



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. 524/C5/3

Data: 10.03.2022

Prin contestația fără număr de înregistrare de la emitent, nedată, înregistrată la Consiliu sub nr. 3/03.01.2022, transmisă prin mijloace electronice (e-mail) și prin poștă, în original, înregistrată la Consiliu sub nr. 3/03.01.2022 și, respectiv, sub nr. 797/06.01.2022, ... SRL, reprezentată de ... – președinte, cu sediul în ..., cu sediul procesual ales la CABINETUL DE AVOCAT „...”, în municipiul ..., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., având CIF RO ..., a contestat Clarificarea nr. 1, 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 ..., în calitate de autoritate contractantă, cu sediul în ... și a solicitat următoarele:

- „obligarea autorității contractante la adoptarea de măsuri de remediere privind conținutul Clarificării nr. 1/21.12.2021 și a Modelului de Contract de Supervizare Republicat, constând în punerea acestora în acord cu prevederile obligatorii ale Deciziei civile nr. 1952/07.10.2021 pronunțată de Curtea de Apel București, secția a IX-a Contencios administrativ și fiscal, în dosarul nr. 5089/2/2021 având ca obiect plângerea formulată de subscrisa împotriva Deciziei nr. 1488/C5/861/863/12.07.2021 emisă de Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor privind contestația ... SRL împotriva formei inițiale a documentației de atribuire a prezentului contract de achiziții publice.

- suspendarea procedurii de atribuire a contractului de supervizare până la soluționarea contestației;
- obligarea autorității contractante la plata tuturor cheltuielilor ocazionate de soluționarea prezentei cauze”.

Cererea privind suspendarea procedurii de atribuire a fost soluționată de către Consiliu prin Încheierea nr. 27/C5/3 din 06.01.2022.

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

În susținerea contestației ... SRL a precizat faptul că autoritatea contractantă a publicat în SEAP, la data de 21.12.2021, Clarificarea nr. 1 cu privire la documentația de Atribuire, împreună cu Anexele la aceasta și a transmis spre publicare erata nr. EN1033448, privind extinderea termenelor din procedură, ofertele putând fi transmise până la data de 06.01.2022.

Din studierea răspunsurilor autorității contractante cuprinse în „Clarificarea nr. 1 la Documentația de atribuire”, precum și a Modelului de contract republicat cuprins în anexa 1 la clarificare, reiese că autoritatea contractantă nu a modificat toate prevederile contractuale la care a fost obligată prin decizia definitivă a Curții de Apel București nr. 1952/07.10.2021, în conformitate cu cele reținute de instanță în motivarea hotărârii.

Referitor la clauzele prevăzute la art. 10.54 și art. 19 din Modelul de Contract de supervizare republicat privind Mobilizarea/Demobilizarea personalului Consultantului, ... SRL consideră că urmare a Deciziei nr. 1952/07.10.2021 a Curții de Apel București, autoritatea contractantă avea obligația remedierii documentației de atribuire astfel încât să elimine clauzele abuzive din contract.

Anexa 1 la Clarificarea nr. 1, cuprinde modelul de Contract de Supervizare republicat, în care sunt incluse, după cum afirmă autoritatea contractantă, „modificările stabilite prin Hotărârea Curții de Apel București nr. 1952/07.10.2021”.

Deși există unele modificări ale art. 10.54, autoritatea contractantă nu a stabilit, astfel cum a fost obligată de Curtea de Apel București, „o durată limită, maximă și fixă sau procentuală (prin raportare la durata contractului) și rezonabilă, ce ar putea rezulta din însumarea tuturor perioadelor de demobilizare la solicitarea beneficiarului” sau o măsură similară de remediere.

Având în vedere art. 1 alin. (3) din Legea nr. 101/2016 și art. 435 alin. (1) Codul de proc. Civilă, obligativitatea hotărârii judecătorești este cea care impune ca părțile să se supună efectelor lucrului judecat și să își conformeze conduita corespunzător.

Așadar, deși pretinde că și-a îndeplinit obligațiile impuse de instanță, de modificare într-un anumit sens expres indicat în cuprinsul hotărârii, a unor clauze din Contractul de Supervizare, în mod nelegal, cu încălcarea

dispozițiilor Deciziei civile nr. 1952/07.10.2021 emisă de Curtea de Apel București, Autoritatea Contractantă a nu și-a îndeplinit aceste obligații.

Totodată, deși instanța a dispus corelarea dispozițiilor art. 10.54 cu cele ale art. 19 - Mobilizarea/Demobilizarea Personalului și a echipamentului, „cu privire la frecvența, durata și condițiile demobilizării”, nici această obligație nu a fost respectată de către autoritatea contractantă.

În acest sens, ... SRL a exemplificat, că, în cuprinsul clauzei 19.3 din Modelul de Contract de Servicii republicat, este prevăzut că „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 Centura București km 0+000 - km 100+900 Sector Centra 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”.

Rezultă, fără putință de tăgadă, că autoritatea contractantă nu a modificat dispozițiile art. 19 „cu privire la frecvența, durata și condițiile demobilizării”, ignorând cele dispuse, în mod definitiv și obligatoriu de către Curtea de Apel București prin Decizia nr. 1952/07.10.2021.

... SRL a reiterat faptul că prevederile sus referite sunt excesiv de împovărătoare, imprevizibile, discreționare și la îndemâna exclusivă a beneficiarului, de a demobiliza și mobiliza personalul propus de către consultant, oricând va considera acesta de cuviință, perioada scursă dintre data mobilizării și cea de demobilizării, cât și ulterior, până la o eventuală remobilizare, fiind incertă.

Prestatorul nu își asumă o obligație de rezultat, de a alocă 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.

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.

Autoarea contestației consideră că a impune supervizorului 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.

Așadar, din modalitatea în care este formulată clauza 10.54 și, în mod corespunzător, clauza 19, reiese că autoritatea contractantă nu a pus în aplicare hotărârea Curții de Apel București pronunțată în dosarul nr. dosarul nr. 5089/2/2021.

Referitor la clauza prevăzută la art. 10.60 din Modelul de contract de supervizare republicat privind penalitatea de 10.000 lei/eveniment, aplicată supervisorului în lipsa unui termen în care supervisorul trebuie să dispună antreprenorului mobilizarea utilajelor/personalului, ... SRL a precizat următoarele:

Prin Decizia civilă nr. 1952/07.10.2021, instanța a reținut că regimul sancționator este unul sever, însă nu disproporționat. Cu toate acestea, a obligat autoritatea contractantă să adopte, ca măsură de remediere inserarea expresă în clauza 10.60 a condiției ca, pentru a aplica penalitatea supervisorului pentru nemobilizarea utilajelor/personalului este necesar ca executarea lucrării să fie în întârziere.

Deși a modificat parțial clauza 10.60, în sensul în care autoritatea contractantă a inclus, în cuprinsul acestei clauze, condiția existenței unei întârzieri în executarea contractului de lucrări, aceasta nu a respectat ce-a de-a doua obligație impusă de instanță, respectiv nu a stabilit un „termen - pe ore, zile, la aprecierea autorității contractante, dar care să confere transparență și previzibilitate sancțiunii - în care Supervisorul trebuie să acționeze (prin mobilizarea utilajelor/personalului) și în interiorul căruia beneficiarul «nu poate constata lipsa [de pe șantier a utilajelor/personalului]» și nu sunt aplicabile penalitățile”.

... SRL a învederat faptul că acest termen în care supervisorul trebuie să dispună mobilizarea, din momentul în care beneficiarul solicită aceasta sau din momentul în care această măsură devine necesară, nu este prevăzut nici la art. 14, nici la art. 30 din Modelul de contract republicat.

Astfel, clauza prevăzută la art. 10.60 din contractul republicat este lipsită de previzibilitate cât timp nu este indicat termenul în care supervisorul ar avea obligația de a dispune mobilizarea utilajelor/personalului antreprenorului, conform programului de execuție, ținând seama și de cuantumul considerabil al penalităților care s-ar percepe.

Așadar, autoritatea contractantă nu a respectat decizia Curții de Apel București nr. 1952/07.10.2021, nici nu privire la modificarea, sub toate aspectele precizate expres de instanță, a clauzei 10.60 din Contractul de Supervizare.

Referitor la clauza 20.9 din Modelul de Contract de Supervizare Republicat privind reducerea salariului personalului Supervisorului de către autoritatea contractantă și clauza 20.2 lit. d) care definește „demisia”, ... SRL a precizat că instanța a dispus următoarele:

«Curtea apreciază că este necesar, ca măsură de remediere, ca AC să revizuiască clauzele contractuale în sensul de a nu-și lua libertatea aplicării unor sancțiuni supervisorului în situații pe care acesta nu le poate împiedica (demisia expertului) sau în care concedierea răspunde unei necesități obiective și este dictată de lege.

Soluția trebuie să fie una echitabilă și echilibrată, de natură să îmbine situația Supervizorului cu interesul beneficiarului de păstrare a experților în serviciul său și să atenueze efectul pecuniar al penalităților aplicabile supervisorului (sub forma reducerii salariului brut pentru expert sau în altă formă) pentru situațiile în care plecarea unui expert nu îi este imputabilă sau este rezultatul aplicării unor măsuri legale necesare. /.../

În fața Consiliului, autoritatea contractantă a propus ca măsură de remediere ca, în cadrul modelului de contract de servicii, prevederile art. 20.9 alin. (3) să se modifice astfel:

„/.../ 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 calitatea nominalizată în cadrul ofertei, autoritatea contractantă nu va reduce cu 10% «salariul brut/zi (inclusiv cheltuieli angajat și angajator)» ce va fi plătit expertului cheie/ non-cheie/alt personal înlocuitor.”

De asemenea, a mai propus, pentru o abordare unitară, ca în cadrul modelului de contract de servicii, prevederile art. 20.2 lit. d) /.../ să se modifice astfel:

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

Analizând măsura de remediere propusă, instanța a apreciat că nu este înlăturat impedimentul reținut anterior, constând în suportarea reducerii de 10% de supervisorul angajator care nu are posibilitatea de a împiedica demisia expertului său, ori care este nevoit să ia măsura concedierii pentru abateri pentru care legea impune o asemenea sancțiune. De altfel, în această ultimă situație, instanța a considerat că este dificil de înțeles cum ar putea un expert concediat pentru abateri grave, să continue să își desfășoare activitatea „în cadrul prezentului contract”.

Așadar, autoritatea contractantă a modificat clauza 20.9 alin. (1) din Modelul de contract de supervizare republicat, în sensul introducerii unei excepții de la reducerea salariului brut/zi în situația prevăzută la art. 20.2 lit. f), respectiv în cazul desfacerii disciplinare a Contractului Individual de Muncă, dovedită cu documente justificative.

Cu toate acestea, contestatoarea consideră că, în ceea ce privește demisia, definită de art. 20.2 din Modelul de Contract, autoritatea contractantă nu a pus în aplicare hotărârea instanței. Modificările aduse clauzei contractuale nu numai că nu au înlăturat caracterul excesiv al clauzei contractuale, ba chiar au generat o confuzie și mai accentuată printr-o formulare greoaie, neclară și dificil de înțeles.

Art. 20.9 alin. (3) revizuit prevede că, în condițiile în care expertul nu își mai desfășoară activitatea în cadrul prezentului contract, autoritatea contractantă va reduce cu 10% salariul brut/zi ce va fi plătit expertului înlocuitor numai în cazul în care ulterior încetării activității în prezentul contract, expertul respectiv este introdus în alt contract de servicii, încheiat între autoritatea contractantă și supervisor, indiferent de poziția ocupată.

În primul rând, ... SRL a precizat că autoritatea contractantă nu a clarificat temeiul în baza căruia un expert, nominalizat pentru executarea prezentului contract de supervizare, al cărui raport de muncă cu supervisorul a încetat prin demisie, și-ar putea continua activitatea în cadrul aceluiași contract de supervizare.

... SRL a reiterat faptul că, atât timp cât expertul își desfășoară activitatea în cadrul prezentului contract de supervizare urmare a nașterii unor raporturi juridice de dreptul muncii între el, în calitate de angajat/salariat și supervisor. În calitate de angajator, rezultă că, odată ce a încetat contractului individual de muncă, prin demisie, nu ar mai exista niciun temei al desfășurării vreunei activități de către personalul respectiv în contractul de supervizare.

Mai mult, nici eventuala remunerare a personalului pentru activitățile pe care le-ar presta, deși dificil de imaginat, în afara contractului individual de muncă, nu ar mai avea niciun temei.

În al doilea rând, din formularea clauzei 20.9 alin. (3) din Modelul de contract de supervizare republicat reiese că autoritatea contractantă nu va aplica reducerea salariului brut/zi, în situația în care expertul va mai desfășura activitate în cadrul prezentului contract, ulterior încetării, prin demisie, a contractului individual de muncă încheiat cu supervisorul.

Această ipoteză a fost deja analizată de către Curtea de Apel București, care, însă, a reținut că „nu este înlăturat impedimentul reținut anterior, constând în suportarea reducerii de 10% de supervisorul angajator care nu are posibilitatea de a împiedica demisia expertului său, ori care este nevoit să ia măsura concedierii pentru abateri pentru care legea impune o asemenea sancțiune. De altfel, în această ultimă situație, este dificil de înțeles cum ar putea un expert concediat pentru abateri grave, să continue să își desfășoare activitatea „în cadrul prezentului contract”.

În al treilea rând, clauza 20.9 alin. (3) din Modelul de contract de supervizare Republicat prevede că autoritatea contractantă va aplica reducerea salariului brut/zi, în situația în care expertul care nu mai desfășoară activitate în cadrul prezentului contract ca urmare a demisiei, va fi angajat pe orice poziție în cadrul altui contract de servicii încheiat între supervisor/consultant și autoritatea contractantă.

... SRL a precizat faptul că reducerea salariului brut/zi este nu numai nelimitată în timp, nefiind prevăzut un termen în cadrul căruia să fie aplicată sancțiunea pentru încheierea unui nou contract între supervisor și expertul care a demisionat pe durata de executare a prezentului contract și alocarea respectivului expert în alt contract de servicii încheiat cu

autoritatea contractantă, ci este și valabilă pentru orice contract încheiat pe întreg teritoriul țării, astfel că această clauză este excesivă, disproporționată.

Această modificare prin care autoritatea contractantă încearcă să creeze o legătură de cauzalitate între sancțiunea reducerii salariului brut/zi al expertului înlocuitor al unui expert care și-a dat demisia și o faptă culpabilă care ar putea fi pusă în sarcina supervisorului/consultantului, nu constituie o remediere în sensul indicat de instanță, fiind de asemenea excesivă, deoarece:

- supervisorul/consultantul nu poate controla exercitarea dreptului expertului de a demisiona și nu poate împiedica efectele actului unilateral al acestuia;

- odată ce supervisorul/consultantul nu poate controla și împiedica demisia expertului, culpa acestuia nu poate fi prezumată, ci demonstrată de către autoritatea contractantă. Prin urmare, în cazul demisiei expertului, angajatorului nu i se poate aplica o sancțiune în lipsa dovedirii culpei acestuia;

- faptul angajării aceluiași expert pe orice poziție de către supervisor/consultant în cadrul altui contract de servicii încheiat cu autoritatea contractantă, nu dovedește și nu creează o prezumție de vinovăție a supervisorului/consultantului, nici sub forma culpei, nici a intenției de a încălca obligația sa contractuală de a asigura personal specializat, câtă vreme:

- în cadrul prezentului contract, supervisorul/consultantul asigură personal specializat prin înlocuirea expertului cu un altul care îndeplinește toate cerințele autorității contractante și care este aprobat de aceasta;

- legislația muncii obligă supervisorul/consultantul să recruteze personal de specialitate fără a condiționa participarea candidaților de inexistența unei demisii din cadrul unor contracte încheiate în trecut cu autoritatea contractantă. O astfel de condiție ar fi discriminatorie și ar expune supervisorul/consultantul nu numai la plata daunelor interese, ci și la anularea procesului de recrutare și la intrarea într-un cerc vicios. Reluarea procesului de recrutare fără a impune o astfel de condiție ar putea avea ca rezultat tocmai selectarea expertului a cărui desemnare în cadrul unui contract de servicii încheiat cu autoritatea contractantă ar expune supervisorul/consultantul la aplicarea sancțiunii contractuale aflată în discuție. Prin urmare, supervisorul/consultantul nu poate adopta, în mod rezonabil, o conduită care să împiedice aplicarea sancțiunii, urmând să fie sancționat, fără vinovăție pentru respectarea legislației muncii;

- clauza revizuită constituie o ingerință excesivă în activitatea operatorilor economici pe piața serviciilor, deoarece impune restricții majore pe timp nelimitat în recrutarea, menținerea, desemnarea personalului în contracte încheiate cu autoritatea contractantă care deține o pondere importantă din derularea contractelor de servicii care necesită prezența personalului specializat la care se referă clauza. Clauza revizuită afectează piața relevantă a serviciilor ce fac obiectul procedurii, creând

dificultăți majore operatorilor economici care au un volum mare de activitate în domeniu. Angajatorul cu experiență relevantă în domeniu este pus în situația de a epuiza personalul disponibil ce poate fi desemnat în cadrul contractelor de servicii încheiate cu Autoritatea Contractantă sau candidații care ar putea fi recrutați în același scop. Aceste restricții nu au o justificare obiectivă, ci se bazează exclusiv pe temerea autorității contractante lipsită de dovezi concludente că ar putea fi prejudiciată prin exercitarea dreptului la demisie și a dreptului la muncă de către expert, respectiv a dreptului supervisorului/consultantului de a-și organiza și desfășura activitatea în mod independent. Autoritatea contractantă impune o sancțiune pentru o prezumție de vinovăție pe care o instituie ea însăși în mod nelegal și excesiv în sarcina angajatorului și angajatului. Reangajarea expertului, în cadrul altui contract de servicii încheiat cu autoritatea contractantă, nu este susceptibil să constituie dovada încălcării din culpă sau cu intenție a obligației contractuale de menținere a expertului în cadrul altui contract;

- clauza revizuită conduce la ingerința excesivă a autorității contractante în viața profesională și personală a experților în condițiile în care demisia acestora poate fi cauzată de evenimente obiective sau subiective independente de culpa angajatorului sau angajatului, iar aplicarea prevederii contractuale în relația cu angajatorul ar conduce la afectarea dreptului legitim al expertului de a se transfera sau angaja în altă localitate la același angajator. Angajatorul ar fi obligat să nu facă o astfel de angajare, deși are nevoie de personal specializat, pentru că prestează servicii în majoritate covârșitoare pentru aceeași autoritate contractantă care domină, fără dubiu, sectorul execuției lucrărilor pentru care prestează servicii de tipul celor ce fac obiectul procedurii;

- clauza revizuită impune restricții pe perioadă nelimitată în timp, atât angajatorului, cât și angajatului.

Rezultă că autoritatea contractantă nu a adoptat măsurile de remediere la care a fost obligată de Curtea de Apel București, prin Decizia civilă nr. 1952/07.10.2021, nici cu privire la dispozițiile art. 20.9 coroborat cu cele ale art. 20.2 din Modelul de contract de supervizare republicat.

În finalul susținerilor sale, ... SRL a concluzionat că autoritatea contractantă nu a respectat obligațiile impuse în sarcina sa prin Decizia Curții de Apel București nr. 1952/07.10.2021, de remediere a documentației de atribuire, în sensul celor expres precizate de către instanță în motivarea hotărârii, sens în care, pe de o parte, autoritatea contractantă a încălcat o hotărâre judecătorească definitivă și obligatorie, iar pe de altă parte, criticile sale privind clauzele analizate atât în prezenta contestație, cât și în contestația și plângerea anterioare, critici ce au fost admise de către Curtea de Apel București în dosarul nr. 5089/2/2021, subzistă.

Prin adresa nr. 10/04.01.2022, înregistrată la Consiliu sub nr. 327/04.01.2022, ... SRL a depus, în original, Recipisa de consemnare nr.

207741707/1 eliberată de CEC BANK – Sucursala Piața Victoriei, la data de 04.01.2022, în sumă de 220.000 RON.

Prin adresa nr. 483/3/C5/05.01.2022, Consiliul a solicitat contestatoarei, în temeiul art. 20 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să precizeze numărul anunțului de participare contestat (întrucât la pag. 2 din contestație se menționează anunțul de participare nr. CN1029671/31.03.2021, care nu corespunde cu denumirea procedurii indicată). De asemenea, Consiliul a solicitat contestatoarei să remită contestația în original, însoțită de împuternicirea avocațială.

... SRL a răspuns prin adresa fără număr de înregistrare de la emitent, nedată, înregistrată la Consiliu sub nr. 588/05.01.2022, precizând faptul că anunțul de participare aferent contestației sale are numărul CN1029812/31.03.2021.

Prin corespondența transmisă prin mijloace electronice (e-mail) și prin poștă, înregistrată la Consiliu sub nr. 797/06.01.2021 și, respectiv, sub nr. 998/07.01.2022, ... SRL a înaintat, în original, contestația însoțită de un set de documente justificative, printre care și cele solicitate de CNSC prin adresa nr. 483/3/C5/05.01.2022.

Prin corespondența nr. 92/6/18.01.2022, transmisă prin fax, înregistrată la Consiliu sub nr. 2830/18.01.2022, autoritatea contractantă a înaintat un punct de vedere cu privire la contestația depusă de ... SRL.

Autoritatea contractantă consideră că autoarea contestației a făcut o serie de afirmații inexacte, menite să inducă în eroare Consiliul cu privire la faptul că autoritatea contractantă „nu a modificat toate prevederile contractuale la care a fost obligată prin Decizia definitivă a Curții de Apel București nr. 1952/07.10.2021”, aspect de natură a prefigura caracterul netemeinic al contestației.

Autoritatea contractantă a învederat faptul că, în modelul de contract republicat, a avut în vedere toate dispozițiile Deciziei Civile nr. 1952/ 07.10.2021 a Curții de Apel București, în acest sens, modificând nu numai articolele contractuale indicate, în mod expres, de către Curtea de Apel București (respectiv Art. 10.26, 10.60, 20.9, 10.54, 19, 37.3, 37.6, 15.11-15.13, 38.10, 32.3), ci și alte articole contractuale relaționate.

În ceea ce privește afirmația contestatoarei cu privire la faptul că nu s-a modificat Art. 10.54 în sensul dispus de Curtea de Apel București, prin Decizia Civilă nr. 1952/07.10.2021, autoritatea contractantă a precizat că acest articol contractual a fost modificat.

Forma inițială, publicată în SEAP, în cadrul documentației de atribuire: „10.54 Consultantul/Supervizorul are obligația, la solicitarea expresă a Beneficiarului, de a mobiliza/demobiliza personalul în funcție de necesitățile Beneficiarului, de situația existentă la un moment dat a prezentului Contract de Servicii sau a Contractului de proiectare și execuție sau în funcție de progresul fizic/stadiul fizic al Lucrărilor, sau alte asemenea, fără ca Consultantul/Supervizorul să pretindă compensații financiare/costuri suplimentare/daune/despăgubiri/pretenții de orice natură.”

Forma modificată publicată în SEAP, prin Clarificarea 1 din 21.12.2021:

„10.54 Consultantul/Supervizorul are obligația, la solicitarea Beneficiarului, de a mobiliza/demobiliza personalul în funcție de necesitățile contractuale, de situația existentă la un anumit moment dat, pe perioada de derulare a prezentului Contract de Servicii sau a Contractului de proiectare și execuție sau în funcție de progresul fizic/stadiul fizic al Lucrărilor.”

Astfel, se observă faptul că Art. 10.54 a fost modificat, prin eliminarea paragrafului „[...] sau alte asemenea, fără ca Consultantul/Supervizorul să pretindă compensații financiare/costuri suplimentare/daune/despăgubiri/ pretenții de orice natură” și introducerea duratei/termenului privind demobilizarea la Art. 19.11 alin. (2) prin detalierea modalității de penalizare a demobilizării experților, stabilind în acest sens durata cumulată a perioadelor de demobilizare a expertului, respectiv „să nu depășească 50% din numărul de zile alocat respectivului expert conform caietului de sarcini”.

Având în vedere această modificare, autoritatea contractantă a respectat solicitările Curții de Apel București, prin care aceasta a obligat autoritatea contractantă la modificarea clauzei 10.54 astfel încât să prevadă „[...] o durată limită, maximă, fixă sau procentuală (prin raportare la durata contractului) și rezonabilă ce ar putea rezulta din însumarea tuturor perioadelor de demobilizare la solicitarea Beneficiarului și dincolo de care limitarea dreptului Supervizorului de a pretinde despăgubiri să nu mai opereze [...]”. Astfel, autoritatea contractantă a precizat limita maximă procentuală și rezonabilă prin însumarea tuturor perioadelor de demobilizare, iar după această perioadă Consultantul/Supervizorul are dreptul de a pretinde despăgubiri.

Forma modificată publicată în SEAP, prin Clarificarea 1 din 21.12.2021:

Art. 19.11. (2) „În situația demobilizării personalului care a fost deja mobilizat prin Ordin de Mobilizare anterior, dar autoritatea contractantă consideră că mai este nevoie de acesta, Consultantul/Supervizorul nu este îndreptățit să pretindă compensații financiare/costuri suplimentare/daune/despăgubiri/pretenții de orice natură, atât timp cât durata cumulată a perioadelor de demobilizare a expertului respectiv nu depășește 50% din numărul de zile alocat respectivului expert conform Caietului de sarcini”. Mai mult decât atât, autoritatea contractantă arată că „a introdus la Art. 19.11 și alineatele (3) și (4), pentru corelare”.

Astfel, se observă faptul că afirmația contestatoarei de la punctul 2.4. din contestație, conform căreia „(...) autoritatea contractantă nu a modificat dispozițiile art. 19 cu privire la frecvența, durata și condițiile demobilizării, ignorând cele dispuse, în mod definitiv și obligatoriu de către Curtea de Apel București prin Decizia nr. 1952/07.10.2021”, este netemeinică, întrucât aceste informații au fost înscrise la Art. 19.11 alin. (2), mai sus citate. Prin urmare, chiar dacă prevederile Art. 10.54 nu sunt considerate satisfăcătoare de către contestatoare, autoritatea

contractantă consideră că acestea trebuie, în mod obligatoriu, să fie interpretate în corelare cu prevederile Art. 19.11.

Autoritatea contractantă a învederat faptul că afirmațiile contestatoarei de la pct. 2.5 din contestație sunt nefondate, de rea-credință, iar contestația nu înțelege să interpreteze, în mod unitar, clauzele contractuale modificate de către autoritatea contractantă, pentru punerea în aplicare a prevederilor Deciziei civile nr. 1952/07.10.2021.

În ceea ce privește invocarea Art. 10.60 în cadrul pct. 3 din contestație, autoritatea contractantă a precizat că nu a identificat motivul menționării acestui articol contractual, câtă vreme acest articol contractual a fost modificat, atât prin introducerea termenului de „5 zile din momentul în care măsura devine necesară”, cât și a condiționalității ca executarea contractului să fie întârziată.

Forma inițială publicată în SEAP, în cadrul documentației de atribuire: «10.60 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 HG nr. 1/2018. În condițiile în care Beneficiarul constată lipsa utilajelor/personalului Antreprenorului de pe Șantier, iar până la momentul constatării de către Beneficiar Consultantul/Supervizorul nu a dispus Antreprenorului mobilizarea Utilajelor/Personalului incluse în Programul de Execuție, Beneficiarul va aplica Consultantului/Supervizorului o penalitate de 10.000 lei per eveniment».

Forma modificată publicată în SEAP, prin Clarificarea 1 din 2.12.2021: «10.60 Oricând pe parcursul derulării Contractului de proiectare și execuție, dar nu mai târziu de 5 zile din momentul în care măsura devine necesară, Consultantul/Supervizorul va dispune Antreprenorului, prin Ordin de Mobilizare, mobilizarea Utilajelor Antreprenorului/Personalului incluse/inclus în Programul de execuție în conformitate cu prevederile Clauzei 30 „Utilajele Antreprenorului și transportul Bunurilor”, respectiv Clauzei 14 Personal din Condițiile Generale pentru Proiectare și Execuție Lucrări, prevăzute în Anexa nr. 2 din HG nr. 1/2018. În condițiile în care, executarea contractului de lucrări este întârziată și Beneficiarul constată lipsa utilajelor/personalului Antreprenorului de pe Șantier, iar până la momentul constatării de către Beneficiar Consultantul/Supervizorul nu a dispus Antreprenorului mobilizarea Utilajelor/Personalului incluse în Programul de Execuție, Beneficiarul va aplica Consultantului/Supervizorului o penalitate de 10.000 lei per eveniment».

Astfel, concluzia înscrisă de contestatoare la punctul 3 în contestație, conform căreia „CNAIR SA nu a respectat Decizia Curții de Apel București nr. 1952/07.10.2021 nici cu privire la modificarea, sub toate aspectele precizate expres de instanță, a clauzei 10.60 din Contractul de Supervizare” este tendențioasă, merită să inducă în eroare Consiliul,

întrucât, așa cum se constată, autoritatea contractantă a modificat Art. 10.60, în sensul dispus de Curtea de Apel.

Astfel, autoritatea contractantă dorește constatarea inutilității și netemeinicii includerii, de către contestatoare, a punctului 3 din contestație.

În ceea ce privește invocarea Art. 20.2 lit. d) și a Art. 20.9 în cadrul punctului 4 din contestație, autoritatea contractantă precizează că, în modelul de contract de servicii republicat, a modificat prevederile Art. 20.2 lit d) și a Art. 20.9, astfel:

Forma inițială publicată în SEAP, în cadrul documentației de atribuire:

«Art. 20.2. d) demisia, respectiv actul unilateral de voință al personalului prin care încetează Contractul individual de muncă/orice raport juridic dintre personal și angajator. Prin noțiunea de „demisie” așa cum este menționată în prezentul articol se înțelege demisia salariatului înaintată Consultantului/Supervizorului, în calitatea sa de Angajator, astfel cum este reglementată de Legea nr. 53/2003 - Codul Muncii, cu modificările și completările ulterioare»;

Forma modificată publicată în SEAP, prin Clarificarea 1 din 21.12.2021:

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

Forma inițială publicată în SEAP, în cadrul documentației de atribuire:

„Art. 20.9 (3) Situațiile menționate la Articolul 20.2 lit. d), lit. e) și lit. f) nu constituie motiv de neaplicare a acestei reduceri de 10%”.

Forma modificată publicată în SEAP, prin Clarificarea 1 din 21.12.2021: «Art. 20.9 (3) Situația menționată la Articolul 20.2 lit. e) nu constituie motiv de neaplicare a acestei reduceri de 10%. În situația menționată la Articolul 20.2. lit. d) și în condițiile în care expertul/persoana nu își mai desfășoare activitatea în cadrul prezentului contract, autoritatea contractanta va reduce cu 10% „salariul brut/zi (inclusiv cheltuieli angajat și angajator)” ce va fi plătit expertului cheie/non-cheie/alt personal înlocuitor numai în cazul în care ulterior încetării activității în prezentul contract, expertul/persoana respectivă este introdus/ă într-un alt contract de servicii, încheiat între autoritatea contractantă și Consultant/ Supervizor, indiferent de poziția ocupată».

Astfel, autoritatea contractantă dorește constatarea faptului că prevederile Art. 20.2 lit. d) și, implicit, ale Art. 20.9 alin. (3) au fost

modificate în sensul detalierii și explicării aplicării penalității de 10% din salariul brut/zi.

... a învederat faptul că în calitate de autoritate contractantă și, totodată, de administrator al drumurilor naționale și autostrăzilor, conform prevederilor legale în acest sens, are o vastă experiență în ceea ce privește derularea contractelor de servicii de supervizare a lucrărilor pe care are obligația de a le executa, în calitate de administrator al drumurilor.

Astfel, autoritatea contractantă învederează faptul că introducerea acestor clauze contractuale, nu s-a realizat cu scopul ca aceasta să constituie „(...) o ingerință excesivă în activitatea operatorilor economici pe piața serviciilor (...)”, astfel cum ... SRL în mod tendențios afirmă, ci reprezintă exclusiv o intenție de asigurare că obiectul contractului se va realiza corespunzător.

Față de afirmația contestatoarei conform căreia „(...) CNAIR SA nu a clarificat temeiul în baza căruia un expert, nominalizat pentru executarea prezentului contract de supervizare, al cărui raport de muncă cu Supervisorul a încetat prin demisie, și-ar putea continua activitatea în cadrul aceluiași contract de supervizare”, autoritatea contractantă a precizat faptul că indicarea, în cadrul contractului de servicii, a vreunui mod de stabilire a relațiilor de muncă între contractant și experții săi, ar constitui o imixtiune în administrarea de către contractant a resursei umane. Autoritatea contractantă consideră că există multiple căi de colaborare care pot fi utilizate de către contractant în relația de colaborare cu experții.

Autoritatea contractantă consideră că este deosebit de important, pentru buna derulare a obiectului contractului de supervizare, precum și al obiectului contractului de lucrări, ca personalul să nu fluctueze față de personalul inițial, prezentat în ofertă, care a asigurat supervizarea contractului de lucrări, de la început. În decursul anilor, autoritatea contractantă s-a confruntat cu situația fluctuației personalului în cadrul contractelor de supervizare, acțiune care a condus la o slabă supervizare a lucrărilor. Astfel, având în vedere experiența acumulată în acest domeniu, autoritatea contractantă a inclus în cadrul contractului de servicii clauzele contractuale contestate de către contestatoare, cu unicul scop de a se asigura de îndeplinirea cu succes a obiectului contractului de servicii.

Astfel, în cazul în care contestatoarea este de bună-credință și personalul acesteia nu va fluctua în timpul derulării acestuia, prevederile Art. 20.9 alin. (3) nu se vor aplica. Totodată, un aspect extrem de important este 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.

Față de prevederile Art. 20.9 alin. (3) republicat, autoritatea contractantă precizează faptul că includerea acestor prevederi este fundamentată pe faptul că, din experiență, s-a putut constata că, deși un

expert a demisionat din cadrul unui proiect, acesta a fost introdus de către contractant pe un alt proiect, această acțiune perturbând grav îndeplinirea obiectului contractului inițial.

Într-o interpretare succintă a prevederilor Art. 20.9, autoritatea contractantă precizează că s-ar putea identifica 3 situații:

1. expertul demisionează de la contractant (în calitate de acestuia de angajator) și nu își mai desfășoară activitatea pe proiect, deși se pot identifica pârghii legale prin care acesta să poată presta, în continuare, activitatea în cadrul contractului, situație în care se aplica reducerea de 10%;

2. expertul demisionează de la contractant (în calitate de acestuia de angajator) și continuă să își desfășoare activitatea pe proiect, situație în care nu se aplică reducerea de 10%;

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

Prin introducerea prevederilor republicate ale Art. 20.9, autoritatea contractantă a precizat că dorește să împiedice riscul privind fluctuația personalului contractantului din acest proiect, precum și de faptul că acesta acționează ca un angajator de bună credință, cu o politică constructivă de gestionare a resursei umane, orientată pe atingerea obiectivului proiectului și nu o politică care să încurajeze demisia sau încetarea activității în cadrul contractului de servicii.

De asemenea, tot din experiența acumulată în derularea proiectelor de supervizare, autoritatea contractantă a constatat că s-au identificat situații în care contractanții, la nivelul stadiului de ofertare, prezintă aceiași experți în mai multe proiecte, deși aceștia sunt implicați deja și în alte proiecte aflate în derulare, urmând ca după atribuirea contractelor în cauză, experții să fie retrași/păstrați din/în proiect, chiar de către contractanți (în calitate de angajatori), în funcție de strategia de afaceri a contractanților. În mod evident, aceste situații nu pot fi generalizate, dar au fost întâlnite de-a lungul timpului în derularea proiectelor în cadrul autorității contractante, acestea generând sincope majore în derularea proiectelor, pe care dorește să le preîntâmpine.

În finalul punctului de vedere, autoritatea contractantă a concluzionat că a rectificat prevederile Art. 20.9 alin. (3) și prin înscrierea trimiterii la lit. f) de la Art. 20.9 alin. (3), astfel cum se prevedea în varianta inițială de model de contract, la Art. 20.9 alin. (1), astfel cum se prevedea în varianta de model de contract - republicat.

Prin corespondența transmisă de autoritatea contractantă prin mijloace electronice (e-mail), înregistrată la Consiliu sub nr. 2859/18.01.2022, a făcut dovada trimiterii punctului de vedere nr. 92/6/18.01.2022 către contestatoarea ... SRL.

Prin corespondența transmisă de autoritatea contractantă prin mijloace electronice (e-mail), înregistrată la Consiliu sub nr. 7402/

11.02.2022, aceasta a transmis un set de documente din dosarul achiziției.

Ulterior, autoritatea contractantă a depus la registratura CNSC, în copie certificată pentru conformitate cu originalul, o parte a documentelor necesare soluționării contestației depusă de ... SRL, corespondența fiind înregistrată la Consiliu sub nr. 8626/18.02.2022.

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

..., 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 ... SRL și asocieria ... SRL – ... SRL au sesizat Consiliul la data de **13.04.2021**, contestația formulată de ... SRL făcând obiectul dosarului nr. 861/2021, în timp de contestația formulată de asocieria ... SRL – ... SRL a făcut obiectul dosarului nr. 863/2021.

Prin Decizia nr. 1488/C5/861/863 din 12.07.2021, Consiliul a dispus următoarele:

„Admite, în parte, contestația formulată de ... SRL, în contradictoriu cu autoritatea contractantă ... (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 ... SRL, în contradictoriu cu autoritatea contractantă ... (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.”

Nemulțumită de decizia Consiliului, ... SRL a formulat împotriva acesteia plângerea care a făcut obiectul dosarului nr. 5089/2/2021, soluționat de Curtea de Apel București prin Decizia civilă nr. 1952/07.10.2021, prin care a s-au dispus următoarele:

„Modifică în parte decizia CNSC nr.1488/C5/861/863 din 12.07.2021 în sensul că admite în parte contestația Obligă AC să remedieze documentația de atribuire (în termen de 15 zile de la primirea deciziei), cu respectarea celor evocate în motivare, respectiv să modifice și să aducă modificările astfel efectuate la cunoștința operatorilor economici interesați, stabilind o nouă dată limită pentru primirea ofertelor, a următoarelor clauze ale Contractului de servicii de supervizare: 10.26; 10.60; 20.9; 10.54 și, în mod corespunzător, art.19; 37.3 și 37.6; 15.11 – 15.13; 37.3; 38.10; 32.3; în mod corespunzător clauzele contractului care fac referire la obligații ce vor fi stabilite în sarcina Supervizorului prin acte adiționale la contractul de lucrări, ca urmând a fi stabilite (și) în acte adiționale la contractul de servicii. Menține celelalte dispoziții ale deciziei CNSC. Definitivă”.

Decizia instanței a fost publicată de autoritatea contractantă în SEAP la data de 24.11.2021 și este definitivă.

La data de 21.12.2021, Autoritatea contractantă a publicat în SEAP Clarificarea nr. 1 la documentația de atribuire, prin care a răspuns la o serie de întrebări formulate de operatorii economici interesați de procedură și în anexa căreia a inclus „Modelul de contract de supervizare republicat”, în care a operat modificările considerate necesare pentru punerea în aplicare a deciziei instanței, intervenind atât asupra articolelor indicate în mod expres de către instanță, cât și asupra altor articole, considerate relevante de către autoritatea contractantă.

Nemulțumită de modul de punere în aplicare a Deciziei civile nr. 1952/07.10.2021, rezultat din răspunsul formulat la întrebarea nr. 25 și din modelul de contract, modificat de autoritatea contractantă, ... SRL a formulat contestația care formează obiectul prezentului dosar, prin care a solicitat adoptarea de măsuri de remediere privind conținutul Clarificării nr. 1/21.12.2021 și a „Modelului de contract de supervizare republicat”, constând în punerea acestora în acord cu prevederile obligatorii ale Deciziei civile nr. 1952/07.10.2021 pronunțată de Curtea de Apel București, în dosarul nr. 5089/2/2021, astfel:

- *„obligarea autorității contractante la adoptarea de măsuri de remediere privind conținutul Clarificării nr. 1/21.12.2021 și a Modelului de Contract de Supervizare Republicat, constând în punerea acestora în acord cu prevederile obligatorii ale Deciziei civile nr. 1952/07.10.2021 pronunțată de Curtea de Apel București, secția a IX-a contencios administrativ și fiscal, în dosarul nr. 5089/2/2021 având ca obiect plângerea formulată de subscrisa împotriva Deciziei nr. 1488/C5/861/863/12.07.2021 emisă de Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor privind contestația ... SRL împotriva formei inițiale a documentației de atribuire a prezentului contract de achiziții publice.*

- *suspendarea procedurii de atribuire a contractului de supervizare până la soluționarea contestației;*

- *obligarea autorității contractante la plata tuturor cheltuielilor ocazionate de soluționarea prezentei cauze”.*

... SRL a depus la dosarul cauzei, în original, dovada respectării prevederilor art. 61¹ alin. (1) lit. b) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare, respectiv Recipisa de consemnare nr. 207741707/1 eliberată de CEC BANK – Sucursala Piața Victoriei, la data de 04.01.2022, în sumă de 220.000 RON.

Recipisa de consemnare se va restitui în condițiile stipulate de art. 1064 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.

Cererea privind suspendarea procedurii de atribuire din cuprinsul contestației formulată de ... SRL a fost respinsă ca rămasă fără obiect, prin Încheierea nr. 27/C5/3 din 06.01.2022.

Prin contestația a cărei soluționare face obiectul prezentei cauze, ... SRL formulează critici, atât cu privire la unul dintre răspunsurile la solicitările de clarificări cuprinse în documentul publicat de autoritatea contractantă în SEAP la data de 21.12.2021 „*Clarificare nr. 1*”, cât și cu privire la prevederi din modelul de contract de supervizare republicat, anexat aceluiași răspuns la clarificări, susținând că nu au fost modificate, în sensul stabilit de Curtea de Apel București prin Decizia civilă nr. 1952/07.10.2021, următoarele clauze contractuale:

- Clauzele 10.54 și 19 din modelul de contract de servicii nu au fost modificate în sensul stabilirii unei *„durate limită, maximă și fixă sau procentuală (prin raportare la durata contractului) și rezonabilă, ce ar putea rezulta din însumarea tuturor perioadelor de demobilizare la solicitarea beneficiarului”* sau a unei măsuri similare de remediere, aceasta rezultând din răspunsul nr. 25 la solicitarea de clarificări și din anexa 1 la clarificarea publicată în SEAP;
- Clauza 10.60 nu a fost modificată în sensul stabilirii unui *„termen – pe ore, zile, la aprecierea AC, dar care să confere transparență și previzibilitate sancțiunii – în care Supervizorul trebuie să acționeze (prin mobilizarea utilajelor/personalului) și în interiorul căruia beneficiarul «nu poate constata lipsa [de pe șantier a utilajelor/personalului]» și nu sunt aplicabile penalitățile”*;
- Clauza 20.9 nu a fost modificată în sensul eliminării reducerii salariului personalului supervisorului în cazul prevăzut la clauza 20.2 lit. d), care definește demisia.

În analiza criticii formulate de autoarea contestației, prin care aceasta susține că autoritatea contractantă nu a modificat clauzele contractuale 10.54 și 19 conform celor dispuse de instanță prin decizia pronunțată, Consiliul constată următoarele:

Contestatoarea afirmă că, din răspunsul formulat de autoritatea contractantă la întrebarea nr. 25, menționat în „*Clarificarea 1 la documentația de atribuire și Anexe*”, publicată în SEAP la data de 21.12.2021, rezultă că nu au fost implementate toate modificările stabilite prin decizia instanței.

Conținutul întrebării nr. 25 și al răspunsului la aceasta este următorul:

Întrebare 25	Cu referire la prevederile articolului 10 [Obligațiile Supervizorului] punct 10.54 vă rugăm să clarificați obligația Consultantului/Supervizorului de a demobiliza personal care, indiferent de rata de progres redusă a lucrărilor, în conformitate cu alte prevederi legale (Lege 10 /1995, modificată și actualizată, inclusiv prevederile legale subsecvente), sunt obligați să realizeze continuu activități de supervizare a lucrărilor (diriginți de șantier, expert de cantități, expert de calitate etc.). În sensul implementării unei forme corecte a acestei cerințe vă propunem reformularea: „Consultantul/Supervizorul, la solicitarea expresă a Beneficiarului, de a mobiliza/demobiliza personalul ce poate fi mobilizat/demobilizat în funcție de necesitățile Beneficiarului, de situația existentă la un moment dat a prezentului Contract de Servicii sau a Contractului de proiectare și execuție sau în funcție de progresul fizic/stadiul fizic al Lucrărilor, sau alte asemenea, va înainta Beneficiarului, în termen de 3 zile, un raport privind activitatea curentă a experților pentru care se cere demobilizarea, raport prin care va justifica oportunitatea menținerii mobilizării acelor experți pentru care legislația în construcții impune prezența zilnică în proiect. După decizia finală a Beneficiarului, Consultantul/Supervizorul va respecta cerința corectată a Beneficiarului, fără ca Consultantul/Supervizorul să pretindă compensații financiare/costuri suplimentare/daune/despăgubiri/ pretenții de orice natură.”
Răspuns 25	Programul de mobilizare a personalului, elaborat de ofertanți la momentul depunerii Ofertelor, reprezintă o estimare, urmând ca Programul de mobilizare a personalului propus de Consultant să fie prezentat până la Data de Începere a Contractului de Servicii. Datorită unor situații concrete întâlnite în derularea contractelor de execuție lucrări, în care s-a înregistrat o mai slabă sau mai accentuată mobilizare a Antreprenorilor decât cea prevăzută inițial în contracte, Autoritatea Contractantă, prin Articolul 10.54 își rezervă dreptul demobilizării sau, după caz, mobilizării personalului Consultantului/ Inginerului, în funcție de ritmul execuției lucrărilor, ritm care nu poate fi decât estimat la momentul achiziției, urmând a fi ajustat pe durata implementării contractului de execuție lucrări. Autoritatea Contractantă apreciază că este impetuos necesară armonizarea celor 2 contracte, respectiv contractul de execuție lucrări și contractul de servicii de supervizare, pentru a asigura un management coerent, absolut necesar pentru succesul Proiectului. A se vedea Modelul de Contract Republicat în care sunt incluse Masurile de remediere publicate în SICAP în data de 20.07.2021, modificările stabilite prin Hotărârea Curții de Apel București nr. 1952/07.10.2021, rectificările la Masurile de Remediere publicate în SICAP în data de 20.07.2021 în conformitate cu Hotărârea Curții de Apel București nr. 1952/07.10.2021, precum și corelări ale Modelului de Contract cu Documentația de Atribuire (Anexa nr. 1 la prezenta Clarificare), unde a fost modificat art. 10.54.

Consiliul constată că răspunsul autorității contractante face trimitere la clauza 10.54 din „*Modelul de contract de supervizare republicat*”,

anexat clarificării, cu privire la care face precizarea că a fost modificată de autoritatea contractantă în vederea respectării Deciziei civile nr. 1952/07.10.2021 pronunțată de Curtea de Apel București. Prin urmare, Consiliul consideră că este necesară analizarea modificărilor aduse de autoritatea contractantă clauzei contractuale invocată, răspunsul la solicitarea de clarificări urmând a fi interpretat în sensul care rezultă din prevederile „*Modelului de contract de supervizare republicat*”.

Contestatoarea afirmă că nu a fost modificată clauza contractuală 10.54, conform deciziei instanței, în sensul stabilirii unei durate limită, maximă, fixă sau procentuală (prin raportare la durata contractului) și rezonabilă, și dincolo de care limitarea dreptului Supervizorului de a pretinde despăgubiri să nu mai opereze. De asemenea, contestatoarea susține că, deși instanța a dispus corelarea dispozițiilor clauzei 10.54 cu cele ale clauzei 19 Mobilizarea/demobilizarea personalului și a echipamentului „*cu privire la frecvența, durata și condițiile demobilizării*”, nici această obligație nu a fost respectată de autoritatea contractantă.

Cu privire la aceste susțineri, Consiliul va avea în vedere următoarele:

Forma inițială a clauzei contractuale 10.54 prevedea: „*Consultantul/Supervizorul are obligația, la solicitarea expresă a Beneficiarului, de a mobiliza/demobiliza personalul în funcție de necesitățile **Beneficiarului**, de situația existentă la un moment dat a prezentului Contract de Servicii sau a Contractului de proiectare și execuție sau în funcție de progresul fizic/stadiul fizic al Lucrărilor, **sau alte asemenea, fără ca Consultantul/Supervizorul să pretindă compensații financiare/costuri suplimentare/daune/despăgubiri/pretenții de orice natură***”.

Cu privire la această clauză contractuală, instanța, în cadrul Deciziei civile nr. 1952/07.10.2021, a reținut următoarele:

«Potrivit clauzei 10.54, Consultantul/Supervizorul are obligația, la solicitarea expresă a Beneficiarului, de a mobiliza/demobiliza personalul în funcție de necesitățile Beneficiarului, de situația existentă la un moment dat a prezentului Contract de Servicii sau a Contractului de proiectare și execuție sau în funcție de progresul fizic/stadiul fizic al Lucrărilor, sau alte asemenea, fără ca Consultantul/Supervizorul să pretindă compensații financiare/costuri suplimentare/daune/despăgubiri/pretenții de orice natură.

Din coroborarea acestei clauze cu cea de la clauza 32 (potrivit art. 32.2, contractul este „cu plată atât pe timp efectiv lucrat cât și cu plată în funcție de progresul fizic/stadiul fizic al Contractului „**Proiectare și execuție ...**”) rezultă că, în perioadele de demobilizare, experții nu vor fi plătiți, întrucât nu vor presta activitate. Pe de altă parte, în această perioadă, ei trebuie ținuti de Supervizor la dispoziția Beneficiarului, care, în funcție de necesități sale, de situația Contractului de Servicii sau de situația Contractului de lucrări, poate cere oricând mobilizarea experților. În același mod și în aceleași condiții, beneficiarul poate solicita demobilizarea. Aceste perioade de demobilizare, în fapt de suspendare a

activității experților, vor duce în mod inevitabil la prelungiri ale contractului de supervizare - cel mai adesea consecință a prelungirii termenelor de execuție a lucrării. Mecanismul contractual propus de AC pentru a-și asigura serviciile de supraveghere pe toată durata de execuție a lucrării este de înțeles, corespunzând interesului public în realizarea corespunzătoare a obiectivului de investiție; cu toate acestea, riscul prelungirii fără un termen determinat, a contractului de supraveghere nu poate fi asumat în întregime de Supraveghetor, cu atât mai mult cu cât formularea textului, extrem de generală și permisivă, nu obiectivizează în niciun mod previzibil și cuantificabil și nu limitează în niciun fel nici „necesitățile beneficiarului”, nici „situația existentă la un moment dat”, nici situații „altele asemenea”.

Clauza 10.54 este excesivă în condițiile în care **împrejurările care pot determina demobilizarea personalului nu sunt limitativ sau cel puțin obiectiv determinate sau nu implică pe supervizor în actul decizional**, în timp ce demobilizările pot avea durate nedeterminate și nedeterminabile la momentul formulării ofertei. Acest cumul de elemente imprecise (necesitățile beneficiarului, în funcție de „situația” fie a contractului de Supervizare, fie a Contractului de Lucrări), corelate cu eliminarea dreptului Supervizorului de a cere/obține compensații financiare indiferent de numărul și durata demobilizărilor - posibilitate care ar contrabalansa tendința beneficiarului de a uza excesiv de asemenea demobilizări - generează premisele unei aplicări discreționare a prevederilor art. 10.54. Este adevărat că, astfel după cum a reținut Consiliul, „este dreptul autorității contractante de a nu prelua în totalitate costurile și riscul unei mobilizări defectuoase a Antreprenorului”, însă, deși reține că „Ordinul de demobilizare/mobilizare a personalului poate interveni doar în condiții obiective, justificate de necesitățile Contractului de servicii de supervizare”, aceste condiții obiective nu sunt identificate/circumstanțiate în niciun mod la nivel contractual, decizia fiind lăsată exclusiv la îndemâna beneficiarului nu doar sub aspectul cauzelor, cât și sub aspectul condițiilor - **termen și durată**.

În aceste condiții, Curtea apreciază că riscurile unor întârzieri în executarea contractului de lucrări nu pot fi asumate nici exclusiv de Supervizor; chiar dacă rolul său este tocmai acela de a urmări executarea la timp și în condiții calitative a contractului de Lucrări, nu trebuie uitat că aceasta este pentru Supervizor o obligație de diligență; obligațiile de rezultat sunt cele de natura celor prevăzute de clauza 5 din Condițiile generale reglementate prin HG 1/2018. Prin urmare, chiar dacă soarta contractului de Supraveghere este strâns conectată la evoluția contractului de executare a lucrării, iar anumite drepturi ale Supervizorului sunt legate de stadiul executării - aspect ce echivalează cu o prezumție de culpă a Supervizorului pentru întârzierea în executarea propriu-zisă a lucrării - totuși riscul nu poate fi pus cu totul în seama Supervizorului; pe de o parte trebuie ținut seama de măsura în care el însuși și-a îndeplinit obligațiile specifice rezultate din contractul de

Supraveghere, iar, pe de altă parte, în situația în care, în pofida îndeplinirii corespunzătoare a obligațiilor Supervizorului, Executantul tot nu respectă termenele contractuale, trebuie luată în calcul, alături de culpa proprie a executantului (care privește însă raportul executant-supervizor), și culpa beneficiarului însuși în alegerea executantului, potrivit principiului asumării răspunderii în achizițiile publice. De asemenea, nu trebuie omis că chiar beneficiarul are unele obligații în raport cu Executantul, prin urmare, cooperarea și diligența beneficiarului pot influența durata contractului de lucrări și implicit dinamica contractului de supraveghere. În același timp, protejarea interesului public pe care îl invocă AC nu trebuie să fie echivalentă cu ruperea oricărui echilibru contractual și nu trebuie să pună operatorii economici în situații critice care să le destabilizeze activitatea.

Așadar, Curtea constată că modul de formulare a **art.10.54** este unul mult prea permisiv în privința beneficiarului și, în mod corespunzător poate deveni deosebit de oneros pentru Supervizor. Totodată, fiind cu totul imprevizibilă perioada pentru care activitatea supervizorului poate fi suspendată la solicitarea beneficiarului și numărul de demobilizări la care poate recurge beneficiarul în funcție de „necesități”, orice operator economic interesat ar fi în imposibilitate a-și evalua costurile unor astfel de temporizări contractuale, clauza generând și lipsa oricărei previzibilități necesare întocmirii unei oferte financiare realiste. Clauza, astfel cum este formulată, este una abuzivă.

În consecință, Curtea va obliga AC, ca măsură de remediere, să stabilească în cuprinsul clauzei **10.54** o durată limită, maximă, fixă sau procentuală (prin raportare la durata contractului) și rezonabilă, ce ar putea rezulta din însumarea tuturor perioadelor de demobilizare la solicitarea beneficiarului și dincolo de care limitarea dreptului Supervizorului de a pretinde despăgubiri să nu mai opereze, fie o altă modalitate similară de remediere care să elimine neajunsurile anterior menționate.

De asemenea, se vor face în mod corespunzător corelațiile necesare cu celelalte prevederi **ale articolul 19 - Mobilizarea/Demobilizarea Personalului și a echipamentului**, cu privire la **frecvența, durata și condițiile demobilizării.**»

Forma modificată a clauzei contractuale, așa cum este menționată în „Modelul de contract de supervizare republicat” din Anexa nr. 1 la Clarificarea 1, publicată în SEAP la data de 21.12.2021, prevede că „10.54 Consultantul/Supervizorul are obligația, la solicitarea Beneficiarului, de a mobiliza/demobiliza personalul în funcție de necesitățile **contractuale**, de situația existentă la un anumit moment dat, pe perioada de derulare a prezentului Contract de Servicii sau a Contractului de proiectare și execuție sau în funcție de progresul fizic/stadiul fizic al Lucrărilor”.

Consiliul constată că autoritatea contractantă a modificat clauza 10.54, în sensul că obligația de a mobiliza/demobiliza personalul este determinată de necesitățile contractuale, nu de necesitățile beneficiarului.

De asemenea, autoritatea contractantă a eliminat din textul clauzei referirile la limitarea dreptului Consultantului/Supervizorului de a pretinde compensații financiare în cazul demobilizării personalului, prin eliminarea prevederii „sau alte asemenea, fără ca Consultantul/Supervizorul să pretindă compensații financiare/costuri suplimentare/daune/despăgubiri/pretenții de orice natură”. Pe de altă parte, în clauza 10.54 nu a fost precizată „/.../ o durată limită, maximă, fixă sau procentuală (prin raportare la durata contractului) și rezonabilă ce ar putea rezulta din însumarea tuturor perioadelor de demobilizare la solicitarea Beneficiarului și dincolo de care limitarea dreptului Supervizorului de a pretinde despăgubiri să nu mai opereze”.

Autoritatea contractantă, prin punctul de vedere referitor la contestație, arată că a introdus durata limită/termenul privind demobilizarea la clauza 19.11 alin. (2), prin detalierea modalității de penalizare a demobilizării experților, stabilind, în acest sens, ca durata cumulată a perioadelor de demobilizare a expertului „să nu depășească 50% din numărul de zile alocat respectivului expert conform caietului de sarcini”.

În acest context, Consiliul reține că textul modificat al clauzei 19.11. alin. (2) din „Modelul de contract de supervizare republicat” din Anexa nr. 1 la Clarificarea 1, publicată în SEAP la data de 21.12.2021 prevede că „În situația demobilizării personalului care a fost deja mobilizat prin Ordin de Mobilizare anterior, dar autoritatea contractantă consideră că mai este nevoie de acesta, Consultantul/Supervizorul nu este îndreptățit să pretindă compensații financiare/costuri suplimentare/daune/despăgubiri/pretenții de orice natură, **atât timp cât durata cumulată a perioadelor de demobilizare a expertului respectiv nu depășește 50% din numărul de zile alocat respectivului expert conform Caietului de sarcini**”.

Mai mult decât atât, autoritatea contractantă a introdus subclauzele (3) și (4) la clauza 19.11, care menționează următoarele:

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

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

Contestatoarea nu a formulat critici concrete cu privire la modificările/ completările clauzei 19, efectuate de autoritatea contractantă, în contestație fiind invocată exclusiv obligația de a corela clauza 19 cu clauza 10.54, conform deciziei instanței.

Consiliul apreciază că, având în vedere modificarea clauzei 19.11, alin. (2), autoritatea contractantă a respectat decizia instanței, prin care a

fost dispusă introducerea unei prevederi cu privire la „/.../ o durată limită, maximă, fixă sau procentuală (prin raportare la durata contractului) și rezonabilă ce ar putea rezulta din însumarea tuturor perioadelor de demobilizare la solicitarea Beneficiarului și dincolo de care limitarea dreptului Supervizorului de a pretinde despăgubiri să nu mai opereze /.../”. Consiliul constată că autoritatea contractantă a prevăzut o limită maximă (procentuală și rezonabilă), prin însumarea tuturor perioadelor de demobilizare, iar după împlinirea acestei perioade, Consultantul/ Supervizorul are dreptul de a pretinde despăgubiri. Faptul că această prevedere contractuală a fost introdusă la clauza 19.11 din modelul de contract, nu la clauza 10.54, așa cum a dispus instanța, nu este de natură să modifice efectele juridice pe care le produce această prevedere contractuală, fiind aplicabile prevederile art. 1267 din Codul Civil, care reglementează interpretarea sistematică, sens în care stipulează următoarele: *„Clauzele se interpretează unele prin altele, dând fiecăreia înțelesul ce rezultă din ansamblul contractului”*.

În continuare, analizând susținerea contestatoarei referitoare la faptul că autoritatea contractantă nu a corelat clauza 19 cu clauza 10.54, în ceea ce privește frecvența, durata și condițiile demobilizării, așa cum a dispus instanța, Consiliul constată că aceasta este întemeiată.

Atunci când a dispus corelarea clauzelor 19 și 10.54, instanța a avut în vedere asigurarea echilibrului contractual în ceea ce privește riscurile asumate de către părți, precum și asigurarea previzibilității necesare întocmirii unei propuneri financiare realiste, iar protejarea interesului public, care face parte dintre atribuțiile autorității contractante, nu trebuie să pună operatorii economici în situații critice, care să le destabilizeze activitatea.

Astfel, instanța a constatat că *„Mecanismul contractual propus de AC pentru a-și asigura serviciile de supraveghere pe toată durata de execuție a lucrării este de înțeles, corespunzând interesului public în realizarea corespunzătoare a obiectivului de investiție”,* dar și faptul formularea clauzei 10.54 este *„excesivă în condițiile în care împrejurările care pot determina demobilizarea personalului nu sunt limitativ sau cel puțin obiectiv determinate sau **nu implică pe supervizor în actul decizional**”*.

Instanța a considerat că *«Acest cumul de elemente imprecise (necesitățile beneficiarului, în funcție de „situația” fie a contractului de Supervizare, fie a Contractului de Lucrări), corelate cu eliminarea dreptului Supervizorului de a cere/obține compensații financiare indiferent de **numărul** și durata demobilizărilor - posibilitate care ar contrabalansa tendința beneficiarului de a uza excesiv de asemenea demobilizări - generează premisele unei aplicări discreționare a prevederilor art. 10.54»*.

De asemenea, instanța a reținut și că *„Ordinul de demobilizare/mobilizare a personalului poate interveni doar în condiții obiective, justificate de necesitățile Contractului de servicii de supervizare”,* dar este excesiv că *„aceste **condiții obiective** nu sunt identificate/circumstanțiate în niciun mod la nivel contractual, decizia fiind*

lăsată exclusiv la îndemâna beneficiarului nu doar sub aspectul cauzelor, cât și sub aspectul condițiilor - termen și durată”.

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

Faptul că autoritatea contractantă a introdus, la clauza 19.11, limitarea totalului perioadelor de demobilizare, nu este de natură să înlăture în totalitate caracterul excesiv de oneros impus Consultantului/Supervizorului, deoarece nu este prevăzut nici un mecanism contractual prin care să se stabilească cum se stabilește necesitatea demobilizării personalului și termene pentru mobilizarea/demobilizarea personalului, durata, frecvența sau condițiile demobilizării. Aceste mecanisme contractuale trebuie să fie suficient de detaliate și să prevadă modul de comunicare între părți în astfel de situații, termene de comunicare a punctelor de vedere și modul de luare a deciziilor.

Prin urmare, Consiliul constată că este necesar ca autoritatea contractantă să stabilească, în cuprinsul clauzelor 10.54 și 19, un mecanism contractual previzibil, aplicabil în situațiile în care devine necesară demobilizarea personalului Consultantului/Supervizorului, cu menținerea modificărilor deja efectuate în cadrul clauzelor 10.54 și 19.11.

Din aceste considerente, Consiliul constată că este întemeiată critica autoarei contestației cu privire la faptul că autoritatea contractantă nu a corelat prevederile clauzelor 10.54 și 19 din modelul de contract de servicii, conform celor reținute în motivarea Deciziei civile nr. 1952/07.10.2021 a Curții de Apel București.

Cu privire la critica formulată de autoarea contestației, care susține că nu a fost modificată clauza contractuală 10.60, conform celor stabilite prin decizia instanței, care impunea ca autoritatea contractantă să stabilească un *«termen – pe ore, zile, la aprecierea AC, dar care să confere transparență și previzibilitate sancțiunii – în care Supervizorul trebuie să acționeze (prin mobilizarea utilajelor/personalului) și în interiorul căruia beneficiarul „nu poate constata lipsa [de pe șantier a utilajelor/personalului]” și nu sunt aplicabile penalitățile»*, Consiliul constată următoarele:

Forma inițială a clauzei contractuale 10.60 prevedea că *«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 condițiile în care Beneficiarul constată lipsa utilajelor/personalului Antreprenorului de pe Șantier, iar până la momentul constatării de către Beneficiar Consultantul/Supervizorul nu a*

dispus Antreprenorului mobilizarea Utilajelor/Personalului incluse în Programul de Execuție, Beneficiarul va aplica Consultantului/Supervizorului o penalitate de 10.000 lei per eveniment».

Prin Decizia civilă nr. 1952/07.10.2021, instanța a dispus următoarele:

«/.../ va obliga AC să adopte ca măsură de remediere inserarea expresă în clauza **10.60** a condiției ca, pentru a aplica penalitatea Supervizorului pentru nemobilizarea utilajelor/personalului este necesar ca executarea lucrării să fie în întârziere.

Totodată, dat fiind că nici în clauza 30, nici în clauza 14 nu se menționează un termen în care Supervizorul trebuie să dispună mobilizarea din momentul în care beneficiarul solicită aceasta sau din momentul în care această măsură devine necesară, fiind cunoscută sau trebuind să fie cunoscută Supervizorului, Curtea va obliga AC, ca măsură de remediere menită să elimine riscul aplicării abuzive a penalităților, **stabilirea unui termen - pe ore, zile, la aprecierea AC, dar care să confere transparență și previzibilitate sancțiunii - în care Supervizorul trebuie să acționeze (prin mobilizarea utilajelor/personalului)** și în interiorul căruia beneficiarul „nu poate constata lipsa [de pe șantier a utilajelor/personalului]" și nu sunt aplicabile penalitățile. Apărarea autorității contractante potrivit căreia „a lăsat la latitudinea supervizorului gestionarea acestei situații" este lipsită de garanția previzibilității și poate conduce la abuzuri în aplicarea contractului, atâta vreme cât „latitudinea supervizorului" poate fi oricând cenzurată și sancționată de beneficiar, fără elemente obiective care să circumstanțieze marja de apreciere sau libertatea de decizie a supervizorului».

Forma modificată a clauzei contractuale 10.60, așa cum este menționată în „Modelul de contract de supervizare republicat" din Anexa nr. 1 la Clarificarea 1, publicată în SEAP la data de 21.12.2021, prevede că «Oricând pe parcursul derulării Contractului de proiectare și execuție, **dar nu mai târziu de 5 zile din momentul în care măsura devine necesară**, Consultantul/Supervizorul va dispune Antreprenorului, prin Ordin de Mobilizare, mobilizarea Utilajelor Antreprenorului/Personalului incluse/inclus în Programul de execuție în conformitate cu prevederile Clauzei 30 „Utilajele Antreprenorului și transportul Bunurilor", respectiv Clauzei 14 „Personal" din Condițiile Generale pentru Proiectare și Execuție Lucrări, prevăzute în Anexa nr. 2 din H.G. nr. 1/2018. În condițiile în care, executarea contractului de lucrări **este întârziată** și Beneficiarul constată lipsa utilajelor/personalului Antreprenorului de pe Șantier, iar până la momentul constatării de către Beneficiar Consultantul/Supervizorul nu a dispus Antreprenorului mobilizarea Utilajelor/Personalului incluse în Programul de Execuție, Beneficiarul va aplica Consultantului/ Supervizorului o penalitate de 10.000 lei per eveniment».

Consiliul constată că autoritatea contractantă a modificat clauza contractuală 10.60, în sensul introducerii condiției ca aplicarea penalității

să fie posibilă exclusiv în situațiile în care executarea contractului de lucrări este întârziată, precum și a unui termen în care Consultantul/supervizorul este obligat să dispună mobilizarea personalului/utilajelor antreprenorului, de maxim 5 zile din momentul în care devine necesară o astfel de măsură. Prin introducerea termenului maxim de emitere a ordinului de mobilizare, a fost eliminat caracterul imprevizibil și netransparent al sancțiunii, fiind astfel pusă în aplicare decizia instanței.

Faptul că termenul stabilit pentru emiterea ordinului de mobilizare, de maxim 5 zile de la momentul în care devine necesară emiterea acestuia, a fost inclus în cadrul primei teze a clauzei contractuale, nu este de natură să limiteze efectele acestei prevederi contractuale, deoarece obligația de a dispune mobilizarea utilajelor/personalului antreprenorului nu survine înainte de expirarea termenului maxim de 5 zile menționat la prima teză a clauzei 10.60.

Pe de altă parte, cu toate că a avut cunoștință de prevederea acestui termen de emitere a ordinului de mobilizare a utilajelor/personalului antreprenorului, contestatoarea nu a formulat critici concrete cu privire la acesta și nu a precizat în ce fel acest termen nu este în concordanță cu cele dispuse de instanță prin decizia pronunțată. Mai mult, Consiliul constată că afirmația contestatoarei potrivit căreia „*clauza prevăzută la art. 10.60 din contractul republicat este lipsită de previzibilitate cât timp nu este indicat termenul în care Supervizorul ar avea obligația de a dispune mobilizarea utilajelor/ personalului Antreprenorului conform programului de execuție, ținând seama și de cuantumul considerabil al penalităților ce s-ar percepe*”, este contrazisă chiar de dispozițiile clauzei 10.60 modificată, care prevede în mod expres un astfel de termen.

Prin urmare, Consiliul constată că autoritatea contractantă a respectat dispozițiile Deciziei civile nr. 1952/07.10.2021 atunci când a modificat prevederile clauzei 10.60 din modelul de contract, critica formulată de contestatoare fiind neîntemeiată.

În continuare, Consiliul va analiza critica formulată de autoarea contestației, cu privire la faptul că nu au fost respectate cele dispuse prin Decizia civilă nr. 1952/07.10.2021, atunci când a fost modificată clauza contractuală 20.9, coroborat cu prevederile clauzei 20.2 din Modelul de contract de supervizare republicat, deoarece se impunea ca autoritatea contractantă să prevadă că reducerea cu 10% a salariului brut/zi, prevăzută la clauza 20.9, nu se aplică în cazul demisiei unuia dintre experții nominalizați în cadrul contractului de servicii.

În forma lor inițială, clauzele contractuale 20.2 și 20.9 prevedeau următoarele:

«**20.2** Consultantul/Supervizorul trebuie să propună din proprie inițiativă înlocuirea personalului în următoarele situații: /.../

d) demisia, respectiv actul unilateral de voință al personalului prin care încetează Contractul individual de muncă/orice raport juridic dintre personal și angajator. Prin noțiunea de „demisie” așa cum este menționată în prezentul articol se înțelege demisia salariatului înaintată

Consultantului/Supervizorului, în calitate sa de Angajator, astfel cum este reglementată de Legea nr. 53/2003 - Codul Muncii, cu modificările și completările ulterioare;

e) încetarea activității expertului cheie în cadrul prezentului Contract, dovedită cu documente justificative;

f) desfacerea disciplinară a Contractului Individual de Muncă, dovedită cu documente justificative /.../;

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

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

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

Prin considerentele Deciziei civile nr. 1952/07.10.2021, instanța a dispus următoarele:

«**Clauza 20.9** privind aplicarea de corecții ale ratelor experților consultantului în condițiile în care activitatea acestora în cadrul organizației supervisorului încetează din cauze ce exced opțiunii supervisorului, este în opinia Curții, excesivă, impunând sancțiuni pecuniare substanțiale Supervisorului pentru situații pe care nu are pârghii să le determine sau controleze, cum este demisia expertului, sau pentru situații în care este constrâns prin atitudinea prepusului său, să-i desfacă disciplinar contractul de muncă. Deși rațiunile vizând interesul beneficiarului de a asigura stabilitatea și continuitatea personalului de specialitate al supervisorului **justifică** găsirea unor mecanisme care să **împiedice pe supervisor ca, după semnarea contractului, să îi angajeze pe experți în alte contracte** simulând încetarea contractului în derulare prin concediere disciplinară, **sau chiar pe expert de a-și da demisia**, mecanismul nu poate fi unul care să sancționeze arbitrar pe supervisorul de bună-credință și care se află în situația reală și neimputabilă de a-și pierde unul dintre experți.

Curtea apreciază că este necesar, ca măsură de remediere, ca AC să revizuiască clauzele contractuale în sensul de a nu-și lua libertatea aplicării unor sancțiuni supervisorului în situații pe care acesta nu le poate împiedica (demisia expertului) sau în care concedierea răspunde unei necesități obiective si este dictată de lege.

Soluția trebuie să fie una **echitabilă și echilibrată**, de natură să **îmbine situația Supervisorului cu interesul beneficiarului de păstrare a experților în serviciul său și să atenueze efectul**

pecuniar al penalităților aplicabile supervisorului (sub forma reducerii salariului brut pentru expert sau în altă formă) pentru situațiile în care plecarea unui expert nu îi este imputabilă sau este rezultatul aplicării unor măsuri legale necesare.

Clauzele unui contract nu pot fi scrise pornind de la premisa relei-credințe a contractanților, ci dimpotrivă: prezumția de la care trebuie să se pornească este aceea de bună credință. Experiența anterioară negativă a autorității contractante nu poate conduce la inserarea în contract a unor clauze abuzive, întemeiate pe ideea că prestatorul de servicii va încerca fraudarea contractului prin sustragerea din prezentul contract și alocarea resurselor umane-cheie în alte viitoare proceduri de achiziție; împrejurarea că acesta folosește anumite instituții și prevederi legale (demisia, concedierea disciplinară, etc.) în mod nelegitim, în alt scop decât cel pentru care au fost reglementate/instituite trebuie dovedit, nu poate fi prezumat și nu poate fundamenta clauze contractuale care, în încercarea de a pune la adăpost de asemenea riscuri pe autoritatea contractantă, ar prejudicia pe un supraveghetor de bună-credință aflat în situațiile descrise.

În fața Consiliului, autoritatea contractantă a propus ca măsură de remediere ca, în cadrul modelului de contract de servicii, prevederile art. 20.9 alin. (3) să se modifice astfel:

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

De asemenea, a mai propus, pentru o abordare unitară, ca în cadrul modelului de contract de servicii, prevederile art. 20.2 lit. d) și lit. f) să se modifice astfel:

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

Analizând măsura de remediere propusă, instanța apreciază că **nu este înlăturat impedimentul reținut anterior**, constând în suportarea reducerii de 10% de supervisorul angajator care nu are posibilitatea de a împiedica demisia expertului său, ori care este nevoit să ia măsura concedierii pentru abateri pentru care legea impune o asemenea sancțiune. De altfel, **în această ultimă situație**, este dificil de înțeles

cum ar putea un expert concediat pentru abateri grave, să continue să își desfășoare activitatea „în cadrul prezentului contract”».

Clauzele contractuale 20.2 și 20.9, în forma în care au fost modificate de autoritatea contractantă și menționate în „Modelul de contract de supervizare republicat” din Anexa nr. 1 la Clarificarea 1, publicată în SEAP la data de 21.12.2021, prevăd următoarele:

*«**20.2** Consultantul/Supervizorul trebuie să propună din proprie inițiativă înlocuirea personalului în următoarele situații: /.../*

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

e) încetarea activității expertului cheie în cadrul prezentului Contract, dovedită cu documente justificative;

f) desfacerea disciplinară a Contractului Individual de Muncă, dovedită cu documente justificative /.../;

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

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

(3) Situația menționată la **Articolul 20.2 lit. e)** nu constituie motiv de neaplicare a acestei reduceri de 10%. În situația menționată la Articolul 20.2. **lit. d)** și în condițiile în care expertul/persoana nu își mai desfășoară activitatea în cadrul prezentului contract, Autoritatea Contractantă va reduce cu 10% „salariul brut/zi (inclusiv cheltuieli angajat și angajator)” ce va fi plătit expertului cheie/non-cheie/alt personal înlocuitor **numai** în cazul în care ulterior încetării activității în prezentul contract, expertul/persoana respectivă este introdus/ă într-un alt contract de servicii, încheiat între Autoritatea Contractantă și Consultanț/Supervizor, indiferent de poziția ocupată».

Consiliul constată că modificarea efectuată de autoritatea contractantă respectă dispozițiile instanței cu privire la modificările care trebuie aduse clauzei contractuale 20.2, stabilite prin Decizia civilă nr. 1952/07.10.2021.

Astfel, instanța a recunoscut dreptul autorității contractante de a „asigura stabilitatea și continuitatea personalului de specialitate al supervisorului”, ceea ce „justifică găsirea unor mecanisme care să împiedice pe supervisor ca, după semnarea contractului, să îi angajeze pe experți în alte contracte simulând încetarea contractului în derulare prin concediere disciplinară, sau chiar pe expert de a-și da demisia”, dar aceste mecanisme nu trebuie să „sanctioneze arbitrar pe supervisorul de bună-credință și care se află în situația reală și neimputabilă de a-și pierde unul dintre experți”.

Reducerea salariului brut/zi, prevăzută de autoritatea contractantă prin clauza 20.9, operează, conform mențiunilor acestei clauze, **numai** în situațiile în care expertul/persoana demisionează și, ulterior demisiei, acesta intră într-un nou raport de muncă sau contractual cu Consultantul/Supervisorul, fiind nominalizat pentru derularea unor activități în cadrul unui alt contract, încheiat cu aceeași autoritate contractantă.

Ori, într-o asemenea situație, Consultantul/Supervisorul nu se mai regăsește în situația în care nu poate împiedica demisia expertului său, dat fiind că acesta a intrat în noi relații contractuale sau de muncă cu acesta, iar această decizie a Consultantului/Supervisorului este voluntară, acesta neregăsindu-se într-o situație pe care nu o poate împiedica.

Astfel, prevederile Codului Muncii cu privire la demisie sunt următoarele:

„Art. 81. - (1) Prin demisie se înțelege actul unilateral de voință a salariatului care, printr-o notificare scrisă, comunică angajatorului încetarea contractului individual de muncă, după împlinirea unui termen de preaviz.

(2) Angajatorul este obligat să înregistreze demisia salariatului. Refuzul angajatorului de a înregistra demisia dă dreptul salariatului de a face dovada acesteia prin orice mijloace de probă.

(3) Salariatul are dreptul de a nu motiva demisia.

(5) Pe durata preavizului contractul individual de muncă continuă să își producă toate efectele.

(6) În situația în care în perioada de preaviz contractul individual de muncă este suspendat, termenul de preaviz va fi suspendat corespunzător.

(7) Contractul individual de muncă încetează la data expirării termenului de preaviz sau la data renunțării totale ori parțiale de către angajator la termenul respectiv”.

Astfel, în sensul Codului Muncii, demisia este înțeleasă ca un act care conduce la încetarea contractului individual de muncă dintre angajator și angajat, iar această încetare este completă, fiind aplicabilă tuturor proiectelor în cadrul cărora își desfășoară activitatea persoana care demisionează. Codul muncii nu prevede dreptul angajatului de a renunța unilateral la anumite atribuții ale acestuia, cum ar fi cele dintr-un anumit proiect în care acesta desfășoară activități, cu menținerea celorlalte atribuții din contractul de muncă.

Pe de altă parte, codul muncii nu împiedică părțile, respectiv angajatorul și fostul salariat ca, ulterior demisiei acestuia din urmă și încetării contractului individual de muncă, să procedeze la încheierea unui alt contract individual de muncă sau a unui contract de prestări servicii, dar persoana angajată să nu mai fie nominalizată pentru a efectua activități în cadrul contractului care va fi atribuit prin prezenta procedură, ceea ce ar conduce la o situație față de care Curtea de Apel București a observat că autoritatea contractantă are dreptul să își protejeze interesele.

Consiliul constată că în cazul în care, ulterior demisiei expertului/persoanei nominalizate să efectueze activități în cadrul contractului de servicii, acesta nu mai are relații de muncă/contractuale cu Consultantul/Supervizorul, reducerea cu 10% a salariului brut/zi, prevăzută la clauza 20.9, nu este aplicabilă. În acest fel, reducerea procentuală prevăzută la clauza contractuală 20.9 nu este aplicabilă în situațiile care nu sunt sub controlul Consultantului/Supervizorului.

Contestatoarea susține că autoritatea contractantă nu a clarificat temeiul în baza căruia un expert, nominalizat pentru executarea prezentului contract de supervizare, al cărui raport de muncă cu Consultantul/Supervizorul a încetat prin demisie, și-ar putea continua activitatea în cadrul aceluiași contract de supervizare.

În legătură cu acest aspect, Consiliul constată că nu se impune completarea prevederii contractuale, având în vedere în acest sens că instanța, prin decizia invocată de contestatoare, cu toate că a avut cunoștință de formularea menționată, nu a dispus luarea unor măsuri în sensul dorit de contestatoare. Astfel, modificarea a fost propusă în fața Consiliului de autoritatea contractantă ca o posibilă măsură de remediere, în legătură cu care, Curtea de Apel București a constatat că nu este suficientă pentru a fi înlăturat impedimentul cu privire la suportarea reducerii de 10% de către Consultantul/Supervizorul angajator care nu are posibilitatea de a împiedica demisia expertului său. Situația considerată de instanță ca fiind de natură a crea neclarități a fost cea în care un angajat concediat de Consultant/Supervizor pentru abateri grave continuă să desfășoare activități în cadrul contractului de servicii.

Contestatoarea susține că prevederile clauzei 20.9 alin. (3), în forma modificată de autoritatea contractantă, au aplicabilitate nelimitată în timp, nefiind prevăzut un termen în cadrul căruia să fie aplicată sancțiunea iar reducerea salariului brut/zi este valabilă pentru orice contract încheiat pe întreg teritoriul țării.

Cu privire la această susținere, Consiliul constată că sancțiunea este limitată în timp, fiind aplicabilă exclusiv pe perioada de valabilitate a contractului de servicii ce urmează a fi atribuit prin prezenta procedură (conform clauzei 4.7 din modelul de contract, care menționează că „Activitatea de supervizare a proiectării și execuției lucrărilor începe de la data de începere a contractului specificată în Ordinul de Începere a Contractului și se finalizează după aprobarea Supervizare „Proiectare si 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" pag 9/71 Certificatului de Recepție la Terminarea Lucrărilor și emiterea de către Beneficiar a Notificării prevăzute la Articolul 4.9 din prezentul Contract") și doar în legătură cu contracte încheiate între autoritatea contractantă și Consultant/ Supervizor, existând în continuare libertatea acestuia de a intra în noi relații contractuale sau de muncă cu o persoană implicată în contractul de servicii și care a demisionat. Astfel, prevederile clauzei 20.9 alin. (3) nu sunt aplicabile unor contracte încheiate de Consultant/ Supervizor cu alte entități. Prin urmare, Consiliul constată că sub acest aspect, critica este neîntemeiată, relevantă în acest sens fiind sintagma „Încheiat între autoritatea contractantă și Consultant/Supervizor”.

Cu privire la susținerea contestatoarei, conform căreia clauza 20.9 revizuită conduce la o ingerință excesivă a autorității contractante în viața profesională și personală a experților, aceasta nu poate fi reținută de Consiliu, care constată că nu este afectat dreptul acestora la demisie și nici nu este sancționată demisia în sine, ci se aplică reducerea de 10% a salariului brut/zi dacă persoana care a demisionat este nominalizată de către același Consultant/Supervizor, să îndeplinească atribuții în cadrul altui contract, **încheiat cu aceeași autoritate contractantă, pe perioada de valabilitate a contractului care va fi atribuit prin prezenta procedură**. Nimic nu îl împiedică pe Consultant/Supervizor, în cazul în care angajează din nou o persoană care a demisionat anterior, să nominalizeze această persoană să deruleze activități în cadrul contractului de servicii care va fi atribuit prin prezenta procedură, caz în care nu se aplică reducerea de 10% a salariului brut/zi, conform prevederilor clauzei 20.9 alin. (3), coroborat cu clauza 20.2 lit. d).

Contestatoarea susține că legislația muncii o obligă ca, în calitatea sa de angajator, să nu condiționeze participarea candidaților într-un eventual proces de recrutare a personalului care să înlocuiască experții cu care nu mai are relații contractuale sau de muncă de inexistența unei demisii din cadrul unor contracte încheiate în trecut. Consiliul constată că prevederile clauzei 20.9 alin. (3) modificată nu limitează participarea candidaților într-un proces de recrutare, fiind afectat exclusiv modul de formare a prețului în cadrul contractului de servicii care face obiectul procedurii de atribuire.

Prin urmare, Consiliul constată că autoritatea contractantă a respectat dispozițiile Deciziei civile nr. 1952/07.10.2021 atunci când a modificat prevederile clauzei 20.9 alin. (3) din modelul de contract, critica formulată de contestatoare fiind neîntemeiată.

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 ... SRL, în contradictoriu cu

Va obliga autoritatea contractantă, ca, în termen de 10 zile de la primirea deciziei Consiliului, să remedieze documentația de atribuire, respectiv să coreleze prevederile clauzelor 10.54 și 19 din modelul de

contract de servicii, conform celor reținute în motivarea Deciziei civile nr. 1952/07.10.2021 a Curții de Apel București și cu respectarea celor evocate în prezenta motivare, să aducă completările 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.

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 ... SRL, în contradictoriu cu autoritatea contractantă

Obligă autoritatea contractantă, ca, în termen de 10 zile de la primirea deciziei Consiliului, să remedieze documentația de atribuire, respectiv să coreleze prevederile clauzelor 10.54 și 19 din modelul de contract de servicii, conform celor reținute în motivarea Deciziei civile nr. 1952/07.10.2021 a Curții de Apel București și cu respectarea celor evocate în prezenta motivare, să aducă completările 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.

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.

PREȘEDINTE,

...

MEMBRU,

...

MEMBRU,

...

Redactat în 4 exemplare originale, conține 32 de pagini.