în buna derulare a contractului de proiectare și execuție.

Față de observația CONSITRANS SRL, conform căreia prevederile art. 10.26 din contractul de servicii de supervizare „încălca prevederile art. 32 din HG 300/2006 privind cerințele minime de securitate și sănătate pentru șantierele temporare sau mobile”, autoritatea contractantă învederează că este o afirmație eronată și tendențioasă, întrucât prevederile art. 10.26 din contractul de servicii nu încalcă prevederile legale, ci le potențează. Astfel, faptul că autoritatea contractantă a stabilit în sarcina supervisorului și obligația de a accepta „Planul propriu de sănătate și securitate în muncă” nu implică faptul că nu se vor respecta

prevederile art. 32 din HG 300/2006, respectiv nu presupune faptul că acesta nu va fi avizat conform prevederilor acestui articol de lege.

II. Cu privire la caracterul, în opinia CONSITRANS SRL, disproporționat al întinderii și al modului de calcul a sumelor stabilite cu titlu de penalități, COMPANIA NAȚIONALĂ DE ADMINISTRARE A INFRASTRUCTURII RUTIERE SA susține următoarele:

1. În ceea ce privește aplicarea de corecții ale ratelor experților consultantului în condițiile în care activitatea acestora în cadrul organizației supervisorului încetează din cauze ce exced opțiunii supervisorului, autoritatea contractantă arată că poate adopta următoarea măsură de remediere:

- În cadrul modelului de contract de servicii, prevederile art. 20.9 alin. (3) se modifică astfel:

„Situția menționată la articolul 20.2 lit. e) nu constituie motiv de neaplicare a acestei reduceri de 10%. În situațiile menționate la articolul 20.2. lit. d) și respectiv lit. f), în condițiile în care expertul/persoana continuă să își desfășoare activitatea în cadrul prezentului contract în calitate nominalizată în cadrul ofertei, autoritatea contractantă nu va reduce cu 10% «salariul brut/zi (inclusiv cheltuieli angajat și angajator)» ce va fi plătit expertului cheie/non-cheie/alt personal înlocuitor.”

- Pentru o abordare unitară, în cadrul modelului de contract de servicii, prevederile art. 20.2 lit. d) și lit. f) se modifică astfel:

„d) demisia, cu excepția situației în care expertul/persoana, deși a demisionat de la angajator, continuă să își desfășoare activitatea în cadrul prezentului contract. Prin noțiunea de «demisie» așa cum este menționată în prezentul articol se înțelege actul unilateral de voință al persoanei prin care încetează contractul individual de muncă dintre persoana respectivă și angajator, demisia salariatului fiind înaintată consultantului/supervisorului, în calitate sa de angajator, astfel cum este reglementată de Legea nr. 53/2003 - Codul Muncii, cu modificările și completările ulterioare.”

„f) desfacerea disciplinară a contractului individual de muncă, dovedită cu documente justificative, cu excepția situației în care expertul/persoana continuă să își desfășoare activitatea în cadrul prezentului contract.”

COMPANIA NAȚIONALĂ DE ADMINISTRARE A INFRASTRUCTURII RUTIERE SA precizează faptul 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.

2. Cu privire la restul criticilor formulate de CONSITRANS SRL, care nu vizează măsura de remediere propusă la punctul II.1, autoritatea contractantă menționează următoarele:

- Contrar susținerilor contestatoarei, prevederile contractuale referitoare la penalități nu sunt stabilite, în mod arbitrar, ci reprezintă garanția autorității contractante pentru îndeplinirea corespunzătoare a

contractului, reducerea cuantumului conform solicitărilor CONSITRANS SRL, având efectul de a da un caracter derizoriu prevederilor contractuale care au ca scop asigurarea îndeplinirii corespunzătoare a contractului de către supervisor.

- COMPANIA NAȚIONALĂ DE ADMINISTRARE A INFRASTRUCTURII RUTIERE SA opinează că, CONSITRANS SRL pleacă de la ideea că nu va respecta obligațiile contractuale și încearcă, fie să elimine, fie să reducă substanțial cuantumul penalităților, astfel încât autoritatea contractantă să dispună de mult mai puține pârghii de constrângere în cazul neîndeplinirii sau îndeplinirii necorespunzătoare a obligațiilor ce-i revin consultantului.

- În ceea ce privește criticile contestatoarei privind încălcarea principiului transparenței, autoritatea contractantă menționează faptul că acest principiu a fost respectat întru-totul, toate informațiile relevante, inclusiv cele referitoare la penalități fiind făcute publice de la momentul inițierii procedurii de atribuire și sunt cuprinse în cadrul documentației de atribuire.

- Cu privire la susținerea CONSITRANS SRL, potrivit căreia s-ar încălca principiul transparenței, atât timp cât autoritatea contractantă nu a definit, în mod concret toate circumstanțele care vor conduce la obligarea consultantului la plata de penalități, COMPANIA NAȚIONALĂ DE ADMINISTRARE A INFRASTRUCTURII RUTIERE SA arată că un astfel de demers nu poate fi realizat la momentul inițierii procedurii, enumerarea exhaustivă a tuturor variabilelor care pot determina prestatorul, să nu își îndeplinească sau să îndeplinească necorespunzător obligațiile, fiind imposibilă.

- Cu privire afirmațiile CONSITRANS SRL referitoare la art. 10.60, autoritatea contractantă menționează faptul că scopul penalităților este acela de a garanta îndeplinirea obligațiilor supervisorului, și respectiv, buna implementare a contractului de proiectare și execuție lucrări. Ori, în aceste condiții este neverosimilă ipoteză prezentată de contestatoare cu privire la aplicarea de penalități în condițiile în care progresul fizic al lucrărilor este în avans față de graficul de realizare a lucrărilor, iar condiția ca nemobilizarea utilajelor/personalului antreprenorului să fi produs o întârziere în execuție este de la sine înțeleasă.

În ceea ce privește termenul în care supervisorul trebuie să dispună mobilizarea, COMPANIA NAȚIONALĂ DE ADMINISTRARE A INFRASTRUCTURII RUTIERE SA subliniază că acesta trebuie să fie stabilit, astfel încât să nu se înregistreze întârzieri și să fie respectat programul de execuție a lucrărilor, impunerea unui termen fix nefiind posibilă, întrucât acesta trebuie adaptat de la caz la caz în funcție de progresul lucrărilor.

Față de observația CONSITRANS SRL, conform căreia prevederea art. 10.60 din contractul de servicii de supervizare este „lipsită de previzibilitate”, precum și în contextul în care în cuprinsul contestației CONSITRANS SRL își întemeiază argumentarea pe baza unei false premise („Altfel ne-am putea afla în situația în care [...]”, rezultând așadar faptul

că nu există o certitudine în raționament), autoritatea contractantă învederează faptul că supervizorul are obligația de „a dispune antreprenorului, prin ordin de mobilizare, mobilizarea utilajelor antreprenorului/personalului incluse/inclus în programul de execuție în conformitate cu prevederile clauzei 30 «Utilajele antreprenorului și transportul bunurilor», respectiv Clauzei 14 «Personal» din Condițiile Generale pentru Proiectare și Execuție Lucrări, prevăzute în Anexa nr. 2 din HG nr. 1/2018”, într-un termen care să nu aducă prejudicii autorității contractante, respectiv într-un termen care să nu întârzie executarea lucrărilor care fac obiectul contractului de proiectare și execuție. În acest sens, COMPANIA NAȚIONALĂ DE ADMINISTRARE A INFRASTRUCTURII RUTIERE SA subliniază că a lăsat la latitudinea supervizorului gestionarea acestei situații. Prin aceste prevederi, scopul autorității contractante nu este acela de a penaliza supervizorul, ci de a fi îndeplinit obiectul contractului, atât a celui de servicii, cât și celui de proiectare și execuție.

De asemenea, COMPANIA NAȚIONALĂ DE ADMINISTRARE A INFRASTRUCTURII RUTIERE SA susține 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/inginerului are un impact semnificativ asupra găsirii soluțiilor pentru recuperarea întârzierilor și finalizării lucrărilor în durata de execuție preconizată.

Cu privire la afirmațiile CONSITRANS SRL referitoare la art. 11.5., respectiv față de solicitarea contestatoarei cu privire la reformularea acestuia prin introducerea obligației în sarcina autorității contractante de a face dovada caracterului confidențial și a divulgării de către consultant a unor astfel de informații, COMPANIA NAȚIONALĂ DE ADMINISTRARE A INFRASTRUCTURII RUTIERE SA arată că, caracterul confidențial 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 condițiile publicării de către prestator și/sau transiterii către terți fără acordul expres al beneficiarului.

Autoritatea contractantă menționează că în conformitate cu prevederile art. 11.5 din contractul de servicii: „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 sau 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 consecința plății despăgubirii menționate în «Lista de penalități» de la articolul 15 din prezentul contract.»

COMPANIA NAȚIONALĂ DE ADMINISTRARE A INFRASTRUCTURII RUTIERE SA subliniază că interdicția sus enunțată este derivată din chiar obligația de a respecta codul de conduită aferent profesiei, precum și din obligația consultantului/inginerului de a acționa în scopul protejării intereselor beneficiarului. Această interdicție este una uzuală în contractele dintre părți, sens în care aplicarea unei penalități pentru un comportament vătămător al prestatorului nu poate fi considerată injustă sau nelegală.

Cu privire la afirmațiile CONSITRANS SRL referitoare la art. 15.7, autoritatea contractantă arată că, prevederile contractului, inclusiv prevederile articolului în discuție, respectă principiul transparenței și sarcinile respective îi sunt opozabile viitorului prestator, contractul de proiectare și execuție la care sunt făcute trimiteri în cadrul contractului de supervizare fiind publicat în prezenta documentație de atribuire.

COMPANIA NAȚIONALĂ DE ADMINISTRARE A INFRASTRUCTURII RUTIERE SA susține că în aceste condiții, penalitatea se aplică pentru întârzierea în îndeplinirea obligației mai sus menționate, beneficiarul fiind îndreptățit să sancționeze comportamentul culpabil al prestatorului care nu respectă termenele contractuale, culpa aparținându-i în integralitate din moment ce depinde doar de acesta să respecte termenul de aprobare/ respingere a programul de lucru/programul de execuție transmis de antreprenor.

Autoritatea contractantă amintește cu privire la acest subiect și prevederile sub-clauzei 17.4 din Condițiile 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 execuție și îl va accepta sau respinge.”

Suplimentar, cu privire la art. 12.3, COMPANIA NAȚIONALĂ DE ADMINISTRARE A INFRASTRUCTURII RUTIERE SA face următoarele precizări:

- Având în vedere prevederile Legii nr. 98/2016, cu modificările și completările ulterioare, precum și ale OUG nr. 66/2011, cu modificările și completările ulterioare, consultantul/inginerul are obligația de a lua toate măsurile necesare pentru a preveni ori stopa orice situație care ar putea compromite executarea obiectivă și imparțială a contractului de servicii, inclusiv în ceea ce privește evitarea situațiilor, care ar putea genera un conflict de interese. Consultantul/inginerul trebuie să evite orice contact care ar putea să-i compromită independența ori pe cea a personalului său, salariat sau contractat, inclusiv conducerea și salariații din teritoriu.

- În situația 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 situație

de conflict de interese, consultantul/inginerul va întreprinde imediat demersurile de înlocuire a respectivului membru al personalului, beneficiarul aplicând totodată și penalitatea de 5.000 lei pentru fiecare persoană înlocuită aflată în această situație. În sensul art. 12 Conflictul de interese din contractul de servicii, cu respectarea legislației în materia achizițiilor publice aplicabilă prezentului contract, completată de reglementările europene în vigoare și dispozițiile autorității de management pentru POIM, răspunderea pentru evitarea incidenței situațiilor 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 și penalizat injust.

- Ori, având în vedere că prestatorul are obligația „de a face”, penalitățile enumerate în contestație sunt aplicate de beneficiar atunci când prestatorul „nu face” sau „nu face corespunzător” ceea ce și-a asumat prin contractul de servicii.

- Mai mult decât atât, COMPANIA NAȚIONALĂ DE ADMINISTRARE A INFRASTRUCTURII RUTIERE SA precizează că situațiile pentru care beneficiarul aplică penalitățile 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 activități care sunt specifice inginerului/consultantului și care sunt reglementate inclusiv prin condițiile contractului de lucrări supervizat, precum și la nerespectarea termenelor de elaborare, analiză și verificare a documentelor, de înaintare a acestora către beneficiar în termenul contractual, întârzieri care pot avea consecințe grave sau mai puțin grave asupra îndeplinirii obiectivului de investiție în termenele contractuale.

- Autoritatea contractantă menționează că toate aceste penalități nu vor fi aplicate, decât în condițiile în care prestatorul nu își îndeplinește activitățile și sarcinile, sau le îndeplinește după expirarea termenelor contractuale. Pe cale de consecință, toate aceste penalități sunt aferente activităților aflate sub controlul prestatorului, ca de exemplu:

- neconstatarea în timp real a inexistenței utilajelor/personalului pe șantier;
- nerespectarea condițiilor de mobilizare a experților proprii, etc;
- nerespectarea condițiilor privind înlocuirea oricărui membru al personalului consultantului;
- întârzieri în analiza programului de execuție transmis de antreprenor;
- neredactarea și/sau netransmiterea în termen a procesului-verbal al întâlnirilor din șantier;
- elaborarea eronată a certificatelor interimare de plată;
- nefinalizarea analizei documentelor de proiectare;
- nefinalizarea în termenul contractual a modului de soluționare a revendicărilor;

- neprezentarea alături de beneficiar în litigiile provenite din documentele elaborate de consultant;
- nerealizarea obligațiilor contractuale ca urmare a rezilierii contractului de lucrări.

Beneficiarul nu a transferat niciun risc care depinde de alți terți către consultant, penalitățile fiind aplicate doar pentru neîndeplinirea sau întârzierea în îndeplinirea activităților/sarcinilor aflate sub controlul prestatorului.

III. Cu privire la afirmațiile CONSITRANS SRL referitoare la mobilizarea/demobilizarea personalului consultantului, care în opinia contestatoarei este discreționară și impune penalități pentru situații ce exced controlului consultantului, COMPANIA NAȚIONALĂ DE ADMINISTRARE A INFRASTRUCTURII RUTIERE SA precizează următoarele:

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

„Oricând pe parcursul derulării contractului de servicii, în funcție de necesitățile beneficiarului, și/sau de necesitățile consultantului/supervizorului, cât și de situația existentă la un moment dat a prezentului Contract de Servicii sau a Contractului «Proiectare și execuție Autostrada de Centură București km 0+000 - km 100+900 Sector Centură Nord km 0+000 - km 52+770 Lot 1: km 2+500 - km 20+000», sau în funcție de progresul fizic/stadiul fizic al lucrărilor, sau alte asemenea, beneficiarul poate emite ordin/ordine de mobilizare/demobilizare prin care se va solicita fie mobilizarea personalului consultantului/supervizorului, fie demobilizarea acestuia în condițiile în care personalul consultantului/supervizorului a fost deja mobilizat.”

COMPANIA NAȚIONALĂ DE ADMINISTRARE A INFRASTRUCTURII RUTIERE SA învederează faptul că prevederile art. 19.3 din contractul de servicii, mai sus citate, privind mobilizarea/demobilizarea experților reprezintă pentru autoritatea contractantă un instrument de gestionare a dinamicii personalului în cadrul contractului de servicii, menit să răspundă nu doar necesităților beneficiarului, ci și necesităților consultantului/supervizorului, în funcție și de o serie de factori, printre care situația contractului de servicii, situația contractului de lucrări, progresul fizic/stadiul fizic al lucrărilor etc. Ori, cel mai adesea, stadiul fizic/progresul fizic scăzut al lucrărilor nu se datorează unor plăți întârziate din partea beneficiarului, ci 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. Astfel, dacă necesitatea nu impune prezența unui expert/unei persoane în cadrul contractului pentru o anumită perioadă de timp sau pentru o anumită etapă de supervizare, întrucât aportul respectivului expert/respectivei persoane nu este necesar, menținerea aceluși expert/acelei persoane mobilizat/ă în cadrul contractului de servicii ar conduce la remunerarea nejustificată a acestuia/

acesteia din moment ce nu ar reprezenta contravaloarea unei munci prestate.

Autoritatea contractantă reamintește faptul că este o obligație a oricărui contractant de a asigura personalul necesar desfășurării activităților asumate prin contractul încheiat cu beneficiarul, rămânând astfel în sarcina prestatorului responsabilitatea de a gestiona relația contractuală cu personalul propus în cadrul contractului. Întrucât beneficiarul nu are o relație contractuală cu experții, ci doar cu prestatorul, nu i se poate imputa beneficiarului că îngrădește dreptul la muncă al experților, intrând în riscul normal al oricărui contractant eventuala decizie a angajaților/colaboratorilor săi de a demisiona sau de a înceta activitatea în cadrul contractului. Acest risc nu poate fi transferat, în mod arbitrar, beneficiarului, cu atât mai mult cu cât ordinul de demobilizare a personalului poate interveni doar în condiții obiective, justificate de necesitățile contractului de servicii.

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

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

Prin urmare, autoritatea contractantă menține prevederile art. 19.3 și ale art. 23.4. din contractul de servicii, în baza argumentelor mai sus menționate.

2. Cu privire la susținerea CONSITRANS SRL, potrivit căreia autoritatea contractantă a solicitat, în mod exclusiv nominalizarea unor experți care nu sunt alocați și nu vor fi alocați în cadrul altor contracte, COMPANIA NAȚIONALĂ DE ADMINISTRARE A INFRASTRUCTURII RUTIERE SA subliniază că declarația de disponibilitate (anexa nr. 2 la Formularul nr. 4) este menită să servească verificării capacității efective a fiecărui expert propus, care reprezintă și factori de evaluare, de a fi implicat în noul contract, fără a afecta alte contracte aflate deja în derulare cu autoritatea contractantă.

Autoritatea contractantă opinează că a solicitat prezentarea declarațiilor de disponibilitate, în mod justificat, aceasta reprezentând o garanție menită să asigure implicarea reală a experților în cauză, nominalizați în ofertă, această solicitare nefiind de natură a încălca legislația privind achizițiile publice.

COMPANIA NAȚIONALĂ DE ADMINISTRARE A INFRASTRUCTURII RUTIERE SA precizează că, în niciun moment nu a solicitat ofertanților,

punerea la dispoziție de documente care să contravină legilor în vigoare și normelor de aplicare a acestora. În cazul de față, declarația de disponibilitate pe care expertul o pune la dispoziție are rolul de a ajuta atât ofertantul, cât și 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, contractanții solicită înlocuirea experților nominalizați în ofertă, fapt care poate periclita desfășurarea în condiții normale a contractului de servicii.

De asemenea, autoritatea contractantă arată că în cadrul procesului de evaluare a ofertelor depuse, în baza informațiilor prezentate de experți, comisia de evaluare, va analiza dacă resursele puse la dispoziție de către ofertanți, pot conduce și pot asigura realizarea în condițiile solicitate a contractului, fără a fi afectat vreun alt contract încheiat cu aceeași autoritatea contractantă în care expertul mai este angrenat contractual.

Astfel, COMPANIA NAȚIONALĂ DE ADMINISTRARE A INFRASTRUCTURII RUTIERE SA, în conformitate cu prevederile legale, menține prevederile documentației de atribuire referitoare la „Declarația de disponibilitate” - Anexa nr. 2 la Formularul nr. 4, întrucât prin acest formular, în fapt, experții își vor prezenta situația reală a angajamentelor pe care le au la momentul depunerii ofertelor în cadrul altor contracte.

În acest context, autoritatea contractantă menționează faptul că 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.

Totodată, COMPANIA NAȚIONALĂ DE ADMINISTRARE A INFRASTRUCTURII RUTIERE SA subliniază faptul că declararea experților ca fiind implicați și în alte contracte nu va conduce, în mod automat, la respingerea ofertei, ci va efectua o analiză, pe baza informațiilor prezentate de către ofertanți în propunerea tehnică și va decide dacă aceasta este susținută de echipa de experți propusă și/sau dacă sunt sau nu afectate celelalte contracte aflate în derulare în care a/au fost nominalizați aceiași experți.

Cu privire la susținerile CONSITRANS SRL, potrivit cărora mecanismele contractuale referitoare la mobilizarea personalului ar fi împovărătoare pentru prestator, beneficiarul putând să mobilizeze/demobilizeze personalul când va considera acesta de cuviință, autoritatea contractantă precizează că mecanismul contractual a fost conceput pentru a asigura atât buna desfășurare a contractului de supervizare, cât și a celui de proiectare și execuție. Astfel, scopul acestor clauze este de eficientizare a implementării contractului, iar nu de șicanare a prestatorului de servicii.

Mai mult, COMPANIA NAȚIONALĂ DE ADMINISTRARE A INFRASTRUCTURII RUTIERE SA susține că mecanismul de mobilizare/demobilizare a personalului supervisorului reprezintă garanția autorității contractante, în cazul în care prestatorul este de rea-credință, caz întâmpinat în derularea mai multor contracte anterioare în cadrul cărora personalul supervisorului era mobilizat, deși nu se justifica, raportat la

stadiul fizic și ritmul lucrărilor, că poate interveni, astfel încât să fie respectat principiul cheltuirii eficiente a fondurilor publice și să prevină depășirea valorii de contract.

În plus, autoritatea contractantă subliniază că vasta sa experiență, atât în implementarea contractelor principale, cât și a celor conexe construirii de drumuri a condus la necesitatea creării acestor mecanisme contractuale, care să garanteze buna implementare a diverselor obiective de investiții chiar și în condițiile în care nu este respectat principiul bunei-credințe, alternativa (absența acestor mecanisme) având un impact negativ major asupra realizării proiectelor de investiții de interes național și consecințe implicit asupra economiei naționale și a bugetului de stat.

Cu privire la susținerea CONSITRANS SRL, referitoare la faptul că supervisorul își asumă toate riscurile, COMPANIA NAȚIONALĂ DE ADMINISTRARE A INFRASTRUCTURII RUTIERE SA susține că aceasta este neadevărată, riscurile fiind împărțite prin raportare la obligațiile ce trebuie îndeplinite de către fiecare dintre părți. Astfel, autoritatea contractantă susține că are cu precădere, doar obligația principală a plății serviciilor prestate, iar prestatorul trebuie să asigure serviciile de supervizare, așa cum au fost acestea menționate în cadrul contractului și al caietului de sarcini.

În acest context, COMPANIA NAȚIONALĂ DE ADMINISTRARE A INFRASTRUCTURII RUTIERE SA precizează faptul că prerogativele de drept public la îndemâna autorității contractante constau în faptul că se încheie contractul pentru realizarea unor sarcini ale interesului public, ceea ce plasează autoritatea contractantă într-o poziție privilegiată cu posibilitatea de a impune unele clauze în contract, cu scopul de a controla modul de executare al contractului. Ori, în realizarea interesului public, autoritatea contractantă are obligația de a asigura respectarea cheltuirii eficiente a fondurilor publice. Fiind încheiat în vederea realizării unei competențe a administrației publice, contractul de achiziție publică presupune anumite rigori pe care trebuie să le accepte cei care doresc să se implice într-o relație contractuală cu statul sau entitățile publice ale sale. Legea contenciosului administrativ nr. 554/2004 instituie regula, conform căreia principiul libertății contractuale este subordonat principiului priorității interesului public.

COMPANIA NAȚIONALĂ DE ADMINISTRARE A INFRASTRUCTURII RUTIERE SA susține că din analiza criticilor aduse acestor prevederi contractuale se desprinde ideea că CONSITRANS SRL urmărește să câștige mai multe contracte de achiziție publică cu aceeași echipă de experți pentru ca ulterior să „jongleze” cu aceștia în cadrul contractelor câștigate, o asemenea abordare fiind de natură să pericliteze buna desfășurare a contractelor de supervizare și să crească riscul unei activități de supervizare de o calitate scăzută, care conduce implicit și la întârzieri semnificative în realizarea obiectivelor de investiții.

Referitoare la afirmațiile CONSITRANS SRL cu privire la caracterul injust al clauzelor criticate, autoritatea contractantă susține că a stabilit

prin documentația de atribuire un efect scontat, iar aceasta trebuie să aibă garanția că dacă plătește o sumă stabilită prin propunerea financiară a ofertantului declarat câștigător, atunci și obține rezultatul urmărit, mai ales în condițiile în care contractul este finanțat de la bugetul de stat și din fonduri europene nerambursabile.

Cu privire la susținerile prezentate de CONSITRANS SRL în referire la faptul că se anulează dreptul consultantului de a invoca impreviziunea și de a obține adoptarea contractului pentru a fi distribuit în mod echitabil între părți pierderile și beneficiile ce rezultă din schimbarea împrejurărilor, COMPANIA NAȚIONALĂ DE ADMINISTRARE A INFRASTRUCTURII RUTIERE SA menționează faptul că impreviziunea nu este înlăturată de către autoritatea contractantă prin clauzele criticate ci, aceasta face uz de experiență în implementarea altor contracte de proiectare și execuție, reglementând scenariile uzuale, precum și modul de depășire a blocajelor cel mai des întâmpinate, cu scopul apărării interesului public de realizare în condiții optime a obiectivului de investiții.

IV. Cu privire la inserarea unor clauze, care, în opinia contestatoarei permit beneficiarului sancționarea consultantului supervisorului, în mod discreționar și fără predictibilitate, autoritatea contractantă arată următoarele:

1. Cu privire la art. 15.11 din modelul de contract, COMPANIA NAȚIONALĂ DE ADMINISTRARE A INFRASTRUCTURII RUTIERE SA susține că poate adopta următoarea măsură de remediere:

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

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

- 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 execuție datorate culpei supervisorului/consultantului. Atunci când întârzierile în realizarea lucrărilor de execuție se datorează culpei antreprenorului, consultantul/supervizorul va notifica antreprenorul cu privire la aplicarea de penalități.”

2. Cu privire la restul criticilor formulate în contestație, cu privire la lipsa de claritate a prevederilor contractuale și inserarea unor clauze, care permit beneficiarului sancționarea Consultantului/supervisorului în mod discreționar și fără predictibilitate, care nu vizează măsura de remediere propusă mai sus, autoritatea contractantă face următoarele mențiuni:

COMPANIA NAȚIONALĂ DE ADMINISTRARE A INFRASTRUCTURII RUTIERE SA nu poate rezilia contractul decât în baza prevederilor contractuale și a altor dispoziții legale incidente, enumerarea exhaustivă, așa cum este solicitată de contestatoare, a tuturor posibilelor scenarii în care devin aplicabile alte motive de reziliere este imposibilă la momentul publicării documentației de atribuire.

Față de nulitatea clauzelor referitoare la același aspect, prin raportare la prevederile art. 14 și 15 din Legea nr. 72/2013, întrucât prin acestea s-ar elimina posibilitatea plății de daune-interese suplimentare, autoritatea contractantă învederează că potrivit doctrinei de specialitate, daunele-interese reprezintă compensări sau despăgubiri bănești 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 obligațiilor contractuale. Daunele interese pot fi:

- daune interese compensatorii, care se plătesc pentru neexecutarea parțială sau totală ori executarea necorespunzătoare a obligației 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 obligații contractuale.

De asemenea, COMPANIA NAȚIONALĂ DE ADMINISTRARE A INFRASTRUCTURII RUTIERE SA subliniază că potrivit prevederilor contractului de supervizare, pentru neîndeplinirea obligațiilor de către autoritatea contractantă sau îndeplinirea cu întârziere, quantumul daunelor-interese a fost prestabilit sub forma unei clauze penale privind aplicarea de penalități, în conformitate cu prevederile art. 1.538 - Clauza penală din Noul Cod Civil:

(1) Clauza penală este aceea prin care părțile stipulează că debitorul se obligă la o anumită prestație în cazul neexecutării obligației principale.

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

Ori, având în vedere că întinderea daunelor-interese este stabilită în mod anticipat sub forma de penalități, inclusiv pentru neîndeplinirea de către autoritatea contractantă a obligațiilor ce-i revin conform prevederilor contractuale, nu poate fi vorba despre eliminarea plății de daune-interese, cum susține în mod eronat contestatoarea.

Cu privire susținerea contestatoarei, referitoare la faptul că încălcarea principiului transparenței deschide posibilitatea arbitrariului din partea Beneficiarului, COMPANIA NAȚIONALĂ DE ADMINISTRARE A INFRASTRUCTURII RUTIERE SA subliniază că a prevăzut, în mod transparent, în cadrul documentației riscurile care pot apărea cu ocazia derulării contractului de supervizare, ofertanții având obligația de a cuantifica în cadrul ofertelor lor inclusiv posibilitatea materializării acestor riscuri și de a dimensiona, în mod corespunzător, propunerile financiare, astfel încât să poată depăși oricare dintre blocajele previzibile încă de la momentul elaborării ofertelor. Astfel, un ofertant diligent va dimensiona, în mod corespunzător, propunerea financiară, în corelare cu propunerea

tehnică care cuprinde inclusiv riscurile prevăzute în documentația de atribuire și nu va oferi un preț neobișnuit de scăzut doar cu scopul de a crea premisele artificiale câștigării contractului pentru ca ulterior să constate că prețul contractului nu este suficient pentru îndeplinirea tuturor obligațiilor asumate prin semnarea acestuia.

Față de afirmația CONSITRANS SRL, conform căreia „*Modalitatea în care clauza contractuală este redactată, respectiv doar de acordare a beneficiarului a posibilității modificării contractului fără a suplimenta prețul, transformă un contract esențialmente comutativ într-unul aleatoriu*”, autoritatea contractantă învederează că în elaborarea prevederilor art. 24 *Modificarea contractului de servicii*, a ținut cont de prevederile art. 221 din cadrul Secțiunii 2 - *Modificarea contractului de achiziție publică/acordului-cadru*, din cadrul Legii nr. 98/2016 privind achizițiile publice, cu modificările și completările ulterioare. Autoritatea contractantă subliniază că are obligația respectării prevederilor art. 221 anterior invocat, care reglementează explicit care sunt cazurile în care contractele de achiziție publică pot fi modificate, prin suplimentarea prețului contractului.

Totodată, COMPANIA NAȚIONALĂ DE ADMINISTRARE A INFRASTRUCTURII RUTIERE SA învederează faptul că nu orice modificare a contractului de achiziție publică implică suplimentarea prețului contractului, astfel încât apreciază faptul că observația CONSITRANS SRL în legătură cu acest aspect este nefundamentată.

În aceeași ordine de idei, autoritatea contractantă menționează că orice modificare a contractului, inclusiv în ceea ce privește prețul, se va realiza în conformitate cu prevederile Legii nr. 98/2016, cu modificările și completările ulterioare, ale HG nr. 395/2016, cu modificările și completările ulterioare, 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*”.

COMPANIA NAȚIONALĂ DE ADMINISTRARE A INFRASTRUCTURII RUTIERE SA mai arată că atât în situațiile prevăzute la art. 24.1 (3) cât și în situațiile 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, autoritatea contractantă susține că 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, cu modificările și completările ulterioare, poate fi suplimentat prețul contractului.

V. Cu privire la afirmațiile CONSITRANS SRL referitoare la modalitățile de plată, COMPANIA NAȚIONALĂ DE ADMINISTRARE A INFRASTRUCTURII RUTIERE SA arată următoarele:

Față de termenul de plată, autoritatea contractantă precizează 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, cu modificările și completările ulterioare, justificat de complexitatea situațiilor de lucrări și a documentelor de verificat și aprobat înainte de realizarea plăților, precum și accesul la fondurile necesare efectuării plăților, fiind vorba despre un contract aferent unui proiect de infrastructură rutieră de interes major.

Mai mult, COMPANIA NAȚIONALĂ DE ADMINISTRARE A INFRASTRUCTURII RUTIERE SA menționează că și acest termen de plată este uzual în toate contractele finanțate din fonduri europene nerambursabile derulate de autoritatea contractantă după intrarea în vigoare a Legii nr. 72/2013.

În plus, autoritatea contractantă subliniază că 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 și volumul mare al documentelor de verificat și aprobat înainte de realizarea plăților, accesul la fondurile necesare efectuării plăților, de circuitul financiar al fondurilor, care implică mai multe instituții ale statului, fiind vorba despre un proiect de infrastructură rutieră de interes major.

Față de numeroasele invocări ale prevederilor Codului Civil, înscrise de CONSITRANS SRL în cuprinsul contestației de referință, COMPANIA NAȚIONALĂ DE ADMINISTRARE A INFRASTRUCTURII RUTIERE SA învederează faptul că prezentul contract este unul administrativ în lumina definiției contractului de achiziție publică și a Legii contenciosului administrativ nr. 554/2004. Astfel, regimul juridic al contractului în discuție este unul special, preponderent de drept public. Prerogativele de drept public la îndemâna autorității contractante constau în faptul că se încheie contractul pentru realizarea unor sarcini ale interesului public, ceea ce pune autoritatea contractantă într-o poziție privilegiată cu posibilitatea de a impune unele clauze în contract, de a controla modul de executare și chiar de reziliere a contractului. Fiind încheiat în vederea realizării unei competențe a administrației publice, acest contract are o natură juridică preponderent de adeziune. În consecință, contractul de achiziție publică presupune anumite rigori pe care trebuie să le accepte cei care doresc să se implice într-o relație contractuală cu statul sau entitățile publice ale sale. Legea contenciosului administrativ nr. 554/2004 instituie regula conform căreia principiul libertății contractuale este subordonat principiului priorității interesului public. Mai mult, introducerea în cadrul contractului de servicii a anumitor clauze contractuale este motivată de garanțiile necesare autorității contractante pentru realizarea cu celeritate a obiectivului de interes național.

Ori, având în vedere că penalitățile se află în strânsă legătură cu culpa părților și sunt aplicate numai în situația în care prestatorul nu își îndeplinește obligațiile în termenele și condițiile contractuale, cuantumul

acestora nu ar trebui să reprezinte o îngrijorare pentru orice operator economic care urmărește îndeplinirea contractului conform principiului buneii-credințe.

Prin adresa nr. 32253/863/C5/23.06.2021, Consiliul a solicitat CONSITRANS SRL un răspuns cu privire la punctul de vedere nr. 50259/18.06.2021, formulat de autoritatea contractantă, respectiv cu privire la măsurile de remediere propuse de aceasta.

Prin corespondența înregistrată la CNSC sub nr. 32708/24.06.2021, CONSITRANS SRL a confirmat primirea adresei nr. 32253/863/C5/23.06.2021.

Prin adresa nr. 101/28.06.2021, transmisă inițial prin mijloace electronice (e-mail) și, ulterior, în original, prin poștă, înregistrată la CNSC sub nr. 33404/29.06.2021 și, respectiv sub nr. 33477/29.06.2021, CONSITRANS SRL a formulat un răspuns față de punctul de vedere al autorității contractante.

Cu titlu prealabil, contestatoarea precizează faptul că adresa nr. 50259/18.06.2021, comunicată de autoritatea contractantă, nu poate fi calificată nici drept punct de vedere, iar nici drept o comunicare privind măsurile de remediere adoptate, în raport de:

i. termenul pentru formularea unui punct de vedere de autoritatea contractantă este de 5 zile de la data primirii contestației, în temeiul art. 18 alin. (1) Legea nr. 101/2016 - contestația fiind comunicată la data de 13.04.2021, autoritatea contractantă a formulat un punct de vedere la mai bine de două luni de la data la care avea obligația îndeplinirii acestei obligații;

ii. în măsura în care autoritatea contractantă intenționează să adopte vreo măsură de remediere, are obligația de a le adopta în termen de cel mult 3 zile de la data primirii contestației - măsuri ce trebuie comunicate operatorilor economici în termen de cel mult o zi de la data adoptării, în temeiul art. 9 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

Ori, din adresa autorității contractante nr. 50259/18.06.2021, reiese că aceasta reprezintă un punct de vedere în care sunt prezentate și unele măsuri de remediere, deși atât termenul pentru formularea punctului de vedere, cât și cel pentru adoptarea măsurilor de remediere a expirat de mai bine de două luni.

1. Referitor la măsurile de remediere propuse de autoritatea contractantă, CONSITRANS SRL arată următoarele:

Cât privește măsura de remediere propusă de COMPANIA NAȚIONALĂ DE ADMINISTRARE A INFRASTRUCTURII RUTIERE SA pentru clauza 18.4, contestatoarea apreciază că este o eroare în ceea ce privește numărul clauzei, astfel că CONSITRANS SRL face referire la clauza nr. 19.20 din contractul de supervizare, care pare a fi cea vizată de această măsura de remediere.

Astfel, singurul amendament față de formularea anterioară privește precizarea că atât Condițiile generale și speciale la contractul de proiectare

și execuție și lucrări, cât și acordul contractul de lucrări reprezintă „*părți integrante din contractul de proiectare și execuție*”.

Prin urmare, CONSITRANS SRL susține că introducerea acestei mențiuni nu schimbă sensul inițial al clauzei, ceea ce înseamnă că în continuare este încălcat principiul relativității efectelor contractului, prin stabilirea de obligații în sarcina consultantului printr-un act juridic la care acesta nu este parte - contractul de proiectare și execuție.

Ori, chiar și dacă s-ar admite măsura de remediere propusă, acest lucru nu este de natură să anuleze principiul relativității efectelor contractului.

Prin urmare, contestatoarea arată că această măsură propusă de autoritatea contractantă nu este o măsură de remediere, motiv pentru care este de acord cu aceasta.

Referitor la măsura de remediere propusă de autoritatea contractantă pentru clauza nr. 32.3 lit. A din contractul de supervizare, CONSITRANS SRL subliniază că aceasta constă, exclusiv, în modificarea procentelor aferente plăților ce vor fi efectuate consultantului. Astfel, în loc de procentul de 50% ce era prevăzut inițial că va fi plătit lunar consultantului, în baza timpului efectiv lucrat conform rapoartelor lunare de progres, care conțin fișele de pontaj ale experților/persoanelor mobilizați/mobilizate, se introduce un procent de 70%, iar restul de 30% se vor plăti la momentul finalizării activității de proiectare, în baza avizării proiectului tehnic în cadrul CTE al CNAIR și a avizării „bun de execuție” a proiectului tehnic de către consultant/supervizor.

Ori, obiectul contestației nu l-a format cuantumul procentelor din prețul datorat consultantului, ci tocmai faptul că plățile datorate consultantului pentru activitățile deja desfășurate de acesta sunt condiționate, pe de-o parte, de activitatea desfășurată de proiectant, iar pe de altă parte, de activitatea de avizare a CNAIR.

În acest sens, CONSITRANS SRL subliniază că aceste termene și condiții pentru efectuarea plăților serviciilor prestate conduc la imposibilitatea consultantului de a-și acoperi cheltuielile ocazionate cu personalul propriu, instituind condiții de plată în raport de etapele contractului de proiectare și execuție și nicidecum de etapele contractului de supervizare sau de calitatea și cantitatea lucrărilor executate de consultant.

De asemenea, contestatoarea opinează că această clauză contravine dispozițiilor Legii nr. 72/2013, potrivit căreia 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.

Totodată, CONSITRANS SRL arată că susținerea autorității contractante în sensul că prin modul de redactare a acestor clauze se urmărește primirea de către consultant a unei „*plăți corespunzătoare și corecte indiferent de stadiul execuției lucrărilor*”, este contrazisă întocmai de conținutul clauzei - mai exact de condiționare a plăților către consultant de stadiul de execuție a lucrărilor.

Cu privire la argumentele autorității contractante în sensul că „*prin stabilirea unor procente de plată, dorește să se asigure [...] beneficiarului tot confortul că supervisorul își va aduce la bun sfârșit activitățile contractuale*”, contestatoarea învederează faptul că pentru asigurarea beneficiarului de îndeplinirea cantitativă, calitativă și în perioada convenită a contractului de supervizare de consultant, autoritatea contractantă are la îndemână garanția de bună execuție, care a fost stabilită în cuantumul maxim admis de prevederile art. 39 alin. (4) din Norme Metodologice de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractului de achiziție publică/acordului-cadru din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice aprobate prin HG nr. 395/2016.

Astfel, CONSITRANS SRL arată că potrivit prevederilor clauzei 34.2 din contractul de supervizare:

„Consultantul/Supervisorul va constitui (pe cheltuiala sa și fără a solicita beneficiarului costurile aferente constituirii și menținerii acesteia) o garanție de bună execuție pentru executarea corespunzătoare a contractului, în lei, în cuantum de 10% din prețul contractului fără TVA”. Ori, prin reținerea unor procente din suma datorată consultantului pentru serviciile de plată pentru a se asigura autoritatea contractantă că acesta își execută întocmai și la timp obligațiile, în realitate, ar însemna că autoritatea contractantă are garantată executarea obligațiilor contractuale într-un procent de 40%, fapt ce contravine prevederilor art. 39 alin. (4) din Normele Metodologice.

Prin urmare, contestatoarea arată că prin măsura de remediere propusă, autoritatea contractantă nu urmărește punerea clauzei în acord cu principiile și dispozițiile legale, ci vizează alte aspecte decât cele contestate.

CONSITRANS SRL mai arată că referitor la clauza nr. 32.3 lit. B din contractul de supervizare, măsura de remediere propusă de autoritatea contractantă vizează deopotrivă aspecte necesar a fi fost amendate - respectiv aplicarea unei penalități pentru situațiile în care consultantul este în culpă - dar și aspecte ce nu au fost contestate.

Ori, aspectul ce ar fi trebuit să facă obiectul unei măsuri de remediere și care a făcut obiectul contestației privește posibilitatea pe care și-o atribuie autoritatea contractantă de reducere a salariului brut pentru experții/persoanele mobilizați/mobilizate.

În acest sens, contestatoarea susține că, reducerea salariului personalului consultantului de către autoritatea contractantă presupune interferarea unui terț în contractul individual de muncă încheiat între consultant și salariat, prin modificarea, în mod unilateral, a unuia dintre elementele esențiale ale acestuia, modificare care, potrivit dispozițiilor Codului muncii, nu poate fi făcută decât prin încheierea unui act adițional.

În ceea ce privește caracteristicile contractului administrativ, din apărările autorității contractante cuprinse în punctul de vedere întocmit, CONSITRANS SRL susține că aceasta se află în eroare cu privire la trăsăturile pe care le prezintă un astfel de contract. Astfel, contestatoarea

precizează că nu poate fi de acord cu susținerile autorității contractante prin care aceasta afirmă că încheierea contractului pentru realizarea unor sarcini ale interesului public *„pune autoritatea contractantă într-o poziție privilegiată cu posibilitatea de a impune unele clauze în contract și de a controla modul de executare”*.

În acest sens, CONSITRANS SRL enumera trăsăturile principale ale contractului administrativ, astfel cum acestea s-au conturat în literatura de specialitate:

a. reprezintă un acord de voință între o autoritate a administrației publice sau alt subiect de drept autorizat de o autoritate a administrației publice și un particular;

b. presupune efectuarea de lucrări, prestarea de servicii etc., de către particular în schimbul unei remunerații;

c. este destinat a asigura funcționarea aceluiași serviciu public, a cărui organizare reprezintă o obligație legală a autorității administrației publice cocontractante sau, după caz, punerii în valoare a aceluiași bun public;

d. părțile trebuie să accepte unele clauze de natură reglementară stabilite prin lege sau, în baza legii, prin hotărâri ale Guvernului (clauze reglementare).

Așadar, în raport de susținerile autorității contractante, deși din natura contractului administrativ rezultă că părțile trebuie să accepte unele clauze ale contractului, care nu pot face obiectul negocierilor, totuși, acestea nu pot fi orice clauze, stabilite în mod discreționar de autoritățile contractante, ci sunt clauze impuse fie prin lege, fie printr-o hotărâre de Guvern, dar în baza legii, tocmai pentru a nu lăsa deschisă posibilitatea arbitrariului din partea părții contractante care participă în reprezentarea interesului public.

Pe cale de consecință, CONSITRANS SRL opinează că orice susțineri ale autorității contractante din punctul de vedere prin care încearcă să inducă ideea potrivit căreia în virtutea naturii contractului acesteia i-ar fi permis să impună inserarea oricăror clauze, în mod arbitrar, pentru simplul motiv că desfășoară activități de interes public, nu pot fi primite.

Cu privire la prevalența interesului public, având în vedere reglementarea prin Legea nr. 554/2004 a contenciosului administrativ a subordonării principiului libertății contractuale celui al priorității interesului public, contestatoarea arată că prin stabilirea, prin Legea nr. 554/2004, a faptului că principiul libertății contractuale este subordonat principiului priorității interesului public nu are însă semnificația plasării autorității publice pe o poziție procesuală preferențială. Aceasta este și concluzia Curții constituționale cuprinsă în Decizia nr. 464/06.06.2006, care a reținut faptul că în interpretarea dispozițiilor art. 8 alin. (1) din Legea nr. 554/2004 *„nu calitatea părții va fi avută în vedere de către instanța de judecată care soluționează litigiul, ci principiul priorității interesului public, a cărui definiție se regăsește în art. 2 alin. (1) lit. I) din Legea nr. 554/2004, potrivit căruia «interes public - interesul care vizează ordinea*

de drept și democrația constituțională, garantarea drepturilor, libertăților și îndatoririlor fundamentale ale cetățenilor, satisfacerea nevoilor comunitare, realizarea competenței autorităților publice»”.

Ori, având în vedere că niciuna dintre situațiile invocate de autoritatea contractantă prin impunerea unor clauze disproporționate nu justifică prioritatea interesului public, astfel cum acesta este definit de art. 2 alin. (1) lit. r) din Legea nr. 554/2004, COMPANIA NAȚIONALĂ DE ADMINISTRARE A INFRASTRUCTURII RUTIERE SA ar trebui să probeze interesul public ocrotit prin clauzele contractuale impuse.

Mai mult, CONSITRANS SRL subliniază că prin clauza nr. 20.9 alin. (3) din contractul de supervizare se instituie penalități în sarcina consultantului, atunci când personalul său își încetează activitatea urmare a demisiei, a desfacerii disciplinare a contractului individual de muncă sau încetarea activității personalului în cadrul contractului de supervizare.

În aceeași ordine de idei, contestatoarea opinează că măsura de remediere propusă de autoritatea contractantă presupune neaplicarea penalităților în situația în care, deși a intervenit demisia ori desfacerea disciplinară a contractului individual de muncă al personalului, această persoană continuă și își desfășoare activitatea în cadrul contractului de supervizare.

În plus, CONSITRANS SRL nu înțelege care este ipoteza imaginată de autoritatea contractantă prin acest amendament, mai exact în ce temei și-ar putea continua acest personal activitatea în cadrul contractului de supervizare.

Contestatoarea mai arată că, atât timp cât personalul consultantului își desfășoară activitatea, urmare a nașterii unor raporturi juridice de dreptul muncii între consultant și personalul acestuia, odată ce a încetat contractului individual de muncă (fie prin demisie sau desfacere disciplinară), nu mai există niciun temei al desfășurării vreunei activități de către personalul respectiv.

Mai mult, CONSITRANS SRL arată că nici eventuala remunerare a personalului pentru activitățile pe care le-ar presta, deși dificil de imaginat, în afara contractului individual de muncă, nu ar mai avea niciun temei. În egală măsură, dacă s-ar admite ipoteza propusă de COMPANIA NAȚIONALĂ DE ADMINISTRARE A INFRASTRUCTURII RUTIERE SA, cât timp între consultant și personalul acestuia nu ar mai exista raporturi juridice, atunci pentru consultant nu ar mai prezenta niciun interes faptul că deși contractul individual de muncă a încetat, aceștia și-ar continua activitatea în cadrul contractului de supervizare.

Prin urmare, CONSITRANS SRL arată că nu poate să ignore faptul că modificările propuse de autoritatea contractantă pentru clauzele nr. 20.9 alin. (3) și nr. 20.2 lit. d) și lit. f) aduc atingeri grave prevederilor dreptului muncii, sens în care menționează următoarele:

- i. Libertatea muncii este garantată prin Constituție;
- ii. Contractul individual de muncă este contractul în temeiul căruia o persoană fizică, denumită salariat, se obligă să presteze munca pentru

și sub autoritatea unui angajator, în schimbul unei remunerații denumite salariu.

Referitor la clauza 15.11 din contractul de supervizare, CONSITRANS SRL arată că autoritatea contractantă propune modificarea acesteia în sensul excluderii sintagmei privind renunțarea de către consultant la a formula pretenții, atunci când ar interveni riscuri neidentificate în contract, dar posibil să apară. Ori, faptul că în noua formulare a clauzei se prevede că prin semnarea contractului de supervizare, consultantul declară că nu va avea nicio pretenție în cazul apariției riscurilor menționate în caietul de sarcini, nu reprezintă o veritabilă măsură de remediere a acestei clauze. Astfel, contestatoarea subliniază că în continuare, prin modalitatea de redactare a acestei clauze se aduce atingere principiului proporționalității, potrivit căruia măsurile adoptate de autoritățile contractante nu trebuie să depășească limitele a ceea ce este adecvat și necesar în scopul realizării obiectivelor urmărite.

De asemenea, CONSITRANS SRL opinează că asumarea riscurilor, chiar și a celor prevăzute în caietul de sarcini, de 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.

Pe cale de consecință, CONSITRANS SRL susține că amendamentele propuse de autoritatea contractantă față de clauzele 15.11 și 15.13 lit. c) din contractul de supervizare nu sunt de natură a conduce la intrarea în legalitate a acestor clauze, cu respectarea principiilor directoare ale contractelor de achiziții publice.

2. În cele ce urmează, contestatoarea prezintă susținerile sale cu privire la apărările neîntemeiate ale autorității contractante:

CONSITRANS SRL subliniază că autoritatea contractantă invocă în mod constant principiul eficienței cheltuirii banului public pentru a justifica conduita adoptată prin stabilirea unor clauze contractuale vădit păgubitoare pentru consultant și cu încălcarea principiilor proporționalității și transparenței.

Astfel, cu privire la afirmația COMPANIEI NAȚIONALE DE ADMINISTRARE A INFRASTRUCTURII RUTIERE SA, potrivit căreia: *„în condițiile în care nu se leagă plata activității de supervizare de progresul fizic al antreprenorului, atunci va exista situația în care autoritatea contractantă să deruleze 2-3 contracte de supervizare consecutive pe care să le și 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”*, contestatoarea arată faptul că, într-adevăr, persoanele juridice care gestionează fonduri publice sau patrimoniul public au obligația să realizeze o bună gestiune financiară prin asigurarea legalității, regularității-economicității, eficacității și eficienței în utilizarea fondurilor publice în administrarea patrimoniului public.

Așadar, CONSITRANS SRL menționează că în vederea asigurării respectării principiilor directoare în gestionarea fondurilor publice în derularea procedurilor de atribuire a contractelor de achiziții publice, cât și în executarea acestor contracte, Curtea de Conturi, cu atribuții de control a modului de respectare a principiilor anterior enunțate în domeniul achizițiilor publice, a elaborat Ghidul privind modul de verificare a achizițiilor publice și achizițiilor sectorial.

În aceeași ordine de idei, contestatoarea susține că potrivit acestui ghid, obiectivele specifice ce trebuie avute în vedere în asigurarea legalității plăților efectuate din fonduri publice sunt următoarele:

- i. efectuarea plăților în conformitate cu graficul de plăți și armonizarea acestui grafic cu graficul de derulare a contractului;
- ii. modul de justificare până la sfârșitul anului a avansurilor acordate furnizorilor prin bunuri primite/lucrări executate/servicii prestate;
- iii. îndeplinirea de către furnizor a obligațiilor contractuale în perioada de garanție;
- iv. organizarea sistemului de monitorizare a programului de achiziții publice și a programului de lucrări de investiții publice;
- v. verificarea realității executării lucrărilor decontate;
- vi. emiterea documentelor constatatoare care conțin informații referitoare la îndeplinirea sau, după caz, neîndeplinirea obligațiilor contractuale de către contractant/contractant asociat;
- vii. întocmirea dosarului achiziției publice.

CONSITRANS SRL opinează că din coroborarea acestor obiective cu susținerile autorității contractante, apare că nu există un temei pentru impunerea de către aceasta a unor clauze prin care se instituie o solidaritate pasivă între consultant și antreprenor - consultantul nefiind plătit integral pentru serviciile prestate de acesta în temeiul contractului de supervizare decât la momentul la care lucrările sunt finalizate de către antreprenor.

Ori, obiectivele enunțate de Curtea de Conturi nu prevăd o atare situație, ci impun pentru asigurarea legalității plăților verificarea realității lucrărilor - deci verificarea prestării serviciilor de către consultant în acord cu prevederile contractuale - motiv pentru care invocarea de către autoritatea contractantă a unei presupuse utilizări eficiente a fondurilor publice pentru a justifica caracterul disproporționat și inechitabil al clauzelor contractuale nu poate fi primită.

Contestatoarea arată că prin punctul de vedere, autoritatea contractantă prezintă apărări față de încălcarea principiului relativității efectelor contractelor, iar din apărățile acesteia se desprind două idei: (i) inaplicarea principiului relativității efectelor contractului, motivat de faptul că există trimiteri la niște acte juridice ca izvor de obligații în sarcina unui terț față de acestea și (ii) obligațiile izvorâte din contractele față de care consultantul nu este parte i se aplică acestuia, prin simpla trimitere la respectivele obligații.

Cu titlu prealabil, CONSITRANS SRL arată că în mod neadevărat COMPANIA NAȚIONALĂ DE ADMINISTRARE A INFRASTRUCTURII RUTIERE SA susține faptul că în documentația de atribuire a contractului de servicii de supervizare este inclus și contractul de proiectare și execuție, aspect ce poate fi verificat chiar pe portalul SEAP.

Mai mult, contestatoarea susține că, contractul de proiectare și execuție nici nu putea fi pus la dispoziție în cadrul documentației de atribuire a contractului de supervizare, întrucât, la data publicării anunțului de participare pentru atribuirea acestui din urmă contract, nu a fost finalizată procedura de atribuire a contractului de proiectare și execuție, respectiv nu exista o formă finală a respectivului contract.

Totodată, CONSITRANS SRL subliniază că prin documentația de atribuire a contractului de supervizare, COMPANIA NAȚIONALĂ DE ADMINISTRARE A INFRASTRUCTURII RUTIERE SA a instituit obligații în sarcina consultantului inclusiv prin actele adiționale la contractul de proiectare și execuție, respectiv obligații derivând din acte ce, probabil, vor fi încheiate în viitor, la un contract care, de asemenea, urmează a fi încheiat.

În plus, contestatoarea arată că potrivit doctrinei, *„prin principiul relativității efectelor actului juridic civil desemnăm regula de drept potrivit căreia actul juridic civil produce efecte numai față de autorul său, după caz, autorii lui, fără a putea să profite ori să dăuneze terțelor persoane”*. Astfel, rezultă că actul juridic bilateral sau plurilateral dă naștere la drepturi subiective și obligații numai pentru părțile lui, iar actul juridic unilateral obligă doar pe autorul acestuia. Cu privire la efectul relativ al forței obligatorii a actelor juridice, literatura de specialitate arată că acesta *„își află explicația și fundamentul în natura actului juridic. Fiind esențialmente voluntar, este firesc ca actul juridic să fie obligatoriu numai pentru cei care și-au dat consimțământul la încheierea sa, nu și pentru terți, care nu și-au exprimat voința de a dobândi vreun drept și nici de a-și asuma vreo obligație prin el.*

Principiul relativității efectelor contractului dă astfel expresie ideii exprimate într-un vechi adagiu, potrivit căruia res inter alios acta aliis neque nocere, neque prodesse potest - actul juridic încheiat între anumite persoane nu poate nici să vatăme și nici să profite altor persoane.

Regula res inter alios acta nu este decât o fațetă a principiului pacta sunt servanda, care proclamă că efectele obligatorii ale contractului sunt legea părților și numai a părților, care au încheiat contractul”.

Așadar, CONSITRANS SRL subliniază că potrivit principiului relativității efectelor contractului, un contract valabil încheiat produce efecte numai între părțile contractante, cu excepția cazurilor prevăzute de lege, nimeni neputând deveni creditor sau debitor într-un contract la a cărui încheiere nu și-a dat consimțământul.

În ceea ce privește noțiunea de parte, contestatoarea precizează că aceasta *„înseamnă persoana care încheie contractul personal sau prin reprezentare (parte originară, primară sau inițială) precum și persoana*

care, pe parcursul existenței contractului își dă consimțământul la producerea efectelor față de ea (parte derivată), fie prin înlocuirea unei părți contractante, fie prin aderarea la contract"

În ceea ce privește terții „forțați” să devină părți, CONSITRANS SRL menționează că aceștia sunt cei care, prin intermediul teoriei aparenței în drept (aplicabilă astăzi cu totul și cu totul excepțional în cazul erorii comune și invincibile - art. 17 C. civ.), vor suporta efectele obligatorii ale unui contract la care nu au fost parte, însă efectul aparenței constă doar în producerea efectului obligatoriu (i.e. transferul proprietății sau al dreptului real) și nu și a celui obligațional (clauzele cuprinse în contractul dintre contractantul aparent și terț nu vor fi opozabile celui care devine forțat parte ca urmare a apartenenței).

Pe cale de consecință, contestatoarea arată că nu a formulat nicio critică absurdă față de documentația de atribuire, întocmită de către autoritatea contractantă și în care aceasta a prevăzut în sarcina consultantului obligații decurgând din alte acte juridice (contracte, acte adiționale) la care acesta nu este parte, susținerile COMPANIEI NAȚIONALE DE ADMINISTRARE A INFRASTRUCTURII RUTIERE SA fiind simple alegații prin care se încearcă invalidarea unui principiu de drept care stă la baza relațiilor juridice. Ori, deși, CONSITRANS SRL apreciază că autoritatea contractantă a înțeles faptul că a criticat stipularea unor obligații în sarcina consultantului izvorâte din acte față de care are calitatea de terț, pe care, cu atât mai mult, nici nu le cunoaște, COMPANIA NAȚIONALĂ DE ADMINISTRARE A INFRASTRUCTURII RUTIERE SA argumentează inaplicabilitatea principiului relativității efectelor contractelor prin aceea că a făcut trimiteri la documentele care conțineau obligațiile de respectat de către viitorul prestator.

De asemenea, CONSITRANS SRL precizează că principiul relativității efectelor contractelor ar fi fost încălcat și în ipoteza în care COMPANIA NAȚIONALĂ DE ADMINISTRARE A INFRASTRUCTURII RUTIERE SA ar fi menționat obligațiile stipulate în sarcina consultantului, derivate din acordul contractual pentru proiectare și execuție, actele adiționale la acesta și alte asemenea acte, la încheierea cărora consultantul nu a fost parte și față de care nu și-a manifestat consimțământul.

Mai mult, contestatoarea opinează că exemplul propus de COMPANIA NAȚIONALĂ DE ADMINISTRARE A INFRASTRUCTURII RUTIERE SA cu privire la trimiteri la actele normative este neelocvent, pe de o parte, iar pe de altă parte, sfidează logica juridică, întrucât autoritatea contractantă pune semnul egalității între actul normativ și actul juridic civil.

În acest sens, CONSITRANS SRL arată că actul normativ este izvorul de drept care emană de la organele de stat investite cu prerogativa legiferării și care cuprinde norme general-obigatorii, a căror aplicare poate fi realizată și prin intervenția forței coercitive a statului. Pe de altă parte, prin actul juridic civil se înțelege manifestarea de voință sau, după caz, acordul de voință făcut cu intenția de a produce efecte juridice, adică de

a naște, de a modifica sau de a stinge un raport juridic civil concret, act care poate fi unilateral, bilateral sau plurilateral.

Contestatoarea mai arată că potrivit art. 2 alin. (1) din Legea nr. 554/2004, sunt asimilate actelor administrative, în sensul acestei legi, și contractele administrative, definite drept acele contracte încheiate de autoritățile publice, care au ca obiect punerea în valoare a bunurilor proprietate publică, executarea lucrărilor de interes public și prestarea serviciilor publice. Contractele administrative sunt acte juridice bilaterale, cu caracter oneros, constând într-un acord de voință între o autoritate publică și un particular, acte supuse unui regim de drept public.

Așadar, contractul de servicii propus de autoritatea contractantă în prezenta procedura de atribuire, este un act juridic bilateral, nu un act normativ, astfel încât acesta nu cuprinde norme general-obigatorii, ci clauze care sunt rezultatul acordului de voință al ambelor părți, clauze în acord cu dispozițiile legale, principiul legalității fiind pe deplin aplicabil, atât în dreptul civil, cât și în dreptul administrativ.

Față de faptul că articolele indicate, în mod expres, în cuprinsul contestației instituie în sarcina consultantului obligații ce decurg din contracte în care acesta nu este parte, raportat la faptul că între consultant și antreprenor nu există un raport juridic comun, CONSITRANS SRL consideră că respectivele clauze aduc atingere principiului relativității efectelor contractului, prevăzut de art. 1280 C. civ.

Cu privire la afirmația autorității contractante, potrivit căreia „*pentru neîndeplinirea obligațiilor de către autoritatea contractantă sau îndeplinirea cu întârziere, cuantumul daunelor-interese a fost prestabilit sub forma unei clauze penale privind aplicarea de penalități*”, contestatoarea susține că nu a identificat în cuprinsul contractului de supervizare o astfel de clauză, în condițiile în care este prevăzut expres prin intermediul clauzei nr. 38.15 faptul că „*Consultantul/Supervizorul nu are dreptul să pretindă, suplimentar față de sumele ce i se cuvin pentru munca deja prestată, despăgubiri pentru orice pierdere/prejudiciu suferit.*”

Ori, deși această clauză a făcut obiectul contestației, (i) nu numai că în raport de aceasta nu a fost propusă nicio măsură de remediere de autoritatea contractantă, dar (ii) reprezintă și dovada neechivocă a faptului că nu există vreo clauză contractuală potrivit căreia autoritatea contractantă ar putea fi obligată la plata vreunei penalități pentru eventualele prejudicii produse consultantului.

Față de susținerile autorității contractante în sensul că solicitarea privind depunerea declarațiilor de disponibilitate reprezintă o „*garanție menită să asigure implicarea reală a experților în cauză nominalizați în ofertă*”, care nu ar fi de natură să încalce legislația achizițiilor publice, CONSITRANS SRL arată faptul că acestea nu pot fi primite.

În acest sens, contestatoarea susține că prin declarația de disponibilitate, autoritatea contractantă urmărește nominalizarea de către consultant a unor experți care nu sunt alocați și nu vor fi alocați și în alte

contracte, ceea ce contravine, atât principiului proporționalității, al nediscriminării, dar și principiului tratamentului egal.

CONSITRANS SRL subliniază că astfel se conturează caracterul excesiv al cerinței, deoarece ofertantul care nominalizează un expert-cheie angajat/implicat într-un alt contract cu autoritatea contractantă se va confrunta cu respingerea ofertei pentru că nu asigură disponibilitatea personalului pentru executarea contractului, iar acela care, deși nominalizează personal-cheie care respectă această cerință excesivă a autorității contractante, totuși nu poate executa din orice motive contractul cu personalul nominalizat, are dreptul de a executa contractul plătiind însă penalitățile contractuale.

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

Contestatoarea arată că un alt aspect relevant care ține de caracterul excesiv al prevederii constă în faptul că autoritatea contractantă își atribuie, în mod nepermis, dreptul de a restrânge accesul unui expert-cheie la muncă, dreptul acestuia de a schimba angajatorul, locul sau felul muncii, deoarece ofertanții vor evita nominalizarea unui expert-cheie care este implicat într-un alt contract cu COMPANIA NAȚIONALĂ DE ADMINISTRARE A INFRASTRUCTURII RUTIERE SA de teama respingerii ofertei. Ori, implicarea expertului în executarea unui contract la data depunerii ofertei nu demonstrează că nu ar putea fi disponibil în viitor în executarea contractului de achiziție publică. Expertul se poate afla în situația în care dorește să schimbe angajatorul sau locul/felul muncii la același angajator, spre exemplu. Nicio prevedere legală nu împiedică demisia, schimbarea angajatorului sau a locului/felului muncii. Dimpotrivă, a impune unui expert - cheie să renunțe la un post pentru a putea face parte din echipa de proiect desemnată într-o ofertă, neavând certitudinea implicării efective în respectivul proiect (certitudine care intervine abia după atribuirea contractului către ofertantul care îl desemnează ca expert-cheie) este o îngrădire nepermisă a dreptului la muncă, la alegerea locului și felului muncii de către expert, drepturi fundamentale garantate prin art. 41 alin. (1) din Constituția României și art. 3 alin. (1) - (2) din Codul muncii.

De asemenea, CONSITRANS SRL susține că sunt încălcate principiile nediscriminării și al tratamentului egal prevăzute de art. 2 alin. (2) lit. a) și b) din Legea nr. 98/2016, în condițiile în care autoritatea contractantă se raportează, pentru a analiza disponibilitatea personalului-cheie și a respinge ofertele care nominalizează experți, la un contract încheiat exclusiv cu COMPANIA NAȚIONALĂ DE ADMINISTRARE A INFRASTRUCTURII RUTIERE SA. Ori, dacă angajarea/implicarea unui

expert-cheie într-un alt contract la data depunerii ofertei este o piedică reală în executarea contractului încheiat cu autoritatea contractantă, atunci această situație nu trebuie circumstanțiată exclusiv la implicarea în raporturi contractuale care au ca beneficiar COMPANIA NAȚIONALĂ DE ADMINISTRARE A INFRASTRUCTURII RUTIERE SA, ci în orice raporturi contractuale, de orice tip, cu oricare altă autoritate contractantă sau operator economic, indiferent dacă activează în sectorul construcții sau nu.

Nu în ultimul rând, contestatoarea precizează că susținerea autorității contractante în sensul analizării modalității în care poate fi asigurată disponibilitatea expertului, fără a fi afectată derularea contractului/contractelor în care este angrenat/implicat/mobilizat acesta și a dreptului acesteia de a respinge pe baza acestei analize oferta, încalcă principiul transparenței prevăzut de art. 2 alin. (2) lit. d) din Legea nr. 98/2016, deoarece COMPANIA NAȚIONALĂ DE ADMINISTRARE A INFRASTRUCTURII RUTIERE SA nu indică în ce va consta analiza respectivă și care vor fi criteriile obiective care vor sta la baza deciziei sale de a respinge oferta ca neconformă.

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

Cu privire la afirmația autorității contractante, potrivit căreia diferite rețineri/reduceri menționate în cuprinsul modelului de contract de servicii (art. 32.3, 20.9) nu reprezintă veritabile penalități, ci *„economie la contract”*, respectiva sumă *„putând fi utilizată, dacă este cazul, în scopul prelungirii perioadei de prestare a serviciilor și numai cu acceptul beneficiarului”*, CONSITRANS SRL concluzionează, pe de o parte, că reținerea de către beneficiar este certă și determinabilă (respectiv un procent stabilit) în situațiile prevăzute în contract, sumele respective de bani putând rămâne exclusiv în conturile COMPANIEI NAȚIONALE DE ADMINISTRARE A INFRASTRUCTURII RUTIERE SA, iar pe de altă parte, pentru a beneficia de sumele reținute consultantul ar trebui să presteze suplimentar anumite servicii care, în mod firesc, ar trebui să facă obiectul unor acte adiționale în care să se stabilească și să se plătească contravaloarea acestora, nefiind avute în vedere la momentul încheierii contractului de prestări servicii.

Față de cele de mai sus, CONSITRANS SRL susține că nu poate fi avută în vedere justificarea autorității contractante, în sensul în care respectivele rețineri/reduceri ar avea altă natură decât cea de sancțiune - respectiv penalități.

Mai mult, contestatoarea subliniază că în cele două articole din modelul de contract de servicii, menționate anterior, consultantul este sancționat chiar și fără a exista vreo culpă reținută în sarcina sa, sens în care, în mod evident, este creat un prejudiciu în patrimoniul acestuia.

În ceea ce privește penalitățile datorate pentru experți, potrivit punctului de vedere al autorității contractante, *„penalitățile și diminuarea onorariului din contract (...) urmăresc descurajarea unor practici des întâlnite și anume:*

- *Prezentarea la licitație a unor experți experimentați și înlocuirea acestora imediat după semnarea contractului, cu alții mai puțin experimentați;*

- *Înlocuirea frecventă a experților/personalului, care afectează continuitatea activității și calitatea prestației, cunoscut fiind că o fluctuație mare de personal perturbă activitatea”,* CONSITRANS SRL opinează că justificarea autorității contractante este vădit neîntemeiată, fiind contrazisă chiar de clauzele contractuale stabilite de COMPANIA NAȚIONALĂ DE ADMINISTRARE A INFRASTRUCTURII RUTIERE SA în modelul de contract de servicii.

Astfel, potrivit art. 20.3 *„înlocuirea personalului se realizează numai cu acceptul autorității contractante. Autoritatea contractantă nu va accepta înlocuirea personalului în situația în care: a) noul personal nu îndeplinește cel puțin cerințele prevăzute în cadrul documentației de atribuire și/sau b) noul personal nu obține cel puțin același punctaj ca personalul propus la momentul aplicării factorilor de evaluare (...).”*. Așadar, deși justificarea aplicării unor penalități rezidă, conform punctului de vedere al autorității contractante, în necesitatea executării contractului de personal, care să îndeplinească cerințele de calificare/criteriile de evaluare, situația în care ar fi cooptat personal care să nu îndeplinească respectivele cerințe nici nu ar fi posibilă, întrucât nu este permisă potrivit contractului.

Drept urmare, CONSITRANS SRL consideră că, consultantul nu poate fi sancționat pentru o faptă pe care nici nu o poate săvârși.

Mai mult, contestatoarea subliniază că nici legislația achizițiilor publice și nici contractul nu definesc noțiunea de „experimentat”, în raport de care să se aprecieze dacă noul personal este mai mult sau „mai puțin” experimentat, aprecierea asupra noului personal fiind realizată exclusiv prin raportare la cerințele de calificare/criteriile de evaluare.

Totodată, CONSITRANS SRL reiterează că plățile pentru serviciile de supervizare trebuie corelate cu serviciile prestate efectiv de către consultant, neputând fi primită justificarea, potrivit căreia prin scopul corelării plăților cu progresul fizic al lucrărilor întreprinse de o terță persoană, antreprenorul, ar „descuraja întârzierile” acestuia din urmă.

Cu privire la susținerea COMPANIEI NAȚIONALE DE ADMINISTRARE A INFRASTRUCTURII RUTIERE SA, potrivit căreia *„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 investiție și să fie nevoită a iniția o nouă procedură de achiziție publică atunci când în fapt începe execuția reală a lucrărilor", contestatoarea arată pe de o parte, că, consultantul nu poate împiedica executarea lucrărilor cu întârziere de către antreprenor, singurul „remediu” aflat la dispoziția consultantului fiind acela de a emite notificări/adrese către antreprenor, iar nu execuția efectivă de lucrări în locul acestuia, iar pe de altă parte, corelarea plăților serviciilor de supervizare de stadiul fizic al lucrărilor reprezintă o sancțiune pentru o faptă neimputabilă consultantului, instituind o solidaritate pasivă, abuzivă.

Mai mult, CONSITRANS SRL opinează că autoritatea contractantă încearcă să transfere riscul acesteia de nefinalizare la timp a lucrărilor în sarcina consultantului, terț față de contractul de lucrări și care nu are pârghiile necesare pentru a controla efectiv sau a sancționa neîndeplinirea întocmai și la timp a obligațiilor antreprenorului. Față de toate acestea, contestatoarea concluzionează că penalitățile instituite de COMPANIA NAȚIONALĂ DE ADMINISTRARE A INFRASTRUCTURII RUTIERE SA în acest caz sunt abuziv instituite, cu prejudicierea consultantului.

Referitor la penalitățile prevăzute pentru conflictul de interese, CONSITRANS SRL învederează că prin contestația formulată a criticat penalitățile instituite în sarcina consultantului prin art. 12.3 din contractul de supervizare, însă, în punctul de vedere formulat de COMPANIA NAȚIONALĂ DE ADMINISTRARE A INFRASTRUCTURII RUTIERE SA, aceasta face trimitere la dispozițiile art. 12.5 din contract care se referă la personalul beneficiarului, iar nu al supervisorului.

În ceea ce privește penalitățile instituite în sarcina consultantului, CONSITRANS SRL reiterează că acestea sunt stabilite în mod discreționar, fără transparență și lipsite de proporționalitate.

De asemenea, contestatoarea precizează și faptul că, deși autoritatea contractantă face trimitere la prevederi ale Legii nr. 98/2016 și ale OUG nr. 66/2011, acestea sunt aplicabile în momentul selecției desfășurate în cadrul procedurii de atribuire, iar nu ulterior.

Totodată, CONSITRANS SRL menționează că potrivit art. 12.2 din contract „*orice conflict de interese apărut în timpul executării contractului de servicii trebuie notificat în scris beneficiarului fără întârziere*".

Mai mult, contestatoarea arată că potrivit dispozițiilor art. 58 din Legea nr. 98/2016: „*Pe parcursul aplicării procedurii de atribuire, autoritatea contractantă are obligația de a lua toate măsurile necesare pentru a preveni, identifica și remedia situațiile de conflict de interese, în scopul evitării denaturării concurenței și al asigurării tratamentului egal pentru toți operatorii economici.*” Așadar, penalitatea instituită de COMPANIA NAȚIONALĂ DE ADMINISTRARE A INFRASTRUCTURII RUTIERE SA are în vedere un potențial conflict de interese apărut ulterior atribuirii contractului, presupus reglementat de dispozițiile Legii achizițiilor publice și ale OUG nr. 66/2011, norme care însă nu sunt aplicabile în faza

ulterioară atribuirii contractului, ci doar în cadrul procedurii de atribuire, moment în care fiecare operator economic prezintă o declarație privind neîncadrarea în cazurile de excludere prevăzute de art. 167 din Legea nr. 98/2016.

Față de cele de mai sus, CONSITRANS SRL concluzionează că justificarea autorității contractante nu poate fi primită, articolul 12.3 din contract instituind nu doar o penalitate stabilită în mod discreționar, fără transparență și lipsită de proporționalitate, dar și fără suport legal, în mod aparent încercându-se o justificare din punct de vedere al legislației în vigoare.

Prin corespondența înregistrată la CNSC sub nr. 33508/29.06.2021, COMPANIA NAȚIONALĂ DE ADMINISTRARE A INFRASTRUCTURII RUTIERE SA solicită următoarele:

„Prin prezenta formulez o cerere conform Legii nr. 544/2011 privind liberul acces la informațiile de interes public.

Din câte cunosc, se află în analiza CNSC, de ceva vreme, contestații privind licitații pentru contracte de supervizare în cadrul cărora firma de consultanță afectată a avut nemulțumiri și neclarități privind posibilitatea respectării Legii nr. 204/2020 de completare a Legii nr. 10/1995 privind calitatea lucrărilor de construcții republicată 2015 cu modificările și completările ulterioare.

Deoarece există un larg interes legat de o serie de neclarități în aplicarea acestei legi, iar chestiunea este urgentă, apelez să îmi precizați o estimare a datei la care se va putea finaliza o prima contestație sau și restul acestora, încât concluziile să poată fi aplicate în cel mai scurt timp și la alte situații similare, fără să mai fie necesare alte demersuri interminabile.

Totodată, sunt evident de interes și concluziile CNSC privitoare la aceste aspecte contestate, în cel mai scurt timp.

Informațiile solicitate îmi pot fi furnizate în format electronic (...)

Prin corespondența înregistrată la CNSC sub nr. 34754/06.07.2021, CONSITRANS SRL a înaintat dovada transmiterii răspunsului față de punctul de vedere al autorității contractante către COMPANIA NAȚIONALĂ DE ADMINISTRARE A INFRASTRUCTURII RUTIERE SA.

Prin adresa nr. 34765/861/C5/06.07.2021, Consiliul a solicitat CONSITRANS SRL dovada înaintării „răspunsului față de punctul de vedere al autorității contractante” către COMPANIA NAȚIONALĂ DE ADMINISTRARE A INFRASTRUCTURII RUTIERE SA.

Prin adresa fără număr de înregistrare la emitent, nedată, transmisă, inițial, prin mijloace electronice (e-mail) și, ulterior, în original, prin poștă, înregistrată la CNSC sub nr. 34883/07.07.2021 și, respectiv sub nr. 35016/07.07.2021, CONSITRANS SRL arată următoarele:

„Răspunsul la punctul de vedere al CNAIR SA înregistrat sub nr. 102/28.06.2021 a fost transmis autorității contractante atât prin email cu confirmare de primire, cât și prin intermediul factorului poștal, dovezile de transmitere fiind anexate prezentei adrese”.

Prin adresa nr. 34899/861/C5/07.07.2021, Consiliul a solicitat autorității contractante eventuale susțineri cu privire la „răspunsul față de punctul de vedere al autorității contractante” înaintat de CONSITRANS SRL.

Prin corespondența înregistrată la CNSC sub nr. 34934/07.07.2021, COMPANIA NAȚIONALĂ DE ADMINISTRARE A INFRASTRUCTURII RUTIERE SA a confirmat primirea adresei nr. 34899/861/C5/07.07.2021.

În susținerea contestației care formează obiectul **Dosarului nr. 863/2021** HILL INTERNATIONAL (BUCHAREST) SRL prezintă aspecte cu privire la interesul său în formularea contestației și formulează critici cu privire la modelul de contract publicat de autoritatea contractantă, solicitând obligarea autorității contractante la „reformularea documentației de atribuire” în acord cu criticile formulate.

Prin adresa nr. 19401/863/C5/14.04.2021, Consiliul a solicitat contestatoarei, în temeiul art. 61¹ alin. (1) lit. b) din Legea nr. 101/2016, modificată și completată prin OUG nr. 114/2020, să transmită în termen de 5 zile lucrătoare de la data sesizării Consiliului, sub sancțiunea respingerii contestației ca inadmisibilă, recipisa de consemnare a cauțiunii, în original, în cuantum de 220.000 lei, cu precizarea că modalitatea de constituire a cauțiunii se va face conform art. 1057 din Codul de procedură civilă, coroborat cu art. 68 din Legea nr. 101/2016 la CEC Bank - S.A., sau la orice altă instituție de credit care efectuează astfel de operațiuni, pe numele părții respective, la dispoziția CNSC.

Totodată, CNSC a solicitat HILL INTERNATIONAL SRL înaintarea, în original, a contestației.

Prin corespondența înregistrată la CNSC sub nr. 19453/15.04.2021, autoritatea contractantă a confirmat primirea adresei nr. 19401/863/C5/14.04.2021.

Prin adresa nr. 038/15.04.2021, înregistrată la CNSC sub nr. 19653/15.04.2021, HILL INTERNATIONAL SRL solicită următoarele:

„Prin prezenta vă rugăm să clarificați cerința dumneavoastră transmisă prin adresa nr. 1940/863/C5 din 14.04.2021 având în vedere că această adresă se adresează unui alt operator economic CONSITRANS SRL.

Pe cale de consecință vă rugăm să confirmați dacă cererile cuprinse în adresa dumneavoastră se adresează asocierii HILL INTERNATIONAL (BUCHAREST) SRL – PROIECT CONSULTING SRL sau operatorului economic CONSITRANS SRL precum și completul de judecată către care ar trebui să depunem documentele cerute”.

Prin adresa nr. 19963/863/C5/19.04.2021, Consiliul a comunicat HILL INTERNATIONAL (BUCHAREST) SRL următoarele:

„Având în vedere corespondența dvs. nr. 038/15.04.2021, transmisă prin fax, înregistrată la Consiliu sub nr. 19653/15.04.2021, vă comunicăm că solicitarea nr. 19401/863/C5/14.04.2021 se adresează dvs. [HILL INTERNATIONAL (BUCHAREST) SRL]. Drept urmare, în vederea soluționării contestației nr. 037/13.04.2021, transmisă prin fax,

înregistrată la Consiliu sub nr. 19119/13.04.2021, în temeiul art. 61¹ alin. (1) lit. b) din Legea nr. 101/2016, modificată și completată prin OUG nr. 114/2020, vă solicităm să ne transmiteți, în termen de 5 zile de la data sesizării Consiliului, sub sancțiunea respingerii contestației, ca inadmisibilă, recipisa de consemnare a cauțiunii, în original, în cuantum de 220.000 lei. Modalitatea de constituire a cauțiunii se va face conform art. 1057 din Codul de procedură civilă, coroborat cu art. 68 din Legea nr. 101/2016 la CEC BANK SA sau la orice altă instituție de credit care efectuează astfel de operațiuni, pe numele părții respective, la dispoziția CNSC.

De asemenea, în temeiul dispozițiilor art. 20 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, vă solicităm, ca în termen de 3 zile de la primirea corespondenței nr. 19401/863/C5/14.04.2021, să completați cererea de suspendare a procedurii cu motivarea în fapt și în drept a acesteia, însoțită de dovada transmiterii ei către autoritatea contractantă (e-mail sau fax), respectiv să ne înaintați, în original, contestația.

Totodată, vă informăm că dosarul nr. 863/2021 se află pe rolul Completului 5 (C5)."

Prin adresa nr. 040/20.04.2021, înregistrată la CNSC sub nr. 20713/21.04.2021, HILL INTERNATIONAL (BUCHAREST) SRL confirmă faptul că va depune dovada constituirii cauțiunii aferente contestației sale, în termenul notificat.

Prin adresele nr. 31420/19.04.2021 și nr. 31423/19.04.2021, înregistrate la CNSC sub nr. 19993/19.04.2021 și, respectiv sub nr. 19995/19.04.2021, COMPANIA NAȚIONALĂ DE ADMINISTRARE A INFRASTRUCTURII RUTIERE SA a înaintat documentele necesare soluționării contestațiilor.

Prin corespondența înregistrată la CNSC sub nr. 23026/05.05.2021, autoritatea contractantă precizează următoarele:

„Dorim să vă informăm că autoritatea contractantă va depune punctul de vedere în dosarul menționat în referință în cel mai scurt timp posibil (până la sfârșitul săptămânii în curs).

De asemenea, menționăm faptul că, în urma primirii mai multor contestații cu privire la o serie de documentații similare lansate în paralel, precum și în urma primirii unui volum ridicat de clarificări cu privire la aceste proceduri, autoritatea contractantă urmează să adopte măsuri de remediere".

Prin corespondența înregistrată la CNSC sub nr. 24663/12.05.2021, COMPANIA NAȚIONALĂ DE ADMINISTRARE A INFRASTRUCTURII RUTIERE SA afirmă următoarele:

„Vă informăm cu privire la faptul că punctul de vedere al autorității contractante în dosarele de contestație (...) 861/C5/2021 și 863/C5/2021 (...) vor fi transmise în cel mai scurt timp posibil. De asemenea, vă informăm că autoritatea contractantă nu va deschide ofertele, prelungind în mod corespunzător termenul de deschidere sau, după caz, suspendând procedura, până la soluționarea tuturor contestațiilor de către CNSC".

Prin adresa nr. 92/47412/09.06.2021, înregistrată la CNSC sub nr. 30118/10.06.2021, COMPANIA NAȚIONALĂ DE ADMINISTRARE A INFRASTRUCTURII RUTIERE SA a înaintat un punct de vedere cu privire la contestația depusă de HILL INTERNATIONAL (BUCHAREST) SRL.

Din documentele depuse de părți și din susținerile acestora, Consiliul constată următoarele:

COMPANIA NAȚIONALĂ DE ADMINISTRARE A INFRASTRUCTURII RUTIERE SA, în calitate de autoritate contractantă a organizat procedura de atribuire prin „licitație deschisă”, online, fără etapă finală de licitație electronică, a contractului de achiziție publică 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 1: km 2 + 500 – km 20+000»”, cod CPV 71520000-9 (Rev.2), prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr. CN1029812/03.04.2021, stabilind termen limită pentru primirea ofertelor la 19.05.2021 ora 15⁰⁰, criteriul de atribuire „cel mai bun raport calitate-preț” și valoarea estimată între 22.759.813,58 și 26.701.052,41 RON, fără TVA.

Fiind nemulțumite de prevederile documentației de atribuire, societatea CONSITRANS SRL și asocieria HILL INTERNATIONAL (BUCHAREST) SRL – PROIECT CONSULTING SRL au sesizat Consiliul la data de **13.04.2021**, contestația formulată de CONSITRANS SRL făcând obiectul dosarului nr. 861/2021, în timp de contestația formulată de asocieria HILL INTERNATIONAL (BUCHAREST) SRL – PROIECT CONSULTING SRL a făcut obiectul dosarului nr. 863/2021.

La data de **05.05.2021**, prin corespondența înregistrată la CNSC sub nr. 23026/05.05.2021, autoritatea contractantă a comunicat Consiliului faptul că urmează să adopte măsuri de remediere.

Prin corespondența înregistrată la CNSC sub nr. 24663/**12.05.2021**, autoritatea contractantă a comunicat Consiliului faptul că nu va deschide ofertele, prelungind în mod corespunzător termenul de deschidere a ofertelor sau suspendând procedura de atribuire până la soluționarea contestațiilor de către CNSC.

La data de **19.05.2021**, autoritatea contractantă a decis să suspende procedura de atribuire, publicând în SEAP la ora 09:11, această măsură.

La data de **18.06.2021**, autoritatea contractantă a transmis Consiliului punctul său de vedere cu privire la contestația formulată de CONSITRANS SRL (dosar nr. 861/2021), prin care a propus o serie de măsuri de remediere cu privire la unele critici.

La data de **29.06.2021**, contestatoarea CONSITRANS SRL a formulat un răspuns față de punctul de vedere formulat de autoritatea contractantă, precizând că nu este de acord cu măsurile de remediere propuse de aceasta.

În ceea ce privește contestația formulată de CONSITRANS SRL, care formează obiectul dosarului nr. 861/2021, Consiliul constată următoarele:

CONSITRANS SRL a depus la dosarul cauzei, în original, dovada respectării prevederilor art. 61¹ alin. (1) lit. b) din Legea nr. 101/2016, așa cum a fost modificată și completată prin OUG nr. 114/2020, respectiv Recipisa de consemnare nr. 906 din data de 19.04.2021, eliberată de BRD Groupe Societe Generale în sumă de 220.000 lei.

Recipisa de consemnare se va restitui în condițiile stipulate de art. 1.064 din Codul de procedură civilă, coroborate cu dispozițiile art. 61¹ alin. (5), (6) și (7) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare.

Analizând conținutul contestației formulată de CONSITRANS SRL, Consiliul constată că autoarea acesteia critica prevederile documentației de atribuire, respectiv unele dispoziții ale **contractului de servicii de supervizare** (parte integrantă din documentația de atribuire), prin raportare la clauzele corespunzătoare ale caietului de sarcini. Din susținerile contestatoarei rezultă că aceasta este nemulțumită de prevederile modelului de contract, nefiind formulate critici concrete cu privire la dispozițiile caietului de sarcini.

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

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

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

Prin prezenta procedură de atribuire urmează a fi atribuite serviciile de supervizare a contractului având ca obiect *„Proiectare și execuție autostrada de centură București km 0+000 – km 100+900 sector centură nord km 0+000 – km 52+770, lot 1: km 2 + 500 – km 20+000”*, pentru care autoritatea contractantă încă derulează procedura de atribuire inițiată prin publicarea în SEAP a anunțului de participare **CN1011825**.

Verificând informațiile publice aferente procedurii de atribuire anterior menționate (**CN1011825**), Consiliul constată că documentația de atribuire conține fișierul intitulat „Contract” în cadrul căruia se regăsesc:

- Condițiile generale;
- Condițiile specifice;
- 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 plus, în cadrul anunțului de participare nr. CN1029812/03.04.2021, prin care a fost inițiată prezenta procedură de atribuire, autoritatea contractantă a inserat condițiile generale și condițiile speciale pentru Contractul de *„Proiectare și execuție autostrada de centură București km 0+000 – km 100+900 sector centură nord km 0+000 – km 52+770, lot 1: km 2 + 500 – km 20+000”*.

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.

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

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

Având în vedere cele mai sus menționate, Consiliul constată că regimul juridic al contractului în discuție este unul special. Fiind un contract cu ajutorul căruia autoritatea contractantă își realizează o parte din sarcinile sale, regimul juridic aplicabil acestui contract este unul preponderent de drept public. Prerogativele de drept public la îndemâna autorității contractante constau în faptul că se încheie contractul pentru realizarea unor sarcini ale interesului public ceea ce pune autoritatea contractantă într-o poziție privilegiată cu posibilitatea de a impune unele clauze în contract, de a controla modul de executare și chiar de reziliere a contractului. Voința autorității contractante ca parte a acestui contract este subordonată realizării interesului general.

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

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

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

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

În ceea ce privește criticile contestatoarei care se regăsesc la punctul 2 din contestație, referitoare la clauze care 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, Consiliul reține următoarele:

Contestatoarea prezintă sub formă tabelară următoarele dispoziții ale documentației de atribuire:

- art. 3.4 din contractul de supervizare – 5.2.7 din Caietul de sarcini;

- art. 10.5 din contractul de supervizare – 5.2.10 din Caietul de sarcini;
- art. 10.6 din contractul de supervizare – 5.3.3 din Caietul de sarcini;
- art. 10.24 din contractul de supervizare;
- art. 10.26 din contractul de supervizare;
- art. 10.35 din contractul de supervizare;
- art. 10.53 din contractul de supervizare;
- art. 10.62 din contractul de supervizare;
- art. 10.65 din contractul de supervizare;
- art. 15.6 din contractul de supervizare;
- art. 15.7 din contractul de supervizare;
- art. 19.20 din contractul de supervizare;
- art. 32.2 din contractul de supervizare.

Constatând că nu există neconcordanțe între dispozițiile reproduse de contestatoare din contractul de supervizare și cele din Caietul de sarcini, Consiliul va proceda la analiza criticilor formulate de contestatoare în referire la cauzele contractului de supervizare anterior menționate.

În ceea ce privește critica referitoare la faptul că prin clauzele 3.4 și 32.2 se 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, Consiliul o va respinge având în vedere dispozițiile Legii nr. 204/2020 pentru modificarea și completarea Legii nr. 10/1995 privind calitatea în construcții, prin care a fost introdus art. 22², care prevede printre altele următoarele:

„Consultanții sau supervizorii din domeniul construcțiilor răspund de îndeplinirea următoarelor obligații principale referitoare la calitatea construcțiilor, obligații care se completează cu prevederile generale și specifice ale contractelor:

(...)

h) respectarea termenelor contractuale de proiectare și execuție în solidar cu proiectanții și/sau executanții”.

Solidaritatea supervizorului cu executantul și proiectantul rezultă și din art. 6 din Legea nr. 10/1995 privind calitatea în construcții, astfel cum a fost modificată prin Legea nr. 204/2020:

„(1) Obligațiile privind asigurarea cerințelor fundamentale prevăzute la art. 5, în toate etapele prevăzute la art. 2, revin factorilor implicați, potrivit responsabilităților fiecăruia stabilite în condițiile legii.

(2) În sensul prezentei legi, factorii implicați prevăzuți la alin. (1) sunt: investitorii, proprietarii, administratorii, utilizatorii, executanții, consultanții, supervizorii, cercetătorii, proiectanții, verficatorii de

proiecte atestați, experții tehnici atestați, auditorii energetici pentru clădiri atestați, responsabili tehnici cu execuția autorizați, diriginții de șantier autorizați, producătorii/fabricanții de produse pentru construcții, reprezentanții legali ai acestora, importatorii, distribuitorii de produse pentru construcții, organismele de evaluare și verificare a constanței performanței produselor pentru construcții, organismele de evaluare tehnică europeană în construcții, organismele elaboratoare de acorduri tehnice în construcții, laboratoarele de analize și încercări în construcții, universitățile tehnice și institutele de cercetare în domeniul construcțiilor și asociațiile profesionale de profil.

*(3) În sensul prezentei legi, în cazurile construcțiilor finanțate din fonduri publice, inclusiv al celor finanțate în baza unor acorduri sau împrumuturi externe ori similare în care consultanța sau asistența tehnică este obligatorie în sarcina investitorului ori a beneficiarului, **operatorul economic de consultanță specializat, respectiv consultantul sau supervizorul, devine factor implicat în sensul alin. (1) pentru etapele prevăzute în contractul de consultanță ori asistență tehnică, iar responsabilitățile aferente etapelor respective îi revin conform legii, în solidar cu proiectanții și executanții.***

(4) În cazul construcțiilor finanțate din fonduri publice în care investitorul sau beneficiarul încheie contracte de asistență tehnică, consultanță ori supervizare, responsabilitatea asigurării cerințelor fundamentale pentru toate sau unele dintre etapele prevăzute la art. 2 revine operatorului economic de consultanță specializat, în condițiile clauzelor contractuale și ale prevederilor art. 7 alin. (2)".

În consecință, Consiliul constată că solidarea supervizorului cu proiectanții și/sau executanții rezultă din dispoziții legale, care au caracter obligatoriu.

Astfel, toate persoanele nominalizate de lege răspund în solidar, urmând ca între persoanele responsabile să se stabilească vinovăția fiecăruia, în funcție de contribuția fiecăruia și de atribuțiile specifice. În ipoteza în care supervizorul și-a îndeplinit toate obligațiile în ceea ce privește asigurarea ritmului lucrărilor, făcând la timp notificările către antreprenor, aducându-le la cunoștința autorității contractante, nu există niciun motiv a-l trage la răspundere pe acesta, autoritatea contractantă având la dispoziție mijloace contractuale de a-l constrânge pe executant.

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:

*- **Art. 24:** „Cheltuielile generate de efectuarea unor lucrări suplimentare față de documentația tehnico-economică aprobată, ca*

urmare a unor erori de proiectare, sunt suportate de proiectant/proiectantul coordonator de proiect și proiectanții pe specialități, persoane fizice sau juridice, **în solidar** cu verificatorii proiectului, la sesizarea justificată a investitorului și/sau a beneficiarului în baza unui raport de expertiză tehnică elaborat de un expert tehnic atestat”;

- **Art. 26:** „(1) Specialiștii verificatori de proiecte atestați răspund în **mod solidar** cu proiectantul în ceea ce privește asigurarea nivelului de calitate corespunzător cerințelor proiectului.

(2) Responsabilii tehnici cu execuția autorizați răspund, conform atribuțiilor ce le revin, pentru realizarea nivelului de calitate corespunzător cerințelor fundamentale la lucrările de construcții pentru care sunt angajați.

(3) Experții tehnici atestați, angajați pentru expertizarea unor proiecte, lucrări de construcții sau construcții aflate în exploatare, răspund pentru soluțiile date.

(4) Obligațiile specialiștilor atestați 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 Construcții - I.S.C., experții tehnici atestați participă la evaluarea stării tehnice a construcțiilor avariate în vederea stabilirii condițiilor de utilizare în continuare ori de dezafectare a acestora.

(6) **Consultantul sau supervizorul răspunde solidar cu dirigintele de șantier**, conform atribuțiilor ce le revin acestora, pentru realizarea nivelului de calitate corespunzător cerințelor fundamentale la lucrările de construcții pentru care sunt angajați prin contract”.

Prin urmare, dispozițiile legale stabilesc solidaritatea, bineînțeles, între debitori având relevanță atribuțiile ce le revin și partea din responsabilitățile lor executată defectuos sau neexecutată.

În acest sens, prezintă relevanță și dispozițiile SECȚIUNII a 8-a Obligații și **răspunderi comune**, art. 30-32 din Legea nr. 10/1995, care stabilesc următoarele:

- **Art. 30:** „Proiectantul, specialistul vericator de proiecte atestat, fabricantii și furnizorii de materiale și produse pentru construcții, executantul, responsabilul tehnic cu execuția autorizat, dirigintele de șantier autorizat, expertul tehnic atestat răspund potrivit obligațiilor ce le revin pentru viciile ascunse ale construcției, ivite într-un interval de 10 ani de la recepția lucrării, precum și după împlinirea acestui termen, pe toată durata de existență a construcției, pentru viciile structurii de rezistență rezultate din nerespectarea normelor de proiectare și de execuție în vigoare la data realizării ei”;

- **Art. 31:** „Proiectanții, **consultantul sau supervizorul**, în situația în care este operator economic, au obligația să încheie asigurări de răspundere civilă profesională la societăți de asigurare autorizate de Autoritatea de Supraveghere Financiară pe durata implementării

contractului de consultanță/supervizare, iar specialiștii atestați tehnico-profesional sau autorizați, prevăzuți la art. 6, au obligația să încheie asigurări de răspundere civilă profesională, cu valabilitate pe durata exercitării dreptului de practică prin desfășurarea efectivă a activităților specifice pentru care au fost autorizați/atestați”;

- Art. 32: *„Proiectanții, precum și specialiștii atestați tehnico-profesional sau autorizați, prevăzuți la art. 6, au obligația de a pune la dispoziția autorităților de reglementare și/sau de control în construcții, la sollicitarea acestora, documentele întocmite în exercitarea obligațiilor ce le revin”.*

Prin urmare, legiuitorul a stabilit răspunderi comune, solidarități legale, nefiind necesară prestarea aceluiași tip de activități, în condițiile codului civil, nefiind incident art. 1443 din Codul civil [*„Obligația este solidară între debitori atunci când toți sunt obligați la aceeași prestație, astfel încât fiecare poate să fie ținut separat pentru întreaga obligație, iar executarea acesteia de către unul dintre codebitori îi liberează pe ceilalți față de creditor”*], ci dispozițiile specifice din Legea nr. 10/1995, astfel cum a fost modificată și completată, fiind vorba de o răspundere solidară, și nu de executarea obligațiilor în solidar.

În opinia Consiliului activitatea supervisorului contribuie, în mod decisiv, la buna implementare a contractului de proiectare și execuție și la constrângerea antreprenorului la asumarea și realizarea obligațiilor ce-i revin acestuia din urmă.

Consiliul apreciază ca relevante susținerile autorității contractante din cadrul punctului de vedere referitoare la faptul că, din experiența proprie, în condițiile în care nu se leagă plata activității de supervizare de progresul fizic al antreprenorului, atunci va exista situația în care autoritatea contractantă să deruleze 2-3 contracte de supervizare consecutive (din cauza scurgerii timpului) pe care să le și 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.

Această modalitate de plată, prin raportare și la progresul fizic al lucrărilor, oferă autorității contractante garanții suplimentare și asigură o mai bună implementare a contractului de supervizare. Nu înseamnă că supervisorul nu va mai fi plătit dacă se întârzie atingerea progresului fizic respectiv, ci înseamnă că va fi plătit integral atunci când va fi atins acel progres fizic.

În ceea ce privește critica autoarei contestației referitoare la faptul că prin clauzele 10.5, 10.6, 10.24, 10.35, 10.62, 10.65, 15.6, 15.7 și 19.20 din contractul de supervizare se instituie obligații în sarcina consultantului stabilite prin contracte în care acesta nu este parte și al

căror conținut acesta nu îl cunoaște, Consiliul o va respinge pentru următoarele considerente:

Deși nu este semnatar al contractului având ca obiect „Proiectare și execuție autostrada de centură București km 0+000 – km 100+900 sector centură nord km 0+000 – km 52+770, **lot 1: km 2 + 500 – km 20+000**”, contestatorul nu poate susține că dispozițiile acestuia nu îi sunt cunoscute.

Așa cum Consiliul a arătat deja, art. 2 din HG nr. 1/2018 au fost aprobate condițiile generale și specifice, împreună cu modelul-cadru de acord contractual, pentru contractele de achiziție publică sau sectorială de lucrări care au ca obiect **atât proiectarea, cât și execuția de lucrări și care sunt aferente obiectivelor de investiții finanțate din fonduri publice**, inclusiv fonduri nerambursabile și/sau rambursabile, a căror valoare totală estimată, conform prevederilor legale, este egală sau mai mare decât pragul valoric prevăzut de art. 7 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 98/2016, cu modificările și completările ulterioare, având cuprinsul prevăzut în **anexa nr. 2** a hotărârii de guvern anterior menționată, iar unul din aspectele principale vizate de condițiile generale pentru proiectarea și execuția de lucrări, îl constituie rolul și responsabilitățile supervisorului în urmărirea activității antreprenorului, detaliate în linii generale în cadrul Clauzei 5 (anexa 2 a HG nr. 1/2018).

De asemenea, în cadrul anunțului de participare nr. CN1029812/03.04.2021, prin care a fost inițiată prezenta procedură de atribuire, autoritatea contractantă a inserat condițiile generale și condițiile speciale pentru Contractul de „Proiectare și execuție autostrada de centură București km 0+000 – km 100+900 sector centură nord km 0+000 – km 52+770, **lot 1: km 2 + 500 – km 20+000**”.

În soluționarea prezentei critici, Consiliul reține ca relevant faptul că în Condițiile generale și specifice și acordul contractual pentru contractele de proiectare și execuție de lucrări, Clauza 1, se definesc următorii termeni:

- „**II) Personalul Beneficiarului - Supervizorul**, reprezentanții săi și tot restul personalului, forța de muncă și alți angajați ai Supervisorului sau ai Beneficiarului și oricare alt personal notificat Antreprenorului, de către Beneficiar sau Supervisor, ca Personal al Beneficiarului”;

- „**bbb) Supervisor - operator economic sau echipă din cadrul Beneficiarului, desemnat de către Beneficiar.** Supervisorul are atribuțiile tehnice, financiare și contractuale stabilite în Condițiile Contractuale. Supervisorul este nominalizat în Acordul Contractual **sau** notificat Antreprenorului potrivit prevederilor clauzei 5 [Supervisorul și reprezentantul Supervisorului]. Supervisorul are în echipa sa diriginți de șantier autorizați, potrivit prevederilor Legii, și orice alte persoane pentru îndeplinirea rolului său”.

Astfel, în calitate de personal al beneficiarului, supervisorului îi este opozabil Contractul de proiectare și execuție încheiat între Beneficiar și Antreprenor, nu este necesar să-și dea consimțământul la încheierea acestuia, existând posibilitatea, fie ca supervisorul să fie nominalizat în Acordul Contractual, fie să fie notificat Antreprenorului potrivit prevederilor clauzei 5 (Supervisorul și reprezentantul Supervisorului). Supervisorul este mandatarul beneficiarului, întregul contract fiind administrat de acesta.

În ceea ce privește critica autoarei contestației referitoare la clauza 10.26 din contractul de supervizare, care în opinia CONSITRANS SRL încalcă prevederile art. 32 din HG nr. 300/2006, care stipulează următoarele: *„Înainte de începerea lucrărilor pe șantier de către antreprenor/subantreprenor, planul propriu de securitate și sănătate trebuie să fie consultat și avizat de către coordonatorul în materie de securitate și sănătate pe durata realizării lucrării, medicul de medicina muncii și membrii comitetului de securitate și sănătate sau de către reprezentanții lucrătorilor, cu răspunderi specifice în domeniul securității și sănătății lucrătorilor”,* Consiliul apreciază că, inserând și în sarcina supervisorului obligația de a accepta „Planul propriu de securitate și sănătate în muncă” al antreprenorului, nu înseamnă că acest document nu va fi consultat și avizat în condițiile actului normativ anterior menționat.

De altfel, această clauză este în concordanță cu clauza 22.6 din Anexa 2 - *Condițiile generale și specifice și acordul contractual pentru contractele de proiectare și execuție de lucrări*, a HG nr. 1/2018 [*«În termen de 30 de zile de la Data de Începere, Antreprenorul va transmite Supervisorului spre acceptare "Planul propriu de sănătate și securitate în muncă" în conformitate cu Legea. Supervisorul nu va permite execuția niciunei lucrări pe Șantier înainte ca acest plan să fie acceptat. Acceptarea Planului propriu de sănătate și securitate în muncă nu îl va exonera pe Antreprenor de niciuna din responsabilitățile sale privind sănătatea și securitatea muncii pe Șantier»*], critica sub acest aspect fiind neîntemeiată.

În ceea ce privește critica autoarei contestației la clauza 10.65 din contractul de supervizare, Consiliul constată că, în raport de art. 6 alin. (3) din Legea nr. 10/1995, menționarea solidarității cu „verificatorul” este eronată, motiv pentru care și autoritatea contractantă a propus o măsură de remediere, în sensul modificării conținutului art. 10.65 după cum urmează:

„Consultantul/Supervisorul are obligația respectării prevederilor art. 5 și ale art. 6 alin. (1), (2), (3) și (4), cu modificările și completările ulterioare, din Legea nr. 10/1995 - Republicare, completată și modificată prin Legea nr. 204/2020. De asemenea, consultantul/supervisorul răspunde de îndeplinirea următoarelor obligații referitoare la calitatea în

construcții, obligații care le completează pe cele din prezentul contract și pe cele din contractul de proiectare și execuție lucrări:

- a) angajarea de specialiști atestați și sau autorizați în toate domeniile de consultanță pentru care au încheiate contracte de servicii cu investitorii/beneficiarii;
- b) sesizarea investitorului asupra neconformităților și neconcordanțelor constatate în proiecte și în execuție;
- c) asigurarea nivelului de calitate corespunzător cerințelor printr-un sistem propriu de calitate certificat;
- d) recepția proiectelor conform temeiului de proiectare și a cerințelor de calitate;
- e) participarea prin specialiști atestați la fazele principale de execuție;
- f) întocmirea de rapoarte zilnice către investitor în perioada de execuție;
- g) întocmirea de rapoarte trimestriale către investitor în perioada de garanție;
- h) respectarea termenelor contractuale de proiectare și execuție în solidar cu proiectanții și sau executanții."

Constatând că măsura de remediere propusă de autoritatea contractantă elimină **solidaritatea cu „verificatorul” reclamată de către contestatoare**, Consiliul constată că pentru respectarea principiilor transparenței și al tratamentului egal, stipulate de art. 2 alin. (2) lit. b) și d) din Legea nr. 98/2016, se impune ca autoritatea contractantă, după reluarea procedurii de atribuire, să publice în SEAP această măsură de remediere, reformularea autorității contractante fiind în acord cu dispozițiile legale în vigoare.

În ceea ce privește criticile contestatoarei care se regăsesc la punctul 3 din contestație, referitoare la caracterul disproportionat al întinderii și al modului de calcul a sumelor stabilite cu titlu de penalități în sarcina Consultanțului, Consiliul reține că autoarea contestației, în partea introductivă a criticii, menționează următoarele clauze din contractul de supervizare: 10.60, 10.68, 11.5, 12.3, 15.7 (clauza 17 – Programul de execuție), 20.09 (1), (3), (5), (6).

În ceea ce privește critica autoarei contestației referitoare la lipsa de proporționalitate, Consiliul o va respinge având în vedere regimul juridic al contractului în discuție, care este unul special, așa cum Consiliul a arătat la pag. 60 - 61 ale prezentei decizii. Penalitățile la care se face referire în clauzele menționate de contestatoare reprezintă o garanție a autorității contractante cu privire la faptul că prezentul contract de supervizare va fi executat în mod corespunzător, aplicabilitatea acestor penalități nefiind incidentă în ipoteza în care supervizorul va fi diligent, de bună credință și-și va executa întocmai și la timp obligațiile contractuale.

Nu se poate reține încălcarea principiului transparenței de vreme ce ipotezele în care vor fi aplicabile penalitățile și cuantumul lor, au fost aduse la cunoștința tuturor operatorilor economici interesați.

Referitor la critica autoarei contestației cu privire la clauza 10.60, care ar fi lipsită de previzibilitate pentru că nu se indică termenul în care Consultantul ar avea obligația de a dispune mobilizarea utilajelor/personalului antreprenorului conform programului de execuție, momentul de la care acesta începe să curgă, fiind 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, Consiliul constată următoarele:

Clauza 10.60, prevede în partea introductivă următoarele: *„Oricând pe parcursul derulării Contractului de proiectare și execuție, Consultantul/Supervizorul va dispune Antreprenorului, prin Ordin de Mobilizare, mobilizarea Utilajelor Antreprenorului/Personalului incluse/inclus în Programul de execuție în conformitate cu prevederile Clauzei 30 «Utilajele Antreprenorului și transportul Bunurilor», respectiv Clauzei 14 «Personal» din Condițiile Generale pentru Proiectare și Execuție Lucrări, prevăzute în Anexa nr. 2 din H.G. nr. 1/2018”.*

În acest context, Consiliul reține că, antreprenorul are obligația de a asigura utilaje în conformitate cu cele prevăzute în Programul de Execuție acceptat și în vigoare (clauza 30.1), iar persoanele angajate de Antreprenor trebuie să fie în număr suficient, în conformitate cu prevederile Programului de Execuție în vigoare (clauza 14).

În opinia Consiliului nu se impune stabilirea unui termen în care Consultantul ar avea obligația de a dispune mobilizarea utilajelor/personalului antreprenorului conform programului de execuție și menționarea unui moment de la care acesta începe să curgă, fiind lăsată această chestiune la latitudinea supervizorului, care acționează în numele beneficiarului, termenul urmând a se stabili astfel încât să nu se înregistreze întârzieri în Programul de execuție și să nu se producă prejudicii autorității contractante. Supervizorul are atribuții de management contractual și trebuie să fie diligent, fiind astfel firesc ca, în condițiile în care beneficiarul constată administrarea necorespunzătoare a contractului, respectiv 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, să aplice consultantului/supervizorului penalitatea menționată în contract.

Pentru cele mai sus menționate, Consiliul va respinge această critică a contestatoarei.

Referitor la critica autoarei contestației cu privire la clauza 11.5 din contractul de supervizare referitoare la obligația supervizorului de a 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, Consiliul o va respinge în condițiile în care consultantul acționează în scopul protejării intereselor beneficiarului, în speță având incidență:

- art. 1¹ 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)”.

Clauza criticată este una uzuală în contractele de acest gen și trebuie interpretată cu bună credință, rolul consultantului nefiind acela de a face publice anumite documente la care are acces pe perioada derulării contractului.

În ceea ce privește critica autoarei contestației referitoare la clauza 15.7 (clauza 17 - Programul de execuție), Consiliul o va respinge având în vedere că în cadrul documentației de atribuire a fost publicat și contractul de proiectare și execuție iar în cuprinsul acestuia, la clauza 17, sunt menționate și termenele pe care supervisorul este obligat să le respecte, sintagma „într-un termen cât, fără a se depăși perioada de timp menționată în contractul de lucrări” nefiind lipsită de previzibilitate.

În ceea ce privește critica autoarei contestației referitoare la clauza 20.9 alin. (3) din contractul de supervizare, în legătură cu care contestatoarea susține că autoritatea contractantă prevede penalități în sarcina consultantului și în situația în care unul dintre salariații săi își dă demisia ori atunci când Consultantul este obligat de dispozițiile Codului muncii să desfacă disciplinar contractul individual de muncă, Consiliul o va respinge deoarece este în interesul derulării în condiții optime a contractului menținerea personalului inițial. Ofertanții trebuie să fie diligenți în selecționarea personalului, respectiv să se asigure de stabilitatea/capacitatea profesională și umană a personalului propus, astfel încât să evite cele două situații reclamate de contestatoare. Este cunoscut că o fluctuație a personalului afectează derularea contractului de supervizare din cauza timpului necesar verificării acestuia de către autoritatea contractantă și adaptării lui la stadiul lucrărilor (noul personal trebuie să ia la cunoștință de conținutul proiectului/de stadiul lucrărilor supervizate etc.) În opinia Consiliului, este speculativă susținerea contestatoarei referitoare la faptul că reducerea salariului personalului înlocuitor presupune interferarea unui terț în contractul individual de muncă încheiat între Consultant și salariat, deoarece prin prezenta documentație de atribuire autoritatea contractantă a menționat în mod transparent aplicarea de corecții ale salariului brut/zi (inclusiv cheltuieli angajat și angajator) ce va fi plătit expertului cheie/non-cheie/alt personal înlocuitor, astfel încât ofertanții pot lua în considerare la stabilirea prețului ofertat și această situație, decizia aparținându-le exclusiv. În acest context, Consiliul reiterează faptul că în prezenta procedură de atribuire, criteriul de atribuire este „cel mai bun raport calitate-preț”, iar factorul de evaluare „prețul ofertei” are o pondere de 30%. În ceea ce privește calitatea personalului prezentat în ofertă, aceasta este determinantă, ponderea sa în cadrul criteriului de atribuire fiind de 70%.

Constatând că această critică a contestatoarei este nefondată, Consiliul nu va mai analiza măsura de remediere propusă de autoritatea contractantă.

În ceea ce privește criticile contestatoarei care se regăsesc la punctul 4 din contestație, referitoare la mobilizarea personalului consultantului în

mod discreționar de autoritatea contractantă și impunerea de penalități ce excedează controlului consultantului, Consiliul reține următoarele:

Contestatoarea prezintă sub formă tabelară următoarele dispoziții ale documentației de atribuire:

- art. 10.54 din contractul de supervizare – 7.2 din Caietul de sarcini;
- art. 12.3 din contractul de supervizare;
- art. 19.3 din contractul de supervizare;
- art. 19.4 din contractul de supervizare;
- art. 19.6 din contractul de supervizare;
- art. 19.7 din contractul de supervizare;
- art. 19.11 din contractul de supervizare;
- art. 19.12 din contractul de supervizare;
- art. 19.16 din contractul de supervizare;
- art. 19.18 din contractul de supervizare;
- art. 23.4 din contractul de supervizare;
- art. 25.1 din contractul de supervizare;
- art. 20.2, coroborat cu art. 20.9 din contractul de supervizare;
- art. 20.5 din contractul de supervizare;
- art. 20.9 din contractul de supervizare.

Constatând că nu există neconcordanțe între dispozițiile reproduse de contestatoare din contractul de supervizare și cele din Caietul de sarcini, Consiliul va proceda la analiza criticilor formulate de contestatoare în referire la cauzele contractului de supervizare anterior menționate.

În soluționarea acestei critici a contestatoarei, Consiliul reține ca relevante clauzele 19.3 și 23.4 din Contractul de supervizare.

Potrivit clauzei 19 [Mobilizarea/Demobilizarea Personalului și a echipamentului], punctul 3: *„(...) Oricând pe parcursul derulării contractului de servicii, în funcție de necesitățile Beneficiarului și/sau de necesitățile Consultantului/Supervizorului, cât și de situația existentă la un moment dat a prezentului Contract de Servicii sau a Contractului «Proiectare și execuție autostrada de centură București km 0+000 – km 100+900 sector centură nord km 0+000 – km 52+770, lot 1: km 2 + 500 – km 20+000», Beneficiarul poate emite Ordin/Ordine de mobilizare/demobilizare prin care se va solicita fie mobilizarea personalului Consultantului/Supervizorului, fie demobilizarea acestuia în condițiile în care personalul Consultantului/Supervizorului a fost deja mobilizat.»*

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 că 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.

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 doar în condițiile în care acesta nu își îndeplinește atribuțiile.

Consiliul mai reține că nu se poate pune în discuție impreviziunea în acest contract, în ceea ce privește durata realizării lui, în realitate, fiind vorba de legătura sa indivizibilă cu contractul de proiectare și execuție, fiind clar că în situația în care acesta din urmă se prelungește, și contractul de supervizare va avea aceeași soartă. Consultantul este angajat pentru supervizarea unei lucrări, pe tot parcursul său și pe perioada de garanție.

Drept urmare, că lucrarea este sau nu este finalizată în timp, este un risc pe care supervizorul și-l asumă, acesta având pârghii legale de a interveni în contractul de execuție pentru accelerarea ritmului lucrărilor.

În consecință, Consiliul va respinge această critică a contestatoarei.

În ceea ce privește criticile contestatoarei care se regăsesc la punctul 5 din contestație, referitoare la lipsa de claritate a prevederilor contractuale și inserarea unor caluze care permit beneficiarului sancționarea consultantului/Supervizorului în mod discreționar și fără predictibilitate, Consiliul reține următoarele:

Contestatoarea prezintă sub formă tabelară următoarele dispoziții ale documentației de atribuire:

- art. 15.11 din contractul de supervizare – clauza 3 – termeni/definiții din Caietul de sarcini;

- art. 15.12 din contractul de supervizare – 5.3.4. din Caietul de sarcini;

- art. 24.1 din contractul de supervizare – 7.1.1 din Caietul de sarcini

- art. 37.3 din contractul de supervizare - 7.2 din Caietul de sarcini;

- art. 37.5 din contractul de supervizare;

- art. 37.6 din contractul de supervizare;

- art. 37.7 din contractul de supervizare;

- art. 37.8 din contractul de supervizare;

- art. 38.4 (1) din contractul de supervizare;

- art. 38.8 din contractul de supervizare;

- art. 38.10 din contractul de supervizare;

- art. 38.12 din contractul de supervizare;

- art. 38.14 din contractul de supervizare;

- art. 38.18 din contractul de supervizare;

- art. 50.1 din contractul de supervizare.

Constatând că nu există neconcordanțe între dispozițiile reproduse de contestatoare din contractul de supervizare și cele din Caietul de sarcini, Consiliul va proceda la analiza criticilor formulate de contestatoare în referire la cauzele contractului de supervizare anterior menționate.

În soluționarea acestei critici, Consiliul reține clauzele 15.11 și 15.13 lit. c) din Contractul de servicii de supervizare, care stipulează următoarele:

- 15.11. *„Consultantul/supervizorul își va asuma riscurile ce decurg din participarea sa la procedura de atribuire și prin semnarea contractului, și nu va avea nicio pretenție în cazul apariției acestora sau a altora neidentificate în prezentul contract, dar posibil să apară”;*

- 15.13 *„Consultantul/Supervizorul va lua toate măsurile necesare pentru evitarea/minimizarea/controlul efectelor următoarelor riscuri generale identificate și consecințele aferente:*

(...)

- c) *Riscul întârzierilor în realizarea lucrărilor de execuție datorate culpei Supervizorului/Consultantului. Atunci când întârzierile în realizarea lucrărilor de execuție se datorează culpei Antreprenorului, Consultantul/Supervizorul va notifica Antreprenorul cu privire la aplicarea de penalități”.*

De asemenea, Consiliul reține că prin punctul de vedere formulat autoritatea contractantă a propus următoarele măsuri de remediere.

Astfel, în ceea ce privește clauza 15.11, autoritatea contractantă propune următorul conținut:

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

De asemenea, pentru o abordare unitară, în cadrul modelului de contract de servicii, autoritatea contractantă propune ca prevederile clauzei 15.13. lit. c) să fie modificate astfel:

„Riscul întârzierilor în realizarea lucrărilor de execuție datorate culpei supervizorului/consultantului. Atunci când întârzierile în realizarea lucrărilor de execuție se datorează culpei antreprenorului, consultantul/supervizorul va notifica antreprenorul cu privire la aplicarea de penalități.”

Față de măsurile de remediere propuse de autoritatea contractantă, Consiliul constată că prin propunerea de modificare a clauzei 15.11, Consultantul/supervizorul își va asuma doar riscurile stabilite în sarcina acestuia și menționate în caietul de sarcini, fiind eliminată sintagma *„riscurile ce decurg din participarea sa la procedura de atribuire”*. De asemenea, forma propusă pentru clauza 15.13 lit. c) stipulează riscul întârzierilor în realizarea lucrărilor de execuție datorate culpei supervizorului/consultantului și precizează în mod clar că în situația în care întârzierile în realizarea lucrărilor de execuție se datorează culpei antreprenorului, consultantul/supervizorul are obligația de a notifica antreprenorul cu privire la aplicarea de penalități.

Constatând că măsurile de remediere propuse de autoritatea contractantă clarifică prevederile documentației de atribuire în sensul dorit de contestatoare, se apreciază că pentru respectarea principiilor transparenței și al tratamentului egal, stipulate de art. 2 alin. (2) lit. b) și d) din Legea nr. 98/2016, se impune ca autoritatea contractantă, după reluarea procedurii de atribuire, să publice în SEAP aceste măsuri de remediere.

În ceea ce privește critica autoarei contestației referitoare la 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, Consiliul constată următoarele:

Art. 24.1 alin. (4) prevede următoarele:

„(4) Modificările nesubstanțiale (ce derivă din clauzele de revizuire sau modificările nesubstanțiale 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 prețului contractului și fără a afecta dreptul beneficiarului de a aplica penalități de întârziere sau de a solicita despăgubiri/daune, doar cu acordul beneficiarului și numai prin emiterea de către acesta a unui/unor ordin/ordine de modificare:

(...)

g) *Modificări legislative sau de norme tehnice/stas-uri/normative/standarde pe parcursul derulării contractului; (...)*”.

De asemenea, în cadrul caietului de sarcini, la punctul 3.2.Riscuri, se regăsesc următoarele mențiuni:

*„Factorii de risc probabili sunt cei din tabelul de mai jos, în funcție de alocarea fiecăruia, măsurile ce se impun vor fi luate în interesul Proiectului pentru încadrarea în durata de execuție și valoarea de contract. **Negestionarea corespunzătoare a acestor riscuri va atrage aplicarea penalităților menționate în Contract**”.*

Printre riscurile prezentate în cadrul Caietului de sarcini, sub formă tabelară se regăsește la poziția 20, următorul risc:

„Apariția unor modificări în legislație și reglementările tehnice aplicabile în desfășurarea activităților. Prestatorul va face toate demersurile pentru completarea/ajustarea/refacerea serviciilor și lucrărilor desfășurate la momentul apariției acestor schimbări”.

Coroborând aceste informații ale documentației de atribuire, Consiliul constată că interpretarea contestației este eronată, dreptul Beneficiarului de a aplica penalități de întârziere sau de a solicita despăgubiri/daune apare doar în situația în care riscul nu este gestionat corespunzător iar autoritatea contractantă este prejudiciată, critica sub acest aspect fiind nefondată.

În ceea ce privește critica autoarei contestației referitoare la faptul că, conformitate cu art. 40.1 **„Autoritatea contractantă își rezervă dreptul de a denunța unilateral contractul de servicii, în următoarele situații:**

(...) b) în situația în care alocarea resurselor financiare a fost sistată/modificată”, Consiliul o va respinge ca nefondată având în vedere regimul juridic al contractului în discuție, care este unul special, așa cum Consiliul a arătat la pag. 60 - 61 ale prezentei decizii.

Din analiza documentației de atribuire, respectiv a Fișei de date a achiziției, punctul II.2.13) – Informații despre fondurile Uniunii Europene, Consiliul reține că prezenta achiziție se referă la „un proiect și/sau un program finanțat din fonduri ale Uniunii Europene: DA (...) Programul Operațional Infrastructura Mare – POIM”.

Astfel, în situația în care *„alocarea resurselor financiare a fost sistată/modificată”,* este firesc ca autoritatea contractantă să poate decide dacă va denunța unilateral contractul sau va continua derularea lui prin identificarea altor surse de finanțare. Prin urmare orice operator economic trebuie să-și evalueze riscurile în momentul în care se angajează într-un astfel de contract.

În ceea ce privește critica autoarei contestației referitoare la clauza prevăzută la art. 38.10 din Contractul de supervizare (care în opinia contestației ar încălca dispozițiile art. 1531, 1533 și 1549 din Codul Civil), prin care 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 la un terț, coroborat cu dispozițiile clauzei 38.18 din Contractul de supervizare și prevederile art. 41 din HG nr. 395/2016, Consiliul constată că în cadrul punctului de vedere autoritatea contractantă nu și-a exprimat opinia în legătură cu această critică.

De asemenea, Consiliul reține următoarele dispoziții ale **Articolul 38** – Încetarea și rezilierea contractului de servicii din inițiativa autorității contractante, din contractul de supervizare relevante în cauză:

- **38.10** – *„În situația rezilierii contractului ca urmare a neîndeplinirii obligațiilor contractuale de către consultant/supervizor, beneficiarul poate desfășura singur activitățile contractate sau poate contracta o terță parte, pe cheltuială proprie a consultantului/supervizorului. Răspunderea consultantului/supervizorului pentru întârzierile și daunele produse beneficiarului în execuția contractului va subzista și ulterior punerii în aplicare a situației reglementate mai sus”;*

- **38.14** – *„Dacă autoritatea contractantă reziliază contractul de servicii, va fi îndreptățită să recupereze de la consultant/**supervizor orice pierdere sau prejudiciu suferit**, fără a renunța la celelalte remedii la care este îndreptățită în baza contractului de servicii”;*

- **38.18** – *„Fără a prejudicia nici un alt drept al său potrivit contractului, autoritatea contractantă este îndreptățită să execute întreaga valoare a garanției de bună execuție”.*

De asemenea, se rețin dispozițiile art. 1531, 1533 și 1549 din Codul civil și art. 41 din HG nr. 395/2016, care precizează următoarele:

- **Art. 1.531:** Repararea integrală:

„(1) Creditorul are dreptul la repararea integrală a prejudiciului pe care l-a suferit din faptul neexecutării.

(2) Prejudiciul cuprinde pierderea efectiv suferită de creditor și beneficiul de care acesta este lipsit. La stabilirea întinderii prejudiciului se ține seama și de cheltuielile pe care creditorul le-a făcut, într-o limită rezonabilă, pentru evitarea sau limitarea prejudiciului.

(3) Creditorul are dreptul și la repararea prejudiciului nepatrimonial”;

- **Art. 1.533** - Previzibilitatea prejudiciului:

„Debitorul răspunde numai pentru prejudiciile pe care le-a prevăzut sau pe care putea să le prevadă ca urmare a neexecutării la momentul încheierii contractului, afară de cazul în care neexecutarea este intenționată ori se datorează culpei grave a acestuia. Chiar și în acest din urmă caz, daunele-interese nu cuprind decât ceea ce este consecința directă și necesară a neexecutării obligației”;

- **Art. 1.549** - Dreptul la rezoluțiune sau reziliere:

„(1) Dacă nu cere executarea silită a obligațiilor contractuale, creditorul are dreptul la rezoluțiunea sau, după caz, rezilierea contractului, precum și la daune-interese, dacă i se cuvin.

(2) Rezoluțiunea poate avea loc pentru o parte a contractului, numai atunci când executarea sa este divizibilă. De asemenea, în cazul contractului plurilateral, neîndeplinirea de către una dintre părți a

obligației nu atrage rezoluțiunea contractului față de celelalte părți, cu excepția cazului în care prestația neexecutată trebuia, după circumstanțe, să fie considerată esențială.

(3) Dacă nu se prevede altfel, dispozițiile referitoare la rezoluțiune se aplică și în cazul rezilierii”.

- **Art. 41** din HG nr. 395/2016, prevede următoarele:

„Autoritatea contractantă are dreptul de a emite pretenții asupra garanției de bună execuție, oricând pe parcursul îndeplinirii contractului de achiziție publică/contractului subsecvent, **în limita prejudiciului creat**, în cazul în care contractantul nu își îndeplinește din culpa sa obligațiile asumate prin contract. Anterior emiterii unei pretenții asupra garanției de bună execuție autoritatea contractantă are obligația de a notifica pretenția atât contractantului, cât și emitentului instrumentului de garantare, precizând obligațiile care nu au fost respectate, precum și modul de calcul al prejudiciului. În situația executării garanției de bună execuție, parțial sau total, contractantul are obligația de a reîntregii garanția în cauză raportat la restul rămas de executat”.

Consiliul reține că din conținutul prevederilor art. 38.10 din Contractul de supervizare, nu rezultă limitarea despăgubirilor autorității contractante la prejudiciul creat, dar toate punctele articolului 38 - *Încetarea și rezilierea contractului de servicii din inițiativa autorității contractante* (în speță 38.10, 38.14 și 38.18) trebuie interpretate în mod coroborat și nu scoase din context.

Sumele datorate de supervizor ca urmare a rezilierii pentru neîndeplinirea contractului urmează a fi cuantificate și reținute din garanția de bună execuție. 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 garanția de bună execuție. Dacă pentru acoperirea prejudiciului creat valoarea garanției de bună execuție nu este îndeșulătoare, autoritatea contractantă, pentru repararea integrală a prejudiciului, este îndreptățită să recupereze de la consultant, pe calea dreptului comun, orice prejudiciu neacoperit de garanția de bună execuție.

Însă, 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 susținerile contestatoarei referitoare la art. 4.2 din Caietul de sarcini, Consiliul reține că Riscurile se regăsesc menționate la punctul 3.2 din Caietul de sarcini, iar tabelul conține identificate 21 de riscuri împărțite între autoritatea contractantă și consultant, precum și următoarea mențiune la finalul tabelului: „Consultantul/Supervizorul își asumă riscurile mai sus menționate și va depune toate diligențele necesare

*pentru îndeplinirea obiectivelor și realizarea activităților din prezentul Caiet de Sarcini”, care este în concordanță cu măsurile de remediere propuse de autoritatea contractantă la clauza 15.11 din contract, respectiv: „Consultantul/supervizorul își va asuma **riscurile stabilite în sarcina acestuia și menționate în caietul de sarcini**, iar prin semnarea contractului nu va avea nicio pretenție în cazul apariției acestora.”*

În ceea ce privește critica autoarei contestației referitoare la art. 24 – Modificarea contractului de servicii, cu privire la care contestatoarea arată că beneficiarul poate modifica discreționar obligațiile supervizorului, Consiliul o apreciază ca fiind nefondată pentru următoarele motive:

- art. 24.1 prevede în mod expres că modificările la contract se realizează cu respectarea cadrului legal;

- art. 24.1 alin. (4) detaliază modificările nesubstanțiale care nu conduc la modificarea prețului;

- art. 24.2 prevede că modificările Contractului de servicii trebuie să respecte prevederile art. 221 și ale art. 222 din Legea privind achizițiile publice nr. 98/2016.

- art. 24.3 prevede că în situația în care vor fi îndeplinite condițiile de aplicare a prevederilor art. 221, litera f) din Legea nr. 98/2016, valoarea cu care poate fi depășit prețul Contractului nu va depăși 10% din prețul Contractului fără TVA, iar aceste sume vor fi plătite conform modalității stipulate în contract.

- art. 24.4 stipulează că modificările vor fi realizate ulterior semnării contractului, numai în condițiile în care acestea nu reprezintă modificări substanțiale în sensul prevederilor art. 221 alin. (7) din Legea nr. 98/2016.

Față de cele mai sus menționate, Consiliul constată că autoarea contestației nu a făcut dovada faptului că dispozițiile art. 24 – Modificarea contractului de servicii, încalcă prevederile legale în vigoare, mecanismul de modificare contractuală propus de autoritatea contractantă fiind explicit și în conformitate cu dispozițiile legale.

În ceea ce privește criticile contestatoarei care se regăsesc la punctul 6 din contestație, referitoare la modalitățile de plată, Consiliul reține următoarele:

Contestatoarea prezintă sub formă tabelară următoarele clauze din Contractul de supervizare:

- art. 32.3 A;
- art. 32.3 C;
- art. 32.5;
- art. 32.6;
- art. 32.8;
- art. 32.14;
- art. 32.15;
- art. 32.16;
- art. 32.17;

- art. 34.1 și arată că beneficiarul instituie în beneficiul său o serie de termene și condiții pentru efectuarea plăților serviciilor prestate, care conduc la imposibilitatea consultantului de a-și acoperi cheltuielile ocazionate cu personalul propriu, instituind condiții de plată în raport de etapele contractului de proiectare și execuție și nicidecum de etapele contractului de supervizare sau de calitatea și cantitatea lucrărilor executate de consultant. De asemenea, contestatoarea opinează că această clauză contravine dispozițiilor Legii nr. 72/2013, potrivit căreia 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.

Analizând punctul de vedere al autorității contractante, Consiliul reține că aceasta propune următoarele măsuri de remediere cu privire la clauzele 32.3 A și 32.3 B din contractul de supervizare.

Astfel, forma inițială a art. 32.3 A – Modalitatea de plată pentru supervizarea activității de proiectare, era următoarea:

„Beneficiarul va plăti suma aferentă «Supervizării Activității de Proiectare», conform următoarei modalități de plată:

<i>Modalitatea de plată</i>	<i>Modalitatea de calcul</i>
50% lunar în baza timpului efectiv lucrat conform rapoartelor lunare de progres care conțin fișele de pontaj ale experților/persoanelor mobilizați/mobilizate	<i>Pentru fiecare expert/persoană în parte Beneficiarul va plăti 50% din valoarea rezultată din înmulțirea Onorariu (lei fără TVA) pe zi/ expert sau persoană [Salariu brut/zi (inclusiv cheltuieli angajat și angajator) + alte cheltuieli/zi] cu zilele efectiv lucrate în lunile respective.</i>
Restul de 50% aprobați deja prin fișele de pontaj ale fiecărei luni, se vor plăti la momentul finalizării 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.	Diferența de 50% rămasă neplatită conform fișelor de pontaj deja aprobate pentru lunile respective în care acesta a prestat activități de supervizare a proiectării.

Ca urmare a prezentei contestații autoritatea contractantă a propus modificarea acestei clauze, prin modificarea procentelor după cum urmează:

Modalitatea de plată	Modalitatea de calcul
70% lunar în baza timpului efectiv lucrat conform rapoartelor lunare de progres care conțin fișele de pontaj ale experților/persoanelor mobilizați/mobilizate	Pentru fiecare expert/persoană în parte beneficiarul va plăti 70% din valoarea rezultată din înmulțirea onorariu (lei fără TVA) pe zi/expert sau persoană [Salariu brut/zi (inclusiv cheltuieli angajați și angajator) + alte cheltuieli/zi] cu zilele efectiv lucrate în lunile respective
Restul de 30% aprobați deja prin fișele de pontaj ale fiecărei luni, se vor plăti la momentul finalizării activității de proiectare în baza avizării Proiectului Tehnic în cadrul CTE al CNAIR SA și a avizării „ <i>bun de execuție</i> ” a Proiectului Tehnic de către consultant/ supervizor.	Diferența de 30% rămasă neplătită conform fișelor de pontaj deja aprobate pentru lunile respective în care acesta a prestat activități de supervizare a proiectării.

Se constată astfel că modificarea propusă de autoritatea contractantă nu este în sensul celor dorite de contestatoare dar este mai favorabilă decât cea inițială.

Mecanismul de plată propus de autoritatea contractantă pentru supervizarea activității de proiectare este corect și legal în opinia Consiliului, reprezentând în fapt o plată eșalonată a supervizării activității de proiectare (care nu se poate confunda cu garanția de bună execuție care are rolul său stabilit în mod clar prin documentația de atribuire), diferența de 30% rămasă neplătită conform fișelor de pontaj deja aprobate pentru lunile respective în care consultantul a prestat activități de supervizare a proiectării, urmând a fi achitată la momentul finalizării 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. Faptul că autoritatea contractantă nu va plăti integral onorariile experților, ci va eșalona plata acestora, nu înseamnă o sancționare a supervizorului. În condițiile în care finalizarea activității de proiectare va avea loc la momentul avizării Proiectului Tehnic în cadrul CTE al CNAIR SA și a avizării „*bun de execuție*” a Proiectului Tehnic de către Supervizor, este firesc ca acesta să fie momentul în care supervizarea activității de proiectare **să fie achitată integral.**

Diferența de bani ce urmează a fi achitată supervizorului la îndeplinirea unui prag al progresului fizic îi asigură beneficiarului garanția că supervizorul își va aduce la bun sfârșit activitățile.

Constatând că măsura de remediere propusă de autoritatea contractantă, chiar dacă nu este în sensul dorit de contestatoare, este benefică pentru aceasta și pentru alți operatori economici interesați în condițiile în care procentele se modifică în favoarea supervisorului, se apreciază că pentru respectarea principiilor transparenței și al tratamentului egal, stipulate de art. 2 alin. (2) lit. b) și d) din Legea nr. 98/2016, se impune ca autoritatea contractantă, după reluarea procedurii de atribuire, să publice în SEAP această măsură de remediere.

De asemenea, Consiliul constată că prin punctul de vedere autoritatea contractantă a propus, constatând o eroare la nivelul documentației de atribuire în ceea ce privește termenul de supervizare a activității de execuție a lucrărilor [menționat în mod eronat ca având o durată de 44 luni (în loc de 22 de luni cât este în caietul de sarcini)], și modificarea unor dispoziții ale clauzei 32.3 B – Modalitatea de plată pentru supervizarea execuției lucrărilor, după cum urmează:

Astfel, paragraful:

„În situația în care execuția lucrărilor nu este finalizată sau stadiul fizic/progresul fizic al execuției lucrărilor nu atinge pragul de 100% în perioada celor 44 de luni, din motive care nu sunt imputabile/din culpa supervisorului (cu excepția riscurilor asumate de consultant/supervisor în contract) beneficiarul va aplica o reducere de 20% a «salariului brut/zi (inclusiv cheltuieli angajat și angajator)» pentru toți experții/persoanele mobilizați/mobilizate la momentul respectiv sau ce vor fi mobilizate după expirarea celor 44 luni, pentru serviciile ce vor fi prestate în cadrul contractului.”

se va modifica astfel:

„În situația în care execuția lucrărilor nu este finalizată sau stadiul fizic/progresul fizic al execuției lucrărilor nu atinge pragul de 100% în perioada celor 22 de luni, din motive care sunt imputabile/din culpa supervisorului (cu excepția riscurilor asumate de consultant/supervisor în contract) beneficiarul va aplica o reducere de 20% a «salariului brut/zi (inclusiv cheltuieli angajat și angajator)» pentru toți experții/persoanele mobilizați/mobilizate la momentul respectiv sau ce vor fi mobilizate după expirarea celor 22 luni, pentru serviciile ce vor fi prestate în cadrul contractului.”

De asemenea, paragraful: „Astfel, începând cu luna 45 a perioadei de execuție a lucrărilor și până la finalizarea execuției lucrărilor, beneficiarul va aproba și va plăti numai 80% din valoarea «salariului brut/zi (inclusiv cheltuieli angajat și 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 aceștia și a fișelor de pontaj”, se va modifica astfel:

„Astfel, începând cu luna 23 a perioadei de execuție a lucrărilor și până la finalizarea execuției lucrărilor, beneficiarul va aproba și va plăti numai 80% din valoarea «salariului brut/zi (inclusiv cheltuieli angajat și angajator)» aplicabil la momentul finalizării celor 22 de luni, pentru fiecare

expert/persoană mobilizat/mobilizată sau ce va fi mobilizat/mobilizată, în baza serviciilor prestate de aceștia și a fișelor de pontaj”.

Mecanismul de plată propus de autoritatea contractantă pentru plata execuției supervizării lucrărilor are în vedere faptul că diferența de 20% se va constitui în economie la contract, aceasta putând fi utilizată, dacă este cazul, în scopul prelungirii perioadei de prestare a serviciilor și numai cu acceptul Beneficiarului. Ultima plată aferentă perioadei de supervizare a execuției lucrărilor se va realiza numai după îndeplinirea în mod cumulativ a următoarelor condiții:

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

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

Față de cele mai sus menționate, Consiliul apreciază că pentru respectarea principiilor transparenței și al tratamentului egal, stipulate de art. 2 alin. (2) lit. b) și d) din Legea nr. 98/2016, se impune ca autoritatea contractantă, după reluarea procedurii de atribuire, să publice în SEAP și aceste măsuri de remediere.

În acest context, Consiliul constată că prin prezenta documentație de atribuire autoritatea contractantă a menționat, în mod transparent, faptul că nu va plăti integral onorariile experților, ci va eșalona plata acestora, întrucât neexistând progres al lucrărilor, nici activitățile supervisorului nu au fost executate în totalitate, astfel încât ofertanții pot lua în considerare la stabilirea prețului ofertat și această situație, decizia aparținându-le exclusiv. Consiliul înțelege să reitereze faptul că în prezenta procedură de atribuire, criteriul de atribuire este „cel mai bun raport calitate-preț”, iar factorul de evaluare „prețul ofertei” are o pondere de 30%.

În ceea ce privește critica autoarei contestației referitoare la încălcarea dispozițiilor Legii nr. 72/2013, potrivit căroră 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, Consiliul o va respinge ca nefondată pentru următoarele motive:

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”;

Art. 7:

„(1) Termenele de plată stabilite în contract pentru executarea obligațiilor autorităților contractante nu pot fi mai mari decât termenele stabilite potrivit art. 6 alin. (1). **În mod excepțional, părțile pot stipula un termen de plată de maximum 60 de zile calendaristice, dacă acesta este stabilit expres în contract și în documentația achiziției și este obiectiv justificat, ținând cont de natura sau caracteristicile specifice ale contractului, sub rezerva ca această clauză să nu fie abuzivă, în sensul art. 12.**

(2) Dispozițiile art. 5 alin. (2), privitoare la plățile eşalonate, se aplică în mod corespunzător”.

În soluționarea acestei critici, Consiliul reține ca fiind relevante următoarele susțineri ale autorității contractante din cadrul punctului de vedere:

„Cu privire la termenul de plată, facem 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, cu modificările și completările ulterioare, justificat de complexitatea situațiilor de lucrări și

a documentelor de verificat și aprobat înainte de realizarea plăților, precum și accesul la fondurile necesare efectuării plăților, fiind vorba despre un contract aferent unui proiect de infrastructură rutieră de interes major. Menționăm și că acest termen de plată este uzual în toate contractele finanțate 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 și volumul mare al documentelor de verificat și aprobat înainte de realizarea plăților, precum și accesul la fondurile necesare efectuării plăților, precum și de circuitul financiar al fondurilor care implică mai multe instituții ale statului, fiind vorba despre un proiect de infrastructură rutieră de interes major”.

În consecință, luând în considerare cele mai sus menționate, în temeiul art. 26 alin. (2) și (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 obliga autoritatea contractantă, ca, în termen de 15 zile de la primirea deciziei Consiliului, să remedieze documentația de atribuire, respectiv unele dintre clauzele criticate care aparțin Contractului de servicii de supervizare, cu respectarea celor evocate în motivare, să aducă modificările astfel efectuate la cunoștința operatorilor economici interesați de participarea la această procedură și să stabilească o nouă dată limită pentru primirea ofertelor.

În ceea ce privește capătul de cerere privind obligarea autorității contractante la plata tuturor cheltuielilor ocazionate de soluționarea contestației, Consiliul îl va respinge ca nedovedit.

În ceea ce privește contestația formulată de asocierea HILL INTERNATIONAL (BUCHAREST) SRL – PROIECT CONSULTING SRL, care formează obiectul dosarului nr. 863/2021, Consiliul constată următoarele:

În temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, modificată și completată prin OUG nr. 114/2020 (în vigoare de la data de 13.07.2020), Consiliul analizează inadmisibilitatea contestației, pentru neconstituirea cauțiunii, prevăzută de dispozițiile art. 61¹ alin. (1) lit. b) din Legea nr. 101/2016, modificată și completată prin OUG nr. 114/2016.

Prin adresa nr. 19401/863/C5/14.04.2021, Consiliul i-a solicitat contestatoarei HILL INTERNATIONAL (BUCHAREST) SRL să transmită la dosarul cauzei, în termen de 5 zile de la data sesizării CNSC, sub sancțiunea respingerii contestației, ca inadmisibilă, recipisa de consemnare a cauțiunii, în original, în quantum de 220.000 lei, urmând ca modalitatea de constituire a cauțiunii să fie făcută conform art. 1057 din Codul de procedură civilă, coroborat cu art. 68 din Legea nr. 101/2016 la CEC BANK SA sau la orice altă instituție de credit care efectuează astfel de operațiuni, pe numele părții respective, la dispoziția CNSC, răspunsul

urmând a fi comunicat Consiliului, inițial prin fax sau mijloace electronice (e-mail), iar ulterior, în original, prin poștă sau direct la registratura CNSC.

HILL INTERNATIONAL (BUCHAREST) SRL nu a dat curs solicitării CNSC, cu toate că prin adresa nr. 040/20.04.2021, înregistrată la CNSC sub nr. 20713/21.04.2021, a confirmat faptul că va depune dovada constituirii cauțiunii aferente contestației sale, în termenul notificat.

Până la data emiterii prezentei decizii (12.07.2021), deși a curs un interval de timp rezonabil, contestatoarea nu a transmis Consiliului dovada constituirii cauțiunii, prin fax/e-mail sau în original (poștă sau la registratura CNSC), deși, prin adresa CNSC nr. 19401/863/C5/14.04.2021, i s-a solicitat acesteia, în mod expres, ca răspunsul să fie comunicat Consiliului, inițial prin fax sau e-mail, iar ulterior, în original, prin poștă sau direct la registratura CNSC.

Totodată, prin aceeași adresă, Consiliul a precizat faptul că lipsa cauțiunii atrage respingerea contestației.

În soluționarea cauzei sunt relevante dispozițiile legale:

- art. 61¹ alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016, modificată și completată prin OUG nr. 114/2020 (ordonanța de urgență fiind în vigoare la data depunerii contestației), potrivit căroră:

„(1) Pentru soluționarea contestației formulate în condițiile art. 8 sub sancțiunea respingerii acesteia, persoana care se consideră vătămată trebuie să constituie, în termen de maximum 5 zile de la data sesizării Consiliului, o cauțiune stabilită după cum urmează:

(...)

*b) 2% din valoarea estimată a contractului, dacă aceasta este egală sau mai mare decât pragurile valorice prevăzute la art. 7 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, cu modificările și completările ulterioare, art. 12 alin. (1) din Legea nr. 99/2016, cu modificările și completările ulterioare, art. 11 alin. (1) din Legea nr. 100/2016, cu modificările și completările ulterioare, dar nu mai mult de 220.000 lei pentru contestațiile depuse în etapa prevăzută la art. 17 alin. (1) lit. a), respectiv nu mai mult de 880.000 lei pentru contestațiile depuse în etapa prevăzută la art. 17 alin. (1) lit. b)”.
- art. 12 alin. (2) din Legea nr. 24/2000, conform căroră:*

„(2) Ordonanțele de urgență ale Guvernului intră în vigoare la data publicării în Monitorul Oficial al României, Partea I, sub condiția depunerii lor prealabile la Camera competentă să fie sesizată, dacă în cuprinsul lor nu este prevăzută o dată ulterioară”.

Întrucât contestatoarea nu s-a conformat dispozițiilor legale imperative de constituire a cauțiunii, deși Consiliul a manifestat un rol activ și i-a solicitat depunerea cauțiunii, contestația sa nu poate fi soluționată, fapt pentru care, în conformitate cu dispozițiile art. 61¹ din Legea nr. 101/2016, modificată și completată prin OUG nr. 114/2020 (ordonanța de urgență fiind în vigoare la data depunerii contestației), în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge, ca inadmisibilă, contestația formulată de HILL INTERNATIONAL

(BUCHAREST) SRL, în contradictoriu cu COMPANIA NAȚIONALĂ DE ADMINISTRARE A INFRASTRUCTURII RUTIERE SA, în calitate de autoritate contractantă, pentru neconstituirea cauțiunii.

Fără pronunțare asupra fondului cauzei, conform dispozițiilor art. 26 alin. (1) din actul normativ anterior menționat.

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

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

CONSILIUL DECIDE:

Admite, în parte, contestația formulată de CONSITRANS SRL, în contradictoriu cu autoritatea contractantă COMPANIA NAȚIONALĂ DE ADMINISTRARE A INFRASTRUCTURII RUTIERE SA (**dosar nr. 861/2021**).

Obligă autoritatea contractantă, ca, în termen de 15 zile de la primirea deciziei Consiliului, să remedieze documentația de atribuire, respectiv unele dintre clauzele criticate care aparțin Contractului de servicii de supervizare, cu respectarea celor evocate în motivare, să aducă modificările astfel efectuate la cunoștința operatorilor economici interesați de participarea la această procedură și să stabilească o nouă dată limită pentru primirea ofertelor.

Respinge, ca nedovedit, capătul de cerere privind obligarea autorității contractante la plata tuturor cheltuielilor ocazionate de soluționarea contestației.

Respinge, ca inadmisibilă, contestația formulată de HILL INTERNATIONAL (BUCHAREST) SRL, în contradictoriu cu autoritatea contractantă COMPANIA NAȚIONALĂ DE ADMINISTRARE A INFRASTRUCTURII RUTIERE SA (**dosar nr. 863/2021**).

Împotriva prezentei decizii se poate formula plângere, în termen de 10 zile de la comunicare pentru părțile cauzei, respectiv de la data luării la cunoștință de către alte persoane vătămate.

