

Cod ECLI:RO:CACTA:2020:014.#####  
Operator de date cu caracter personal 3170  
Dosar nr. ###/36/2019

R O M Â N I A

CURTEA DE APEL CONSTANȚA  
SECȚIA A II-A CIVILĂ,  
DE CONTENCIOS ADMINISTRATIV ȘI FISCAL

SENTINȚA CIVILĂ Nr. #/2020  
Ședința publică de la 12 August 2020  
Completul compus din:  
PREȘEDINTE #####  
Grefier #####

S-a luat în examinare acțiunea în anulare a hotărârii arbitrale nr.16/26.11.2019, pronunțată de Curtea de Arbitraj Comercial și Maritim de pe lângă Camera de Comerț, Industrie, Navigație și Agricultură Constanța, în dosar nr.3/2017, promovată de reclamanta pârâtă ##### SA, cu sediul procesual ales, pentru comunicarea actelor de procedură, la SCA ### și Asociații, în sector 3, București, B-dul. ##### nr. 35, ###, ### #, ### #, ap. 16-18, în contradictoriu cu pârâta reclamantă ### OORD DREDGING AND MARITIME CONTRACTORS BV, PRIN ### OORD DREDGING AND MARITIME CONTRACTORS BV ROTTERDAM - SUCURSALA CONSTANȚA cu sediul în Constanța, ##### #, #####, reclamantul #####, cu domiciliul ales la Cab.Av. ##### în Constanța, #####, #####, #####, jud. Constanța.

Dezbaterile au avut loc în ședința publică din 15.07.2020, au fost consemnate în încheierea de ședință din acea dată, încheiere ce face parte integrantă din hotărâre, când instanța, pentru a da părților posibilitatea să depună concluzii scrise, a amânat pronunțarea la data de 29.07.2020 și, ulterior, în aceeași componere și având nevoie de timp pentru a delibera, la data de 12.08.2020, când,

C U R T E A

Asupra acțiunilor de față, constată următoarele:  
1.Dosar nr.###/36/2019

Prin cererea înregistrată pe rolul Curții de Apel Constanța – Secția a II-a civilă de contencios administrativ și fiscal, sub nr.662/36/24.12.2019, reclamanta Compania Națională „Administrația Porturilor Maritime” S.A. Constanța, în contradictoriu cu pârâta ### Oord Dredging and Maritime Contractors BV, a formulat acțiune în anulare prin care a solicitat

anularea sentinței arbitrale nr.16/26.11.2019, pronunțată de către Curtea de Arbitraj Comercial și Maritim de pe lângă Camera de Comerț, Industrie, Navigație și Agricultură Constanța, în dosarul nr.3/2017 și menținerea cauzei spre rejudecare, pronunțând o hotărâre de respingere în tot a pretențiilor reclamante prin capetele de cerere 1.3, 1.2, II. 1 și III.1 din acțiunea arbitrală, în sensul respingerii pretențiilor reclamantei în sumă de 21.233.848,80 lei, cu titlu de debit principal rezultat din admiterea în parte a pretențiilor din petitele 1.1 și 1.2, a sumei de 366.553,26 lei, cu titlu de daune moratorii solicitate prin capătul de cerere III. 1 și a dobânzilor contractuale solicitate prin capătul de cerere II.1, respectiv obligarea pârâtei la plata cheltuielilor de judecată ocazionate de soluționarea acțiunii în anularea sentinței arbitrale.

Reclamanta a arătat că, la data de 31.10.2009, a inițiat procedura de atribuire, prin „licitație deschisă”, a contractului de achiziție publică de lucrări, având ca obiect „finalizarea digului de larg din Portul Constanța”, prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr.89823 prin care s-a stabilit că data de deschidere a ofertelor va fi 17.12.2009, modificată ulterior la data de 18.02.2010, criteriul de atribuire fiind acela al ofertei celei mai avantajoase din punct de vedere economic.

## data de 01.03.2013, în baza procesului verbal de finalizare a procedurii de achiziție publică, prin care pârâta a fost desemnată câștigătoare, Compania Națională “Administrația Porturilor Maritime” S.A. Constanța a încheiat, cu antreprenorul ### Oord Dredging and Maritime Contractors BV - Sucursala Constanța, contractul de execuție de lucrări nr.3973, având ca obiect extinderea digului de larg din Portul Constanța, cu o lungime de 1050 m, de la km. 4+850 la km 5+900, în scopul protejării zonei sudice a portului împotriva acțiunii valurilor, astfel încât, împreună cu digul de sud, să reducă impactul negativ al valurilor asupra operațiunilor și siguranței portuare și să crească productivitatea portuară.

S-a mai arătat că, pentru efectuarea serviciilor de consultanță aferente supervizării execuției lucrărilor, a fost încheiat contractul de supervizare nr.3974/01.02.2013, între CNAPM și Haskoning DHV Nederland BV Olanda, în calitate de inginer/consultant.

Conform scrisorii de acceptare a ofertei nr.2749/29.02.2012 și a formularului de ofertă nr. 10C, prețul contractului era de 420.451.165 lei plus TVA, cu o durată de execuție de 23 luni. Astfel, valoarea maximă acceptată a contractului de lucrări, la data atribuirii, ar fi fost, potrivit reclamantei, de 420.451.165 lei plus TVA, fiind majorată, prin actul adițional ur.2/02,11.2015, la suma de 552.089.409 lei plus TVA, compusă din: 420.451.165 lei preț inițial, la care s-a adăugat suma de 40.783.763 lei, reprezentând lucrări adiționale în limita procentului de diverse și neprevăzute, din devizul general (9,7%) și 90.854.481 lei, reprezentând ajustări de prețuri, acceptate la plată de către finanțatorul proiectului de execuție.

A menționat reclamanta că în contract au fost transpuse „Condițiile de contract pentru contractul de execuție de lucrări - FIDIC - Cartea #####, Ediția I 1999”, ce constituie anexa 5 a contractului, arătând că, până la data semnării, beneficiarul a plătit antreprenorului suma de 678.159.735,87 lei, din care TVA în sumă de 131.191.916,57 lei.

Proiectul lucrării atribuite a fost întocmit de ##### SA (studiul de fezabilitate – SF), în anul 2002, proiectul tehnic (PT) a fost întocmit în anul 2003, revizuirea SF în anul 2007, iar revizuirea PT-ului și elaborarea detaliilor de execuție (DDE) s-au finalizat în perioada ##### # #####, în paralel cu întocmirea, de către antreprenor, a studiilor și testelor la care s-a obligat prin propunerea tehnică și prin contractul părților, art.4.10.din condițiile generale ale contractului).

Proiectul inițial prezintă lucrări care se execută în trei zone: zona capului existent și de racordare cu lucrările noi (aprox.500m); zona unde există umpluturi cu material pietros (aprox.500 m); zona de lucrări noi direct pe fundul mării, incluzând noul cap al digului de larg (aprox.500 m). Funcție de cele trei zone delimitate în PT, au fost structurate și lucrările cuprinse în listele de cantități, oferta depusă de către reclamantă fiind următoarea: testarea în laborator a modelului fizic - 1.128.045,00 lei, cerințe generale - 38.358.795,79 lei, lucrări în zona de racord cu digul actual - 5.426.450,00 lei, lucrări în zona cu material pietros - 128.639.538,70 lei, lucrări noi pe fundul mării - 202.131.079,95 lei, alte cheltuieli - 44,767.255,56 lei, total general - 420.451.165,00 lei.

## data de 08.03.2013, antreprenorul primește ordinul de începere a lucrărilor, durata de execuție fiind de 23,3 luni (699 zile), iar perioada de notificare a defectelor a fost convenită la 730 de zile.

Potrivit caietului de sarcini și a programului de execuție depus la ofertă, antreprenorul avea obligația să efectueze o serie de teste și investigații, constând în ridicarea profilelor, teste hidraulice 2D și 3D pe modelul fizic al digului, conform soluției proiectate de IPTANA în anul 2003, inspecții vizuale. Raportul final, cu privire la rezultatele testelor, elaborat de Laboratoarele Artelia, predat beneficiarului la data de 16 octombrie 2013, peste data asumată prin programul de execuție al antreprenorului, a arătat că blocurile de beton de 11 mc tip CORE-LOC, propuse inițial de proiectant, pentru anumite zone de dig, nu asigură acestuia o stabilitate suficientă, recomandându-se utilizarea unor blocuri de 12 mc (ACCROPODE II).

Ca urmare a acestei recomandări, a fost necesară revizuirea PT al lucrării, care a avut în vedere: actualizarea studiului de val, ca urmare a modificărilor meteo - climatice, studiu realizat de compania ARCADIS, la comanda antreprenorului, a studiilor pe model fizic, realizate în laboratoarele Artelia, la comanda antreprenorului;

Prin revizuirea PT, care a implicat revizuirea descrierii lucrărilor, a caietului de Sarcini și a listelor de cantități inițiale, s-au avut în vedere, potrivit reclamantei, rezultatele testelor solicitate antreprenorului, prin documentația de atribuire, teste ce au fost predate pe parcursul întregului an 2013. PT revizuit prevede, potrivit reclamantei, modificarea articolelor inițiale de lucrări de procurare și punere în operă a elementelor de beton tip CORE-LOC în lucrări de procurare și punere în operă elemente de beton tip ACCROPODE, precum și introducerea unor articole noi pentru lucrările de demontare și transport elemente de protecție din beton (blocuri Antifer de 15t și stabilopozi de 25t) de sub nivelul apei, precum și lucrări de excavare anrocamente de mari dimensiuni (piatră 0,5-4t).

Pe perioada de derulare a contractului, au fost întocmite certificate interimare de plată, în baza cărora antreprenorul a emis facturi în valoarea totală de 592.342.686,84 lei, fără TVA, din care reclamanta a susținut că a plătit suma de 546.967.819,34 lei plus TVA, rămânând o valoare de 45.374.867,50 lei, fără TVA, nerecunoscută la plată de către beneficiar.

Suma de 45.374.867,50 lei, nerecunoscută la plată, ar reprezenta, potrivit reclamantei, valoarea variațiilor, constând în costuri de staționare și de extindere de timp, aferente determinărilor inginerului din data de 09.03.2015 și din data de 11.09.2015.

A mai susținut reclamanta că, pe parcursul derulării contractului, antreprenorul a formulat o serie de reclamații cu privire la întârzierea în execuția proiectului, respectiv la data de 26.06.2013, prin adresa nr.28.3285-VODMC-284, a transmis prima notificare de întârziere și

costuri Suplimentare, în temeiul sub-clauzei 20.1 din acordul contractual, cu privire la întârzierile și costurile ce reies din eșecul testelor asupra proiectului inițial, ulterior fiind transmise și alte notificări cu privire la același subiect, revendicarea finală fiind transmisă inginerului la data de 12.12.2014, prin adresa nr.28.3285- VODMC-2175.

Această revendicare, așa cum reiese din raportul special al inginerului, transmis beneficiarului prin adresa nr.L415/15.12.2016, a fost singura considerată ca fiind întocmită cu respectarea clauzelor contractuale, a procedurii de analiză și de determinare impuse de inginer. Suplimentar, antreprenorul a mai formulat o notificare de întârziere, cauzată de lipsa planșelor/instrucțiunilor pentru lucrări de îndepărtare a elementelor de beton de sub nivelul apei, întemeiată pe sub-clauza 1.9, transmisă inginerului la data de 25.03.2014, prin adresa nr.28.3285-VODMC-1229.

Hotărârile inginerului au privit prelungirea perioadei de execuție și calculul pentru costul timpului de staționare, revendicare bazată pe:

- întârzierea cauzată de necesitatea revizuirii PT și costul timpului de staționare pentru echipamente (Hotărârea Finală a Inginerului privind reclamația de prelungire a perioadei de execuție, partea I), prin care se acordă o extindere de timp de 165 de zile și o suplimentare a prețului contractului cu suma de 11.662.360,96 lei, aferentă extinderii de timp și 6.257.438 euro, aferentă staționării navelor;

- întârzierea datorată majorării cantităților din proiectul revizuit (Hotărârea Finală a inginerului privind reclamația de prelungire a perioadei de execuție și calcul în desfășurare pentru costul timpului de staționare, partea II), prin care perioada totală a contractului se extinde cu încă 56,93 de zile, fără costuri suplimentare, întrucât valorile solicitate de antreprenor nu au fost revendicate sau fundamentate corespunzător cerințelor și termenelor contractului FIDIC - Cartea #####, Ediția I 1999.

Până la data emiterii de către inginer a hotărârii privitoare la extinderea perioadei totale a contractului, reclamanta a inițiat procesul de constituire a unei Comisii de Soluționare a Disputelor (CSD), în baza sub-clauzei 20.2 din Condițiile generale ale contractului.

Întrucât reclamanta nu și-a exprimat acordul cu privire la propunerea CNAPM de numire a unui judecător, a solicitat ca numirea membrilor CSD să fie efectuată de către președintele FIDIC. CSD, astfel constituită, pentru care CNAPM nu și-a exprimat acordul, a emis, în perioada septembrie 2014 - iulie 2016, o serie de decizii față de care beneficiarul și-a exprimat dezacordul.

Ulterior, s-a parcurs o procedură de soluționare amiabilă a disputei, însă părțile nu au ajuns la un consens, pârâta din prezenta cauză sesizând Tribunalul arbitral cu cererea ce a făcut obiectul dosarului arbitral nr.3/2017.

Prin sentința arbitrală a cărei anulare o solicită reclamanta din prezentul dosar, Tribunalul arbitral a dispus următoarele:

1. obligarea CNAPMC la plata sumei de 19.320.509.33 lei, cu titlu de daune-interese contractuale, reprezentând costuri aferente timpului de staționare și costuri aferente extensiei de timp cu 165 de zile, solicitate prin capătul de cerere 1.1 și a sumei de 1.913.339.52 lei, cu titlu de daune-interese contractuale, reprezentând costuri aferente extensiei de timp cu 57 de zile, solicitate prin capătul de cerere 1,2;

2. obligarea la plata dobânzii contractuale aferente petitului 1.1., calculate de la data scadenței fiecărei facturi, până la data plății efective, la plata daunelor moratorii în sumă de 366.553.26 lei, pentru neîndeplinirea obligației de plată a costurilor aferente extensiei de timp cu 57 de zile, până la data pronunțării hotărârii arbitrale.

Pentru a dispune în sensul admiterii în parte a acțiunii arbitrale, respectiv pentru admiterea în parte a pretențiilor privind plata costurilor aferente timpului de staționare și a costurilor aferente extinderii de timp a contractului solicitate de către pârâtă prin capetele de cerere 1.1 și 1.2. Tribunalul arbitral a avut în vedere următoarele considerente, potrivit reclamantei:

Valoarea de contract acceptată nu trebuie confundată cu prețul contractului, acesta din urmă putând fi determinat doar după execuția efectivă a cantităților de lucrări și măsurarea lor de către inginer potrivit sub-clauzei 12.3 (Evaluarea) din Condițiile generale de contract (pct.837); (...) Prețul contractului poate fi mai mic sau mai mare decât valoarea acceptată de contract, care a fost stabilită prin raportare exclusiv la listele de cantități estimative de lucrări (pct.838); (...) Prețul stabilit potrivit sub-clauzei 12.3 poate face obiectul unor ajustări, în conformitate cu celelalte prevederi ale contractului, ajustări datorate atât unor posibile modificări de natură legislativă, cu impact asupra costurilor antreprenorului, cât și pentru orice alte situații permise de lege, de ajustare a prețului pentru acoperirea costurilor pe baza cărora s-a fundamentat prețul din oferta antreprenorului (pct.839); Prin urmare, contrar afirmațiilor pârâtei, valoarea acceptată de contract este o noțiune diferită față de prețul contractului, acesta din urmă nefiind determinat la momentul încheierii contractului, ci numai determinabil, prin evaluarea/măsurarea efectuată de inginer și posibilele ajustări de preț permise de contract (pct.840); în privința prevederilor art.97 din H.G.nr.925/2006, invocate de pârâtă, aceste prevederi nu sunt aplicabile la speță. Invocarea greșită a acestor prevederi legale este făcută ca urmare a confuziei create de pârâtă între prețul contractului și valoarea de contract acceptată. Așa cum a arătat, prețul, în cazul contractelor FIDIC #####, se determină de abia după măsurarea cantităților de lucrări efectiv executate, prin înmulțirea cantității măsurate cu prețul/unitate indicat de antreprenor prin oferta financiară (pct.841); De aceea, în cazul contractelor FIDIC, modificările pe care le limitează art.97 din H.G. nr.925/2006 privesc doar prețurile unitare date de antreprenor prin oferta financiară. Ajustarea acestor prețuri nu va putea fi făcută decât în condițiile limitativ prevăzute de art.97 din HG nr.925/2006. În schimb, prețul total al contractului FIDIC nu va putea fi stabilit decât după măsurarea cantităților efectiv executate, aspect asupra căruia prevederea art.97 din IIG nr.925/2006 nu are nici o influență (pct.842); În accepțiunea contractelor FIDIC, asumarea prin contract a unui risc are semnificația unei convenții de agravare a răspunderii părții în sarcina căreia este plasat respectivul risc, prin asimilarea acestui eveniment unei culpe contractuale a părții, mai exact a unei cauze nejustificate pentru neîndeplinirea obligațiilor contractuale, (pct.908); în concluzie, față de temeiurile de fapt și contractuale invocate de către reclamantă, care stau la baza pretențiilor sale, Tribunalul arbitral apreciază că natura juridică a acestei pretenții (n.n. privitoare la petitele I.I și 1.2) a reclamantei, este de daune interese contractuale (întemeiată pe răspunderea civilă contractuală generată de riscul contractului asumat de beneficiar), iar nu preț contractual. Față de aceste considerente, temeinicia acestui capăt de cerere urmează a fi analizată prin raportare la condițiile răspunderii civile contractuale, cu mențiunea că în cazul în care asumarea unui eveniment de risc de către una dintre părți, aceasta va fi asimilat

faptei ilicite săvârșite cu vinovăție de către partea în sarcina căreia au plasat riscul respectiv (pct. 912-913).

Reclamanta a invocat, ca un prim motiv de desființare a hotărârii arbitrale, art. 608 alin.1 lit. h C.proc.civ., potrivit căruia hotărârea arbitrală poate fi desființată dacă prin aceasta s-a încălcat ordinea publică, bunele moravuri ori dispozițiile imperative ale legii.

Din examenul efectuat asupra considerentelor hotărârii arbitrale de admitere în parte a petitelor 1.1 și 1.2 din acțiunea arbitrală, reclamanta a susținut că ar rezulta faptul că Tribunalul arbitral a soluționat cauza cu încălcarea prevederilor art.2 alin.2, art.25 din OUG nr.34/2006, art.2 alin.2, art.97 din HG nr.925/2006.

A susținut reclamanta că ordinea publică (art. 608 alin. 1 lit. h) cod proc.civ. poate fi invocată dacă se nesocotesc principiile juridice fundamentale din sistemul de drept al instanței sesizate. În concret, Tribunalul arbitral ar fi admis în parte cererea, în sensul obligării CNAPM la plata unor daune-interese contractuale, prin excluderea, în mod explicit, a dispozițiilor legale în materia atribuirii contractelor de achiziție publică.

Pentru o hotărâre în acest sens, Tribunalul arbitral a reținut că CNAPM și-ar fi asumat riscul contractului din perspectiva acurateței proiectului tehnic, orice revizuire ulterioară a acestuia, indiferent de cauza care generează modificarea, fiind în culpa exclusivă a CNAPM.

Indiferent de calificarea naturii juridice a pretenției, de diferență preț contract, de suplimentare a prețului contractului sau de daune-interese contractuale, aplicarea oricărei majorări față de prețul inițial al contractului de achiziție publică conduce, potrivit reclamantei, în mod implicit la modificarea prețului contractului.

Pretenția dedusă judecătii, sub aspectul capetelor de cerere admise prin sentința arbitrală, a fost aceea de fi obligat beneficiarul la plata costurilor generate de staționarea echipamentelor utilizate în execuția lucrărilor pe perioada necesara revizuirii proiectului tehnic și de cele cauzate antreprenorului de extinderea perioadei totale a contractului.

Reclamanta din dosarul arbitral a susținut că a parcurs procedura contractuală de revendicare a acestor costuri, iar beneficiarul a tratat fiecare revendicare a acestuia prin raportare la limitările legale instituite contractelor de achiziție publică prin OUG 34/2006 și HG 925/2006, însă reclamanta din prezentul dosar susține că revendicările antreprenorului au fost analizate prin raportare la prevederile contractuale și la dispozițiile legale sub imperiul cărora a fost încheiat contractul, respectiv că ajustarea prețului solicitat de către antreprenor, în cursul execuției lucrărilor, nu era permisă întrucât această posibilitate nu a fost prevăzută în documentația de atribuire a contractului.

Raportat la temeiul în drept al acțiunii arbitrale, art. 1270, art. 1272, art. 1350 și art. 1527 din noul Cod civil, a apreciat reclamanta din prezentul dosar că nicio referire nu a fost făcută la dispozițiile legilor speciale în materie de achiziții publice în vigoare la data contractării, respectiv OUG nr. 34/2006 privind contractele de achiziție publică și HG nr. 925/2006, pentru aprobarea normelor de aplicare a OUG nr.34/2006, nici la dispozițiile dreptului comunitar relevant.

Or, dispozițiile dreptului comun sunt aplicabile doar în măsura în care contractul și legile speciale aplicabile cu prioritate nu prevăd altfel (art. 297 din OUG nr. 34/2006, iar contractul din care s-a născut litigiul a fost semnat de părți la data de 01.02.2013, fiind menționat că fac parte din contract, între altele, „scrisoarea de acceptare a ofertei nr. 2749/28.09.2012”, în care se arată

că prețul ofertei acceptate este de 420.451.165 lei, fără TVA (a se vedea pct. 2.a din acordul contractual).

Reclamanta a arătat că tribunalul arbitral susține, în pofida a ceea ce s-a oferat și a fost acceptat, ca preț, în procedura de achiziție prin licitație publică desfășurată cu concursul justiției, că prețul contractului ar fi fost determinabil, nu determinat, pe considerentul vădit nelegal că semnarea unui contract FIDIC exceptează aplicarea prevederilor legale în baza cărora s-a efectuat procedura de atribuire și s-a încheiat contractul de achiziție publică.

A mai arătat reclamanta că contractul nr. 3973/11.02.2013 a fost modificat prin două acte adiționale, primul fiind încheiat la data de 28.06.2013, în care se face trimitere la scrisoarea de acceptare a ofertei nr. 2749/28.09.2012, ca una din care rezultă voința „reală și concordantă a părților”, prin care se elimină în întregime sub-clauza 13.9 din Condițiile Speciale („Alte ajustări legale”), al doilea fiind încheiat la data de de 02.11.2015, în care se face o referire la „valoarea de contract acceptată”, conform clauzei 1.1.4.1. din Condițiile generale de contract, valoare care este indicată clar în scrisoarea de acceptare a ofertei nr. 2749 din 28.09.2012.

Prin acest al doilea act adițional valoarea inițial acceptată a contractului a fost majorată/ajustată de la 420.451.165 Ici plus TVA, la suma de 552.089.409 lei, plus TVA.

În limitele permise de legile speciale, valoarea contractului a fost acceptată prin contract, a fost modificată și ajustată de părțile contractante prin actul adițional nr. 2/02.11.2015, prețul fiind majorat de la suma de 420.451.165 lei plus TVA, care reprezintă „valoarea de contract acceptată”, la suma de 552.089.409 lei plus TVA, la prețul inițial, adăugându-se suma de 40.783.763 lei, reprezentând lucrări adiționale în limita procentului de diverse și neprevăzute din devizul general (9,7%) și suma de 90.854.481 lei, reprezentând ajustare de preț „conform sub-clauzei 13.8 din Condițiile Generale de Contract” efectuată „conform indicelui statistic final iulie 2015” (art. 2 din actul adițional nr. 2) care, conform mențiunii din art. 2 al actului adițional nr. 2, reprezintă „ajustare estimată la momentul prezentului act adițional”, fără a se „referi la plățile suplimentare revendicate de către antreprenor” (art. 4 din act).

## numai o zi după încheierea actului adițional nr.2 din 2.11.2015 la contractul părților, respectiv la data de 3.11.2015, a fost încheiat procesul verbal de recepție a lucrărilor, cu participarea reprezentantului antreprenorului, în acest act fiind indicată o valoare a investiției de 614.872.234,41 lei, care include și TVA (fără TVA - 495.864.870,49 lei) valoare ce nu a fost contestată de către antreprenor.

Prețul stabilit prin contracte de achiziție publică încheiate prin procedură de licitație publică deschisă poate fi ajustat doar în situațiile expres și limitativ reglementate de legile achizițiilor publice și în măsura în care aceasta nu ar reprezenta o modificare substanțială a contractului, ci doar o consecință a aplicării clauzelor contractuale așa cum au fost stabilite de părți. Și în acest caz, clauzele de ajustare a prețului trebuie să fie stabilite într-un mod transparent, iar modificarea să nu fie substanțială. Contractul încheiat de părți nu conține clauze conform cărora prețul final ce urmează a fi plătit va fi determinat după execuția lucrărilor.

A susținut reclamanta că pârâta ar fi arătat în petitul cererii de chemare în judecată că sumele pretinse sunt „rest din prețul contractului”, ceea ce presupune doar aplicarea mecanică a unor clauze a contractului existent. În motivarea cererii, pârâta a arătat că acest „rest de preț” este rezultatul schimbării proiectului tehnic și a costurilor lucrărilor suplimentare ce au survenit acestei schimbări.

A atras atenția că, în urma admiterii pretențiilor reclamate, contractul a suferit o modificare care a alterat procedura de licitație, principiile transparenței și a egalității de tratament a competitorilor. Or, pentru modificarea prețului contractului, ar fi fost necesară, după caz, fie o nouă procedură de licitație, dacă modificarea ar fi fost considerată substanțială, fie o modificare a contractului, prin act adițional, dacă modificarea ar fi fost calificată ca fiind nesubstanțială, în contractul încheiat de părți neexistând clauze care, aplicate mecanic, să permită o mărire a prețului acceptat de părți de natura celui reclamat prin cererea arbitrală.

Reclamanta a subliniat că importantă, pentru problema prețului contractului, este sub-clauza 14.13 din Condițiile speciale ale contractului care prevede că „(...) Inginerul nu poate emite un certificat final de plată dacă valoarea cumulată, aprobată pentru plată, depășește valoarea de contract acceptată sau altă valoare de contract, convenită ulterior de către beneficiar și antreprenor, în cadrul unor acte adiționale la contract” dispoziții față de care a arătat reclamanta că părțile au stabilit valoarea de contract acceptată (420.451.165 lei plus TVA), iar, pe de altă parte, valoarea acceptată a fost majorată în condițiile contractului și ale legii achizițiilor publice, prin actul adițional nr. 2 din 02.11.2015, la suma de 552.089.409 plus TVA.

A apreciat reclamanta că alte acte adiționale, prin care să se urmărească majorarea prețului contractului, nu au fost încheiate de părți, în timpul derulării contractului, iar, pe cale de judecată, după încheierea contractului, nu se mai poate dispune în sensul cerut de partea reclamantă pentru că aceasta ar echivala cu ignorarea contractului și cu încălcarea regulii nealterării procedurii de licitație și a principiului transparenței și a egalității între competitori.

Reclamanta a invocat dispozițiile relevante, din perspectiva sa, sub aspectul posibilității/imposibilității și a limitelor ajustării prețului contractului, respectiv sub-clauzele formulate în Condițiile Generale și Speciale sub numerele 13.7 („Ajustări generate de modificări ale legilor și ale actelor administrative emise de autoritățile locale), 13.8 („Ajustări (actualizări) generate de schimbări ale Costurilor”, în fapt, un tabel de ajustare a prețurilor în cazul reglementat de art. 13.7) și clauza 13.9 („Alte ajustări legale”) din Condițiile Speciale ale Contractului. Primele două sub-clauze reglementează ajustările care sunt consecința unor modificări legislative și, potrivit acestora, prețul poate fi ajustat în conformitate cu art. 97 alin. 2 lit. a) din HG nr. 925/2006 (sub clauza 13.7 din Condițiile Speciale), iar, în conformitate cu sub-clauza 13.8 din Condițiile Generale, „în măsura în care prevederile prezentei clauze sau a altor clauze din contract nu acoperă o compensare totală pentru orice creșteri sau scăderi ale costurilor, se va considera că valoarea de contract acceptată include sumele necesare pentru a acoperi posibilitatea altor creșteri sau scăderi ale costurilor ”.

În ce privește sub-clauza 13.9 („Alte ajustări legale”) din Condițiile Speciale, aceasta a fost eliminată din contract (Condițiile Speciale), dat fiind faptul că părțile au înțeles să „limiteze ajustarea prețului contractului numai la acele cazuri prevăzute de lege”, adică la acelea prevăzute de sub-clauza 13.7, în condițiile stabilite prin sub-clauza 13.8, ca unele prin care „s-a reglementat fără echivoc, suficient și în detaliu termenii și condițiile ajustării prețului contractului și aceste sub-clauze au fost acceptate fără nici o rezervă de către antreprenor”. Or, prin sub-clauza 13.7, s-a convenit că prețul poate fi ajustat în conformitate cu art. 97 alin. 2 lit. a) din HG nr. 925/2006, adică exclusiv pentru cazul ajustărilor impuse de modificările legislative.

Concluziile care se impun a fi trase, potrivit reclamantei, în raport de clauzele contractuale și prevederile legale aplicabile, analizate anterior, sunt acelea că majorarea prețului,



pe calea acțiunii în despăgubiri, după terminarea lucrărilor, nu este generată de o modificare legislativă sau de o ajustare permisă prin contractul părților, ceea ce face ca pretenția dedusă judecâții să nu poată fi primită.

A adăugat reclamanta că susținerea tribunalului arbitral, conform căreia: "în cazul contractelor FIDIC, modificările pe care le limitează art.97 din H.G. nr.925/2006 privesc doar prețurile unitare date de antreprenor prin oferta financiară. Ajustarea acestor prețuri nu putea fi făcută decât în condițiile limitativ prevăzute de art.97 din HG nr.925/2006. în schimb, prețul total al contractului FIDIC nu va putea fi stabilit decât după măsurarea cantităților efectiv executate, aspect asupra căruia prevederea art.97 din HG nr.925/2006 nu are nici o influență" (pct.842)" este vădit în contradicție cu înseși dispozițiile legale excluse din analiză, din moment ce acestea reglementează atât modul de ajustare a prețului, cât și dreptul executantului de a primi daune - interese, fără să fie făcută vreo excepție, în situația anumitor tipuri de contracte.

A susținut reclamanta că acest contract, semnat de părți, chiar dacă este tip FIDIC, a fost atribuit tot în baza prevederilor legilor speciale în materie, iar prețul a fost stabilit în conformitate cu dispozițiile art.25 din OUG nr.34/2006, ca fiind un preț determinat, de la care părțile nu ##  
### ##### ## ##### ##### ##.

Tot astfel, a apreciat reclamanta că susținerea tribunalului arbitral, conform căreia „prețul, în cazul contractelor FIDIC ##### se determină de abia după măsurarea cantităților de lucrări efectiv executate, prin înmulțirea cantității măsurate cu prețul/unitate indicat de antreprenor prin oferta financiară” este contrară dispozițiilor legale anterior amintite.

Potrivit sub-clauzei 1.1.6.5 și 1.4 din Condițiile speciale ale contractului de lucrări, contractul va fi guvernat de legile naționale ale României, iar, în caz de ambiguitate, clauzele contractuale se vor interpreta, cu prioritate, conform dispozițiilor legislației românești. Contractul a fost atribuit urmare a parcurgerii unei proceduri de licitație deschise demarată de CNAPM, în calitate de autoritate contractantă, în temeiul dispozițiilor O.U.G. nr.34/2006 și ale H.G. nr.925/2006, ce reglementează regimul juridic al contractului de achiziție publică. În fișa de date a achiziției, la punctul 5.7. - Criterii de atribuire, s-a prevăzut faptul că atribuirea se va face prin evaluarea și desemnarea ofertei celei mai avantajoase din punct de vedere tehnico-economic, prețul ofertat având o pondere în evaluare de 80%, iar durata de execuție 20%. Oferta financiară a reclamantei, astfel cum aceasta a fost exprimată în formularul 10 C, a fost declarată câștigătoare pentru o “valoare de contract acceptată” în cuantum de 420.451.165 lei plus TVA.

A învederat reclamanta că, potrivit art. 1.1.4.1., “valoarea de contract acceptată” înseamnă valoarea acceptată în scrisoarea de acceptare pentru execuție, terminarea lucrărilor și remedierea tuturor defectelor, iar, potrivit art. 1.1.4.2., “Prețul contractului” înseamnă prețul definit de art.14.1. - Prețul Contractului - și include ajustările efectuate în conformitate cu prevederile contractului.

În cursul executării lucrărilor de construire, relativ la prețul contractului, au fost încheiate două acte adiționale, primul la data de 28.06.2013, iar cel de-al doilea la data de 02.11.2015. Prin actul adițional nr.1/28.06.2013, părțile au înțeles să modifice clauza referitoare la modificări și ajustări, în sensul că, în cuprinsul acordului contractual, se vor menționa, ca ajustări posibile ale prețului, exclusiv cauzele de ajustare stipulate la art. 13.7. (Ajustări generate de modificări ale legilor și ale actelor administrative emise de autoritățile locale) și art.13.8. (Ajustări (actualizări) generate de schimbări ale costurilor), fiind eliminată în întregime clauza art.13.9. (Alte ajustări

legale), singura care permitea, în varianta inițială a contractului, o ajustare a prețului în măsura necesară acoperirii creșterii costurilor pe baza cărora s-a fundamentat prețul contractului.

Astfel, a susținut reclamanta că ajustarea valorii de contract a devenit permisă doar atunci când aceasta este generată de modificări ale legilor și ale actelor administrative emise de autoritățile publice (13.7.), ori de actualizări generate de schimbări ale costurilor, exclusiv în baza formulei de calcul incluse în sub-clauza art. 13.8. De asemenea, în devizul general al proiectului, s-a prevăzut posibilitatea suplimentării valorii lucrărilor aferente modificărilor nesubstanțiale, care se încadrează în procentul de diverse și neprevăzute, în cuantum de 9,7% din valoarea acceptată a contractului.

Prin actul adițional nr.2/02.11.2015, a fost modificată valoarea de contract acceptată, cu valoarea lucrărilor adiționale, în limita maximă a procentului de diverse și neprevăzute, astfel cum aceasta a fost definită în devizul general al proiectului, respectiv cu suma de 40.783.763 lei plus TVA și s-a actualizat prețul contractului, în baza sub clauzei 13.8., în conformitate cu indicele statistic final din luna iulie 2015, cu suma de 90.854.481 lei plus TVA, valoarea de contract acceptată, modificată și ajustată, fiind de 552.089.409 lei plus TVA.

Față de dispozițiile art.1.1.4.1., art.1.1.4.2 din Condițiile generale, art. 13.7., art. 13.8, din Condițiile speciale și față de documentația de atribuire și documentația de calificare, ce fac parte din contractul de lucrări, potrivit art.1.5. din Condițiile speciale, rezultă, potrivit reclamantei, că valoarea acceptată a contractului este valoarea la care a fost atribuit contractul, la care se pot adăuga actualizările de preț permise de art.13.7 și art.13.8, plus procentul de 9,7% din valoarea totală a contractului, cu titlu de diverse și neprevăzute.

A învederat că, până la data formulării cererii de arbitrar, CNAPM a plătit antreprenorului, în baza certificatelor de plată emise de inginer și acceptate de beneficiar, o sumă care se încadrează în valoarea menționată în contract ca fiind valoarea maxim acceptată, astfel cum aceasta a fost ajustată și actualizată prin actul adițional nr.2/02.11.2015.

A concluzionat în sensul că CNAPM nu se află în culpă contractuală pentru plata unei diferențe de preț, deoarece: prețul contractului este fix și nu poate fi majorat, modificat sau ajustat peste limitele de ajustare prevăzute în cuprinsul acestuia și în documentația de atribuire; după data atribuirii contractului, nu au intervenit modificări legislative, ale normelor tehnice sau au fost emise de către autoritățile locale acte administrative care au ca obiect instituirea, modificarea sau renunțarea la anumite taxe/impozite locale, al căror efect se reflectă în creșterea/diminuarea costurilor pe baza cărora s-a fundamentat prețul contractului; ajustările permise de documentația de atribuire și de dispozițiile art.13.7 și 13.8 din Condițiile speciale ale contractului de lucrări au fost aplicate, fiind majorată valoarea totală a contractului până la limita superioară admisă; nu au intervenit circumstanțe imprevizibile care să fi condus la parcurgerea unei proceduri directe de achiziție a unor lucrări suplimentare sau adiționale,

Potrivit dispozițiilor art.97 alin. (2) din H.G. nr.925/2006, prețul contractului de achiziție publică poate fi ajustat în următoarele situații: au avut loc modificări legislative, modificări ale normelor tehnice sau au fost emise de către autoritățile locale acte administrative care au ca obiect instituirea, modificarea sau renunțarea la anumite taxe/impozite locale, al căror efect se reflectă în creșterea/diminuarea costurilor pe baza cărora s-a fundamentat prețul contractului: pe piață au apărut anumite condiții, în urma cărora s-a constatat creșterea/diminuarea indicilor de

preț pentru elemente constitutive ale ofertei, al căror efect se reflectă în creșterea/diminuarea costurilor pe baza cărora s-a fundamentat prețul contractului.

Totodată, potrivit art.97 alin.(4) din același act normativ, ajustarea prețului este posibilă numai în următoarele cazuri: atunci când survin circumstanțe imprevizibile și independente de voința părților, altele decât cele prevăzute la alin. (2) lit. a) și b) sau atunci când durata de aplicare a procedurii de atribuire se prelungește este în mod neprevăzut, peste perioada preconizată inițial și din motive care exclud orice culpă a ofertantului/contractantului.

A arătat că dispozițiile art.97 alin.(2) lit. a) și lit. b) din H.G. nr.925/2006 sunt singurele dispoziții legale de ajustare a prețului permise de autoritatea contractantă în documentația de atribuire (a se vedea Anexa nr. 1b pagina 8, la documentația de atribuire, prin care CNAPM elimină paragraful 1 al subclauzei 13.7 din contractul FIDIC cd. 1999.

A susținut reclamanta că orice ajustare a prețului, dacă ar fi fost posibilă peste ajustările aplicate până la această dată, trebuie să fie efectuată cu respectarea principiului transparenței, iar modul concret de ajustare a prețului, indicii utilizați, precum și sursa informațiilor, cu privire la evoluția acestora, sunt elemente care trebuie să fie, în mod obligatoriu, menționate în cuprinsul documentației de atribuire și în contractul părților.

Dispozițiile art.97 alin.(3) din H.G. nr.925/2006, prevăd că „lipsa, modificarea sau completarea respectivelor informații/clauze determină inaplicabilitatea prevederilor referitoare la posibilitatea de ajustare a prețului contractului de achiziție publică”.

A susținut reclamanta că faptul că prețul contractului de achiziție publică este fix și nu poate fi ajustat, peste limitele avute în vedere în documentația de atribuire, rezultă și din dispozițiile art.25 alin.(1) din O.U.G. nr.34/2006, potrivit cărora autoritatea contractantă are obligația de a estima valoarea contractului de achiziție publică, pe baza calculării și însumării tuturor sumelor plătibile pentru îndeplinirea contractului respectiv, fără taxa pe valoarea adăugată, luând în considerare orice forme de opțiuni și, în măsura în care acestea pot fi anticipate, la momentul estimării, orice eventuale suplimentări sau majorări ale valorii contractului.

Rezultă în mod clar, potrivit reclamantei, faptul că formarea prețului, prin raportare la liste de cantități estimative, nu presupune că prețul este unul estimat și ajustabil nelimitat, ci că autoritatea contractantă a avut în vedere, prin estimare, inclusiv eventualele suplimentări și majorări a valorii contractului, ajustarea acestuia în limitele ofertate fiind o excepție de la regula caracterului fix și neajustabil al prețului contractului.

A susținut reclamanta că nu poate fi primit considerentul potrivit căruia prețul contractului nu ar fi fost determinat în contract nu poate fi primit, deoarece, pe de o parte, potrivit dispozițiilor Codului civil în materie de vânzare, art.1660 și următoarele Cod civil, prețul este determinabil doar în situația în care nu a fost determinat în cuprinsul contractului dar s-au prevăzut criteriile ulterioare de determinare, ceea ce nu este cazul în speță, iar pe de altă parte, în contractele de achiziție publică, regula este aceea că prețul contractului este întotdeauna determinat.

De asemenea, art.4.10 - informații despre șantier - și art.4.11 - suficiența valorii de contract acceptată - din Condițiile generale, prevăd faptul că valoarea de contract acceptată reprezintă prețul maxim al lucrării atribuite, prețul fiind definit a fi „corect și suficient (...) în privința tuturor problemelor relevante la care face referire sub-clauza 4.10”. Aceleași dispoziții

contractuale prevăd faptul că „valoarea de contract acceptată acoperă toate obligațiile antreprenorului, potrivit prevederilor contractului (inclusiv cele legate de sume provizionate, dacă este cazul) și toate cele necesare pentru execuția și terminarea adecvate ale lucrărilor și remediarea oricăror defecte”.

În documentația de atribuire a fost menționat, în considerarea art.97 alin.(3) din H.G. nr.925/2006, modul concret de ajustare a prețului, indicii care vor fi utilizați, precum și sursa informațiilor cu privire la evoluția acestora (art.13.8 din condițiile special ale contractului): potrivit art.97 alin.(3) și alin.(4) din H.G. nr.925/2006, „(...) posibilitatea de ajustare a prețului trebuie să fie precizată atât în documentația de atribuire, cât și în contractul care urmează să fie încheiat, prin clauze speciale în acest sens. În cazul în care pe piață au apărut anumite condiții, în urma cărora s-a constatat creșterea/diminuarea indicilor de preț pentru elemente constitutive ale ofertei, al căror efect se reflectă în creșterea/diminuarea costurilor pe baza cărora s-a fundamentat prețul contractului, autoritatea contractantă are obligația de a preciza totodată și modul concret de ajustare a prețului, indicii care vor fi utilizați, precum și sursa informațiilor cu privire la evoluția acestora, cum ar fi buletine statistice sau cotații ale burselor de mărfuri. Lipsa, modificarea sau completarea respectivelor informații/clauze determină inaplicabilitatea prevederilor referitoare la posibilitatea de ajustare a prețului contractului de achiziție publică.

#####. (4) al art. 97 din H.G. nr. 925/2006, prevede că: ajustarea prețului fără a fi îndeplinite condițiile prevăzute la alin. (3) este posibilă numai în următoarele cazuri: a) atunci când survin circumstanțe imprevizibile și independente de voința părților, altele decât cele prevăzute la alin. (2) pct. a) și b) (...)." Așa cum a arătat mai sus, în cadrul procedurii de atribuire, a inserat în cuprinsul documentației de atribuire - fișa de date a achiziției, modul concret de ajustare a prețului și limitele în care acesta poate fi ajustat, atât prin parcurgerea unei proceduri directe de negociere fără publicare de anunț, cât și prin încheierea unui act adițional la contract prin care vor fi recunoscute, în limitele contractuale și legale, schimbările rezultate din simpla aplicare a clauzelor contractuale, pentru care nu era necesară parcurgerea vreunei proceduri dintre cele reglementate de art.252 lit. j din O.U.G, nr. 34/2006.

Astfel, la pct. II.2.2, din fișa de date, a menționat faptul că își rezervă dreptul de a suplimenta lucrările, conform O.U.G 34/2006, de unde rezultă că extinderea obiectului contractului la alte lucrări și suplimentarea prețului contractului nu era posibilă, prin aplicarea mecanică a clauzelor contractuale, inexistente în contextul contractului de lucrări, iar orice altă ajustare a prețului era imposibilă din vreme ce, în considerarea prevederilor art.97 alin.(3) în documentația de atribuire s-a prevăzut modalitatea prin care prețul contractului poate fi ajustat.

A apreciat reclamanta că cerința reclamantei din dosarul arbitral excede cadrulul contractual în care s-a menționat, în mod explicit, întinderea drepturilor și obligațiilor pe care fiecare și le-a asumat, cu respectarea regulilor și limitelor impuse prin acesta și prin legislația în domeniul achizițiilor publice.

A susținut reclamanta că nu există modificări legislative care să determine majorarea prețului contractului de achiziție de lucrări, motiv ce ar fi generat, potrivit art.13.7. din Condițiile speciale ale contractului, ajustarea prețului, în condițiile în care, prin cererea de arbitrare, pârâta a susținut că este îndreptățită să primească o suplimentare a prețului total al contractului, cu contravaloarea costurilor aferente extinderii perioadei totale a contractului, a staționării utilajelor ca urmare a necesității revizuirii proiectului tehnic, nefiind specificate utilajele mobilizate,

costurile suportate pentru fiecare dintre acestea, înscrisurile care să dovedească faptul utilajele au fost mobilizate corespunzător graficului de lucru corelat cu datele de finalizare a testului hidraulic de laborator (Testul 2D), testarea modelului fizic în laborator (Testul 3D), realizarea măsurilor hidrografice pe amplasamentul lucrărilor înainte de începerea acestora, precum și a Proiectului DDE) și a executării unor lucrări suplimentare pretins nespecificate în Caietul de sarcini și în Proiectul tehnic revizuit.

Pretențiile principale au derivat, conform reclamantei din prezentul dosar, din pretinsa culpă în care s-ar fi aflat ca urmare a faptului că proiectul tehnic, avut în vedere la data achiziției, nu a fost apt de a fi pus în opera, fiind necesară revizuirea sa, deoarece acesta a fost întocmit, inițial, având în vedere o valoare maximă a valului semnificativ de 6,5 m, nu de 7,5 m, astfel cum prevedea Ordinul nr. 643/2003 pentru aprobarea reglementării tehnice - Ghid pentru stabilirea parametrilor de calcul ai valurilor de vânt pentru determinarea acțiunii asupra construcțiilor portuare maritime și fluviale, indicativ GP-086-03, aspect pe care antreprenorul l-a cunoscut abia la data efectuării studiului de modelare numerică a valului, executat de către ARCADIS BV din Olanda.

Reclamanta a susținut că alegațiile potrivit cărora extinderea perioadei contractuale și executarea unor lucrări de suplimentare de demontare a cantităților din beton și excavare piatră ar fi cauzate de culpa CNAPM, în furnizarea unui PT care nu a fost întocmit în conformitate cu cerințele Ordinului nr.643/2003, sunt neîntemeiate, arătând că modificările legislative, avute în vedere de dispozițiile art.13.7. din Condițiile speciale ale contractului și de art.97 alin.(2) din H.G. nr.925/2006, se referă la acele modificări care intervin în cadrul legislativ sau în normativul tehnic și care intră în vigoare la data publicării sau la o dată imediat ulterioară publicării, astfel încât, la data demarării procedurii de atribuire a contractului, este imposibilă cunoașterea modificărilor ce ar surveni ulterior.

A precizat că, la data demarării procedurii de atribuire, în considerarea faptului că proiectul tehnic, în baza căruia s-a întocmit documentația de atribuire, era emis în anul 2002, a luat în calcul posibilitatea ca elemente care au stat la baza elaborării acestuia să nu corespundă condițiilor actuale și, implicit, au prevăzut necesitatea actualizării anumitor aspecte ale documentației tehnice, fapt pentru care a solicitat, prin caietul de sarcini, ca antreprenorul să efectueze o serie de teste și studii care să confirme că proiectul poate fi pus în operă, astfel cum acesta a fost elaborat de proiectantul IPTANA,

În acest sens, în caietul de sarcini - Cap.2 - ridicările, inspecția vizuală, teste hidraulice de laborator și testarea modelului fizic în laborator - s-a prevăzut obligația realizării de către antreprenor a unor măsurători hidrografice, pe amplasamentul lucrărilor, înainte de începerea acestora. În procedura de clarificări la documentația de atribuire, setul de clarificări nr.3, la întrebarea nr.11, a arătat că: "nu există foraje pe traseul digului ce urmează a fi construit. contractorul are obligația de a executa 2 două foraje pe amplasamentul viitorului dig. datele geotehnice din caietul de sarcini au caracter informativ". De asemenea, în același set de clarificări, la întrebarea nr.10, a arătat faptul că articolul "încercare în laborator a modelului fizic" face parte din listele de cantități, fiind inclusă o listă individuală, aferentă acestei testări.

În cursul execuției lucrărilor, la data de 12.02.2014, inginerul, prin adresa nr.C136, în răspuns la adresa antreprenorului nr. 1027/04.02.2014, privitoare la revendicarea cu timp de așteptare a echipamentelor, a arătat că nu este de acord cu susținerea potrivit căreia proiectul

digului de larg trebuia sa fie potrivit pentru construcție imediată. Activitățile de lucrări au inclus testarea pe model hidraulic, pentru verificarea proiectului. Ar fi trebuit să fie clar faptul că proiectul va fi confirmat pentru construcție doar după teste, mai ales că rareori prima testare pe model hidraulic a unui dig prezintă rezultate satisfăcătoare, astfel că antreprenorul ar fi trebuit să prevadă că vor fi necesare ajustări/optimizări la proiect.

Rezultă, potrivit reclamantei, că autoritatea contractantă și-a luat toate măsurile de protecție cu privire la o eventuală neconformitate a proiectului tehnic, ce putea rezulta din efectuarea testelor pe model hidraulic a proiectului, antreprenorul având obligația să-și mobilizeze echipa și utilajele, în funcție de rezultatele acestora, în vederea evitării oricăror costuri care s-ar fi putut adăuga prețului total al contractului, această parte neputând să se prevaleze de necunoașterea legii și a normativelor în domeniu, în vigoare la data întocmirii ofertei, pentru a răsturna culpa în sarcina CNAPM.

A arătat că prevederile sub-clauzei 4.7 al in. (4) din Condițiile generale prevăd că, dacă antreprenorul suferă întârzieri și/sau suportă costuri la execuția unei lucrări, necesare ca urmare a unei erori în punctele de referință (coordonate, liniile și cotele de referință originale sau printr-o înștiințare a inginerului), va avea dreptul la prelungirea perioadei de execuție și la plata acestora costuri, cu condiția ca aceste erori să nu fi putut fi descoperite “în mod rezonabil (...) de către un antreprenor experimentat”.

Ulterior finalizării testelor de către antreprenor, proiectantul a revizuit proiectul tehnic, în cuprinsul acestuia arătând faptul că necesitatea revizuirii rezultă din încercările pe model efectuate de antreprenor, a actualizării studiului de val și din actualizarea studiilor de teren.

Astfel, actualizarea proiectului tehnic a fost una previzibilă la data atribuirii, conform reclamantei, aspect ce rezultă din conduita autorității contractante de a solicita efectuarea de teste și studii care să confirme sau nu proiectul tehnic, cerința normativului inserat în Ordinul nr.643/2003, pentru aprobarea reglementării tehnice, nefiind un element imprevizibil sau necunoscut de către operatorul economic.

În acest sens, în Instrucțiunea nr.1/02.03.2016 a ANAP, privind modificarea contractului de achiziție publică, se arată că, în evaluarea ajustării prețului contractului în funcție de modificările legislative care intervin ulterior semnării contractului, se are în vedere situația în care intrarea în vigoare are loc după o perioadă mai mare de timp de la momentul publicării/aprobării, deci neprevăzută la momentul atribuirii, iar nu data la care intrarea în vigoare a putut fi cunoscută, la momentul demarării procedurii de atribuire a contractului inițial. Or, mai mult decât atât, la data atribuirii, Ordinul nr.643/2003 era deja în vigoare, orice modificare sau ajustare a prețului contractului, în temeiul art. 13.7 fiind exclusă, conform reclamantei.

Față de cele de mai sus, a considerat reclamanta că pârâta nu era îndreptățită la daune interese contractuale, tocmai ca urmare a faptului că aceasta avea obligația să dea dovada de o diligență normală, utilă și rezonabilă în păstrarea propriilor interese, principiu statuat în cazul nr.2291 Comercianții - părți în raporturile juridice de comerț internațional - sunt prezumați capabili de a se proteja ei înșiși în cadrul acestor raporturi juridice. Obligația creditorului obligației de executat de a-și minimiza pierderile nu este decât o aplicație a acestui principiu general (de asemenea, principiu statuat în Cauza nr.2404).

Din momentul în care creditorul obligației neexecutate sau executate parțial, aflat în cunoștință de cauză cu privire la nerespectarea contractului, nu își manifestă intenția de a pune capăt relațiilor contractuale, transmite debitorului că a renunțat la solicitarea ca executarea contractului să fie strictă. Neexercitând dreptul de a solicita încetarea contractului, drept uzual în comerțul internațional, creditorul se plasează într-o situație de facto de readaptare a contractului care la rândul său nu este mai puțin frecventă.

A mai arătat reclamanta că nu există condiții noi, apărute pe piață, altele decât cele pentru care s-a ajustat prețul contractului, în temeiul art. 13.8., în urma cărora sa se fi constatat creșterea/diminuarea indicilor de preț pentru elemente constitutive ale ofertei, al căror efect se reflectă în creșterea/diminuarea costurilor pe baza cărora s-a fundamentat prețul contractului:

În privința cerinței contractuale și a dispozițiilor legale ce reglementează ajustarea prețului, determinată de creșterea sau diminuarea indicilor de preț pentru elementele constitutive ale ofertei, ce au ca efect creșterea costurilor care au fundamentat prețul, a arătat reclamanta că, prin actul adițional nr.2/01.02.2013, în baza formulei de calcul inserată la art.13.8., antreprenorul a primit suma de 90.854.481 lei plus TVA, cu titlu de ajustare/actualizare a prețului, conform indicelui statistic de inflație aferent lunii iulie 2015, aspect în raport de care ar fi lipsită de obiect o eventuală ajustare a prețului, în temeiul acestei dispoziții.

Ajustarea prețului total al contractului peste valoarea acceptată nu poate fi primită, conform reclamantei, pentru că nu ar fi survenit circumstanțe imprevizibile și independente de voința părților, de natură să facă aplicabilă clauza art.4.12 din Condițiile generale ale Contractului și ale art.97 alin.(4) lit. a) din H.G. nr.925/2006.

A mai arătat că, prin contractul de lucrări, Condițiile speciale, clauza referitoare la condiții fizice imprevizibile, care îndreptățesc antreprenorul la prelungirea duratei de execuție și la plata costurilor generate de întârziere, reglementate de sub-clauza 4.12. din Condițiile generale pentru contractul de construcție - FIDIC 1999, a fost eliminată în întregime, părțile înțelegând faptul că dispozițiile contractuale care prevalează sunt cele cuprinse în Condițiile speciale.

Cu toate acestea, în măsura în care ar aprecia că dispozițiile cuprinse în Condițiile generale le completează pe cele speciale, argument care ar lipsi de efect rațiunea încheierii acordului contractual - Condiții speciale și cea a parcurgerii unei proceduri de atribuire în care draftul contractului, în forma condițiilor speciale, este cel atribuit, a susținut reclamanta că trebuie să se constate faptul că, în cursul execuției lucrărilor, nu a intervenit niciuna dintre condițiile fizice imprevizibile care să nască, în sarcina autorității contractante, obligația de plată a costurilor, generate de aceste condiții.

Sub-clauza 4.12, condițiile fizice imprevizibile, vizează condițiile naturale sau orice alte obstacole fizice pe care antreprenorul le întâlnește în șantier, la execuția lucrărilor, inclusiv condițiile hidrologice și subterane. De asemenea, sub-clauza 1.1.6.8 definește termenul contractual “imprevizibil” ca fiind tot „ceea ce nu poate fi prevăzut în mod rezonabil de către un antreprenor cu experiență, până la data depunerii ofertei”.

Potrivit art.97 alin.(4) lit. a) și b) din H.G. nr.925/2006, “ajustarea prețului fără a fi îndeplinite condițiile prevăzute la alin. (3) este posibilă numai în următoarele cazuri: a) atunci când survin circumstanțe imprevizibile și independente de voința părților, altele decât cele prevăzute la alin. (2) lit. a) și b)”, respectiv cele privind ajustarea prețului ca urmare a modificărilor legislative, ori ca urmare a creșterii indicilor de preț.

A apreciat reclamanta că ar rezulta faptul că ajustarea prețului este posibilă atunci când survin circumstanțe imprevizibile și independente de voința părților, fiind necesară dovedirea caracterului imprevizibil, precum și că, în sensul O.U.G. nr.34/2006 și al H.G. nr.925/2006, circumstanțele imprevizibile pot fi asimilate fie evenimentelor/împrejurărilor absolut extreme și invincibile, fie evenimentelor sau împrejurărilor care exclud orice culpă a autorității contractante și care nu pot fi prevăzute sau evitate în mod realist, de către autoritatea contractantă, până la data semnării contractului inițial.

Susținerea potrivit căreia necesitatea revizuirii PT ar fi fost cauza de imprevizibilitate care a dus la extinderea duratei contractului și a pretinselor costuri aferente execuției lucrărilor de ridicare a obiectelor din beton de sub nivelul mării, nu poate să conducă la admiterea revendicărilor antreprenorului, pentru că:

- așa cum a arătat la punctul II de mai sus, autoritatea contractantă a transmis tuturor operatorilor economici faptul că după atribuirea contractului sunt obligatorii pentru Antreprenor efectuarea ridicărilor, inspecției vizuale, a testelor hidraulice de laborator și testarea modelului fizic care să certifice punerea în operă a Proiectului tehnic (setul de Clarificări nr.3, la întrebarea nr.11):

- în Propunerea Tehnică, cap. I, net. 1.3., Antreprenorul a arătat faptul că „după adjudecarea contractului, următoarele secțiuni vor fi testate 2D: secțiune în zona materialului de piatră, secțiune pe fundul mării, secțiune în zona noului cap al digului. Se vor efectua teste de laborator 3D pentru cel mai rău scenariu de caz, Rezultatele testelor de laborator vor fi utilizate pentru proiectul final și planurile lucrărilor”:

- prin Anexa lb la documentația de atribuire privind Condițiile speciale de contract, ce a modificat Condițiile generale de contract FIDIC, autoritatea contractantă a eliminat sub clauza 17.3. - Riscurile beneficiarului și sub clauza 17.4. paragraful al doilea, lit. b) - plata despăgubirilor, dispoziții ce reglementau răspunderea beneficiarului față de antreprenor pentru lit. g „proiectarea oricărei părți din lucrări de către personalul beneficiarului sau de alte persoane pentru care este responsabil beneficiarul”, CNAPM nefiind ținută să suporte riscul eventual al inexactității proiectului tehnic, rațiune ce a stat la baza inserării în caietul de sarcini a capitolului 2 - Ridicările, inspecția vizuală, teste hidraulice de laborator și testarea modelului fizic în laborator. A mai arătat că eliminarea acestei clauze a făcut obiectul clarificării nr.6/08.12.2009, nefiind contestată de către operatorii economici participanți, contractul fiind încheiat fără inserarea acestei clauze;

- actualizarea Proiectului Tehnic a fost una previzibilă la data atribuirii, aspect ce rezultă din solicitarea efectuării de teste și studii care să confirme sau nu Proiectul Tehnic, cerința normativului inserat în Ordinul nr.643/2003 pentru aprobarea reglementării tehnice nefiind un element imprevizibil sau necunoscut de către operatorul economic la data achiziției.

Relativ la inexistența condițiilor fizice imprevizibile care să permită antreprenorului primirea acestor costuri, trebuia să fie avute în vedere următoarele:

- apariția unei/unor condiții imprevizibile, astfel cum acestea sunt revendicate de către antreprenor, conduc, potrivit art.4.12 coroborat cu art. 13.1 din Condițiile generale de contract FIDIC, la o modificare a contractului de lucrări, pentru care, conform art. 13.1. lit. f), antreprenorul are nevoie de o decizie din partea inginerului cu privire la modificare, în lipsa acesteia antreprenorul neputând executa respectiva lucrare. Dacă inginerul va emite o decizie la



respectiva modificare, acesta trebuie, potrivit subclauzei 12.3 - Evaluarea, să stabilească un tarif sau preț provizoriu, în scopul emiterii certificatelor interimare de plată.

- Dacă tariful sau prețul provizoriu depășește valoarea acceptată de contract, modificarea contractului devine substanțială, situație în care modificarea este asimilată, potrivit O.U.G. nr.34/2006, unui nou contract, care trebuie supus unei noi proceduri de atribuire, pentru a se evita afectarea condițiilor inițiale ale competiției. Reclamanta a susținut ca, potrivit jurisprudenței, condițiile inițiale ale competiției nu se referă doar la preț, ci și la alte elemente, cum ar fi durata contractului, volumul lucrărilor necesar a fi achiziționate, caracteristicile bunurilor etc. În această situație, procedura de negociere directă fără publicare de anunț se aplică pe cale de excepție, iar, ca regulă, autoritatea contractantă trebuie să parcurgă o nouă procedură de achiziție, prin reofertarea contractului. Or, antreprenorul a preferat să mențină în vigoare contractul de lucrări, deși avea posibilitatea, potrivit art. 16.1. din Condițiile generale ale contractului, să suspende execuția lucrărilor sau să reducă ritmul de execuție.

- Transformarea de către reclamantă a naturii juridice a pretențiilor din suplimentare a prețului contractului, în despăgubiri solicitate ulterior execuției lucrărilor pretins cauzate de o cauză de imprevizibilitate, încalcă în mod abuziv dispozițiile art.2 și limitele art.242 lit. i) din O.U.G. nr.34/2006. dispoziții care obligă autoritatea contractantă, în raport de valoarea revendicării și a duratei de prelungire, să parcurgă o nouă procedură de atribuire, cele două revendicări, valoarea contractului și durata acestuia, reprezentând factorii de evaluare avuți în vedere la stabilirea criteriilor de atribuire în procedura de selecție (Cap. VI - Criterii de atribuire din caietul de sarcini).

A invocat reclamanta faptul că tribunalul arbitral a încălcat dispozițiile dispozițiilor art. 1269 Cod civil, potrivit căroră: (1) Dacă, după aplicarea regulilor de interpretare, contractul rămâne neclar, acesta se interpretează în favoarea celui care se obligă. (2) Stipulațiile înscrise în contractele de adeziune se interpretează împotriva celui care le-a propus.

A susținut că, în cursul perioadei de atribuire, în dispozițiile contractuale și din corespondența părților, rezultă că antreprenorul și-a asumat riscul rezultat din necesitatea revizuirii PT, atât în ceea ce privește perioada până la care au fost amânate lucrările pentru întocmirea acestuia, cât și în ceea ce privește execuția unor lucrări care nu erau prevăzute în listele de cantități și de prețuri și care nu au fost certificate la plată de către Inginer, astfel:

- În propunerea tehnică, la sub-clauza 1.3. - Test în laboratorul hidraulic - antreprenorul și-a asumat obligația ca, după adjudecarea contractului, să efectueze testul 2D pentru secțiunea în zona materialului de piatră, pe fundul mării și în zona noului cap al digului de larg, precum și testul 3D, ce are ca obiectiv cel mai rău scenariu de caz, luând în considerare toate direcțiile vântului pentru a dovedi corectitudinea proiectului conform setului de criterii. De asemenea, s-a menționat expres faptul că rezultatele testelor de laborator vor fi utilizate pentru proiectul final și planurile lucrării. Prevederea contractuală anterior menționată se coroborează cu sub-clauza 6.5.3. din caietul de sarcini, potrivit căreia, punerea în operă poate începe numai atunci când antreprenorul a realizat un test complet de manipulare pe teren. Rezultă că, în măsura în care revizuirea proiectului tehnic se dovedea a fi necesară ulterior finalizării testelor, lucrările nu puteau începe mai devreme de finalizarea revizuirii proiectului tehnic. În acord cu susținerea anterior menționată, așa cum a arătat mai sus, a fost și inginerul, care i-a semnalat antreprenorului, prin adresa nr.C136 din data de 12.02.2014, că nu este de acord cu faptul că

proiectul digului de larg trebuia să fie potrivit pentru construcție imediată. Activitățile de lucrări au inclus testarea pe model hidraulic pentru verificarea proiectului. “Ar fi trebuit să fie clar faptul că proiectul va fi confirmat pentru construcție doar după teste, mai ales că rareori prima testare pe model hidraulic a unui dig prezintă rezultate satisfăcătoare, astfel antreprenorul ar fi trebuit să prevadă că vor fi necesare ajustări/optimizări la proiect.

- În propunerea tehnică, la art.1.4. - Investigarea solidului, antreprenorul s-a obligat să întocmească un test de laborator, iar în funcție de rezultatul testului, să calculeze tasarea, iar volumul rezultat va fi adăugat la cantitățile teoretice derivate din expertiza inițială și cantitățile provizorii ce vor fi ajustate în consecință. Rezultă că antreprenorul și-a asumat riscul modificării cotelor și cantităților de materiale față de cele exprimate teoretic în documentația de atribuire.

- În setul de clarificări nr.6 la documentația de atribuire, la întrebarea nr. 11, privind solicitarea participanților în procedură de a li se prezenta, de către autoritatea contractantă, fișele de forare și caracteristicile straturilor în care s-au executat probele din tronsonul de dig existent și ale tronsonului construit, precum și caracteristicile geofizice ale terenului din descrierea generală a lucrărilor la proiectului tehnic final, autoritatea contractantă a răspuns că “«există foraje pe traseul digului ce urmează a fi construit. Contractorul are obligația de a executa 2 foraje pe amplasamentul viitorului dig. Datele geotehnice din caietul de sarcini au caracter informativ”

- la întrebarea nr.13, privind solicitarea participanților de a li se confirma că nu există obiecte scufundate în mare care interferează cu lucrarea, autoritatea contractantă a răspuns: “Contractorul este responsabil, conform prevederilor caietului de sarcini (Cap.2 - Ridicările, inspecția vizuală, teste hidraulice de laborator și testarea modelului fizic în laborator), cu realizarea unor măsurători hidrografice pe amplasamentul lucrărilor înainte de începerea acestora. Până în prezent nu sunt obiecte scufundate pe amplasamentul digului ce va fi construit. În orice caz, contractorul are obligația ca înainte de începerea lucrărilor să efectueze o inspecție subacvatică. Dacă în urma măsurătorilor hidrografice rezultă existența unor obiecte scufundate, se va decide la acel moment, de comun acord cu inginerul, consultantul și beneficiarul, funcție de specificul acestora, soluția tehnică ce va fi adoptată pentru rezolvarea acestei situații”.

- În cuprinsul aceluiași set de clarificări, autoritatea contractantă confirmă faptul ca tipul de contract utilizat este contract FIDIC Cartea #####, Ediția 1999, iar Contractorul “are obligația de întocmire a detaliilor de execuție în conformitate cu acesta și cu tehnologia propusă, care vor necesita aprobarea Consultantului”.

- potrivit art.7 alin.(4) și a anexei nr.2 la Legea nr.50/1995 privind autorizarea executării lucrărilor de construcții, executarea lucrărilor de construcții se poate face numai pe baza proiectului tehnic de execuție, inclusiv a detaliilor de execuție, potrivit legii, iar potrivit lit. C din anexa nr.2 - Detalii de execuție, acestea „sunt obligatorii la executarea lucrărilor de construcții și sunt elaborate în baza proiectului tehnic și cu respectarea strictă a prevederilor acestuia, și detaliază soluțiile de alcătuire, asamblare, executare, montare și alte asemenea operațiuni, privind părți/elemente de construcție ori de instalații aferente acestuia și care indica dimensiuni, materiale, tehnologii de execuție, precum și legături între elementele constructive structurale/nestructurale ale obiectivului de investiții, în funcție de complexitatea proiectului și în cazul obiectivelor de investiții a căror funcționare implică procese tehnologice specifice, anumite detalii de execuție se pot elabora/definitiv pe parcursul execuției obiectivului de investiții

(proiectantul va specifica pe planșe care sunt detaliile de execuție ce urmează a fi elaborate/definitivate astfel).”

- Prin adresa nr.920/13.12.2013, antreprenorul transmite beneficiarului faptul că zonele ce urmează a fi detaliate la nivel DDE nu sunt specificate, faptul că descrierea tehnică a activităților în zona de tranziție (km 4+850 - 4+930) nu prezintă descrieri pentru activitățile necesare executării protecției (scoatere blocuri și material) și nu sunt oferite date privind grosimea stratului de blocuri existente, modul lor de aranjare, prin prisma faptului că stabilopozii sunt sensibili la manipulare. De asemenea, transmite o scrie de observații specifice referitoare la zona de tranziție, respectiv faptul că: (i) la zona 4+850 nu există ajustări pentru ridicarea nivelului crestei la +10.00 și a dalei la +7.00; (ii) 4 zone nu există, ca desen (860, 880, 890, 900); (iii) 4+870 arc ajustări determinate de nivelul crestei, însă nu există protecția piciorului conform model fizic, iar activitățile necesită descriere amănunțită; (iv) 4+910 și 920 nu conține descrierea activităților.

Astfel, antreprenorul confirmă că DDE pentru zona de tranziție nu putea fi definitivat, pe parcursul execuției obiectivului de investiții, aspect în raport de care începerea lucrărilor, înainte de finalizarea DDE (care cade, potrivit documentației de atribuire chiar în sarcina Antreprenorului), nu poate fi imputată beneficiarului, potrivit reclamantei.

- Necesitatea revizuirii PT, a finalizării DDE, în funcție de modificările intervenite, a lipsei listelor de cantități și de prețuri pentru lucrările noi, au pus în imposibilitate inginerul să certifice la plată lucrările suplimentare pretinse de către antreprenor, acesta din urmă asumându-și riscul contractului pentru sumele necertificate, din vreme ce sub-clauza 16.1 - Dreptul antreprenorului de a suspenda lucrările - dădea dreptul antreprenorului să suspende lucrările sau să reducă ritmul de execuție până când primea, dacă primea, certificatul de plată sau dovada rezonabilă despre aranjamentele financiare ale beneficiarului. Or, emiterea de adrese, cereri, notificări și tot soiul de petiții adresate de către antreprenor unor diverse organisme de drept public, fără nici o autoritate în execuția contractului sau a bugetului contractului, nu îl absolvă de răspundere în privința riscului asumat cu privire la suportarea unor costuri pretins a fi fost făcute peste valoarea maxim acceptată a contractului. antreprenorul cunoștea sursa de finanțare și procedurile legale pe care beneficiarul era ținut să le parcurgă pentru a aproba sau nu cererile acestuia privind orice plată suplimentară, rațiunea sub-clauzei 16.1 fiind tocmai aceea că antreprenorul își putea proteja interesele până la data la care beneficiarul ar fi avut aprobat bugetul necesar acoperirii acestor costuri, orice continuare a execuției lucrărilor fiind făcută pe riscul și răspunderea sa.

De asemenea, prin răspunsul nr. 13, din Clarificarea nr.6 - identificarea unor obiecte pe fundul mării sau scufundate în zona lucrărilor - obliga antreprenorul să oprească lucrările și să solicite în prealabil beneficiarului și Inginerului instrucțiuni cu privire la soluția tehnică ce se impunea în privința scoaterii clementelor neprevăzute de sub nivelul apei.

Correspondența dintre părți relevă faptul că beneficiarul a condiționat inginerul ca, în prealabil emiterii unei instrucțiuni de scoatere a evedatelor de sub nivelul apei, să solicite antreprenorului o determinare precisă a numărului acestora, precum și prezentarea în detaliu a modalității de scoatere, a utilajelor folosite pentru executarea acestei operațiuni și costul acestor lucrări, cu mențiunea că aceste lucrări nu pot fi executate decât în limita menționată în “Lista de

cantități și descriere de prețuri” întocmită de lptana, orice execuție suplimentară fiind pe riscul antreprenorului.

În proiectul tehnic inițial și în cel revizuit s-a prevăzut faptul că: “prețurile unitare și sumele globale indicate în prezentele liste de cantități vor trebui să cuprindă toate obligațiile contractorului, angajamentele și sarcinile de plată din cadrul contractului chiar dacă sunt sau nu menționate în particular. (...) sumele globale sunt enumerate pe fiecare articol de lucrări care apar în aceste liste. Acolo unde prețurile unitare sunt suplimentar indicate se consideră că este o detaliere a Sumei Globale.”

În răspunsul nr. 1 și nr.2 din Clarificarea la documentația de atribuire, se arată faptul că: „în cadrul devizului general, există poziția “Cheltuieli diverse și neprevăzute” în procent de 9,7% din valoarea totală a obiectivului, în care sunt incluse costurile aferente tuturor situațiilor care pot apărea, inclusiv lucrări similare care pot fi achiziționate ulterior. Noile lucrări ce pot apărea ca necesare vor consta în lucrări similare celor prevăzute în contractul atribuit inițial, respectiv lucrări de construcții de diguri, incluse în capitolul menționat al devizului general. Aceste valori au fost luate în considerare la estimarea valorii contractului inițial.” Se mai arată că: „modalitatea concretă de ajustare este precizată în mod clar în Condițiile generale, Sub-clauza 13.7 - actualizări generate de modificări ale legilor, respectiv 13.8 - Actualizări generate de modificări ale prețurilor, cu completările și adăugirile precizate în cadrul Condițiilor Speciale Obligatorii. Indicii de ajustare a prețului sunt cei precizați în Anexa la ofertă, sursa informațiilor cu privire la evoluția acestora sunt buletinele statistice publicate de INS, așa cum se precizează în Anexa la Ofertă, aferentă Formularului de ofertă”.

Dispozițiile contractuale, art.4.12 - Condiții fizice imprevizibile, art.8.4 - prelungirea duratei de execuție, art. 3.7 - Ajustări generate de schimbări ale legislației, art. 13.8 - Ajustări generate de schimbări ale costurilor, art.14 - Prețul contractului, art.14.7 - Plăți din Condițiile de contract pentru construcții de clădiri și lucrări ingineresti proiectate de beneficiar FIDIC Cartea ##### 1999, art.13.9 - Alte ajustări legale, art.14.1 - Prețul contractului, art.14.7. - Prețul, art.14.8 - întâzieri în efectuarea plăților din Condițiile speciale ale Contractului de lucrări, limitează, potrivit reclamantei, costurile totale ale lucrării la valoarea maxim acceptată a contractului, în timp ce, din documentele prezentate, rezultă că antreprenorul nu a solicitat, iar beneficiarul nu a inițiat procedura reglementată de art.252 din OUG nr.34/2006, pentru modificarea contractului de lucrări prin procedura directă, fără publicare de anunț.

În privința daunelor-interese contractuale admise la plată prin sentința arbitrală a cărei anulare o solicită, a arătat reclamanta că tribunalul arbitral avea posibilitatea să analizeze pretinsul drept al reclamantei prin raportare la dispozițiile art.97 alin.(6) din HG nr.925/2006, însă aceste prevederi au fost exceptate din analiză pe motiv nu sunt aplicabile contractelor FIDIC.

A învederat că, pentru a fi îndreptățită la plata daunelor-interese, pârâta era ținută să facă dovada întinderii prejudiciului efectiv suferit, dovadă pe care nu a făcut-o, și pe care Tribunalul arbitral a ignorat-o, apreciind, cu încălcarea dispozițiilor art.97 alin. (6) din HG nr.925/2006, că daunele-interese contractuale pot fi calculate prin raportare la evaluările Inginerului, iar nu în baza probatoriului administrat, din care a rezultat faptul că pârâta nu deține niciun fel de înregistrări contabile (Concluziile raportului de expertiză contabilă) care să probeze întinderea pagubei efectiv suferite.

Astfel, pentru motivele expuse, reclamanta a solicitat admiterea acțiunii în anulare, anularea sentinței arbitrale nr.16/26.11.2019, pronunțată de către Curtea de Arbitraj Comercial și Maritim de pe lângă Camera de Comerț, Industrie, Navigație și Agricultură Constanța, în dosarul nr.3/2017 și menținerea cauzei spre rejudecare, pronunțând o hotărâre de respingere în tot a pretențiilor reclamate prin capetele de cerere 1.1,1.2, II. I și III.1 din acțiunea arbitrală, adică respingerea pretențiilor în sumă de 21.233.848,80 lei (cu titlu de debit principal rezultat din admiterea în parte a pretențiilor din petitele 1.1 și 1.2), a sumei de 366.553,26 lei (cu titlu de daune moratorii solicitate prin capătul de cerere III. 1) și a dobânzilor contractuale solicitate prin capătul de cerere II.1, cu consecința obligării pârâtei la plata cheltuielilor de judecată ocazionate de soluționarea acțiunii în anularea sentinței arbitrale.

În drept, a invocat dispozițiile art. 608 alin. (1) lit. h) și art. 613 C.proc.civ., precum și orice alte dispoziții expres menționate în cuprinsul cererii sau care ar fi aplicabile potrivit legii.

Prin întâmpinarea formulată și depusă la dosar la data de 05.02.2020, pârâta #### Oord Dredging and Marine Contractors BV a solicitat respingerea acțiunii în anulare și obligarea reclamantei la plata cheltuielilor de judecată.

Pârâta a arătat că reclamanta critică sentința arbitrală cu privire la modul de soluționare a capătului 1.1 și, corelativ, a capătului de cerere prin care s-a soluționat accesoriul, susținând, în esență, că au fost încălcate prevederile OUG 34/2006 și ale HG 925/2006, respectiv principiile care guvernează procedura de achiziție publică, pe de o parte, iar, pe de altă parte, prevederile relative la modul de ajustare al prețului contractului de achiziție publică și pe cele relative la obligația autorității contractante de a determina valoarea estimată a contractului de achiziție publică.

Pârâta a susținut că criticile reclamantei sunt nefondate, arătând că Tribunalul Arbitral, prin sentința atacată, a obligat Beneficiarul la plata unor daune interese pentru executarea necorespunzătoare a unei obligații contractuale și a respins solicitarea principală a Antreprenorului, de obligare a Beneficiarului la plata costurilor de staționare și costurilor aferente extinderii de timp cu titlul de preț, apreciind că, în cauză, sunt întrunite elementele răspunderii contractuale, respectiv fapta ilicită, prejudiciu, legătură de cauzalitate și culpa Beneficiarului.

Daunele interese contractuale, astfel cum au fost acordate de către Tribunalul Arbitral, nu au niciun impact asupra Prețului Contractului și/sau Valorii de Contract Acceptate și, în consecință, toate criticile reclamantei relative la modalitățile de majorare a Prețului Contractului, ajustarea Prețului, condițiile, cazurile și limitele în care se poate majora/ajusta Prețul Contractului sunt lipsite de temeii, conform pârâtei, întrucât se referă la o situație absolut ipotetică care nu se regăsește în sentința arbitrală atacată.

A mai susținut că nu există nicio normă, în legea generală sau în legea specială, care reglementează regimul juridic al achizițiilor publice care să prevadă faptul că obligarea unei autorități contractante la plata unor daune interese contractuale, în caz de neexecutare a unei obligații contractuale, este condiționată de organizarea unei proceduri de achiziție publică, în cazul în care modificarea este substanțială sau încheierea unui act adițional, în cazul în care modificarea nu este substanțială.

Obligarea unei autorități contractante la plata daunelor interese, în cazul îndeplinirii sau neîndeplinirii corespunzătoare a unei obligații, nu reprezintă o modificare substanțială a

contractului de achiziție public, potrivit pârâtei, întrucât nu s-au introdus condiții care să fi permis participarea, selectarea sau atribuirea contractului unui alt ofertant; nu s-a schimbat echilibrul economic al contractului în favoarea Antreprenorului; nu s-a extins aria de acoperire a contractului cu bunuri, servicii sau lucrări care nu erau incluse inițial în obiectul contractului.

A considerat că obligarea unei autorități contractante la plata daunelor interese nu este și nu poate fi condiționată de încheierea unui act adițional de majorare a Valorii de Contract Acceptată întrucât, în această situație, dreptul legal la dezdăunări al Antreprenorului ar depinde exclusiv de voința autorității contractante.

De asemenea, obligarea unui autorități contractante la plata unor daune interese contractuale nu încalcă principiile prevăzute de art. 2 din OUG nr. 34/2006, de vreme ce, pe de o parte, dreptul Antreprenorului la dezdăunări rezultă chiar din lege, iar, pe de altă parte, contractul de achiziție publică prevede în mod expres obligația Beneficiarului de a plăti costuri Antreprenorului, în cazul în care Beneficiarului nu își îndeplinește anumite obligații contractuale. Mai mult, dreptul la dezdăunări, pe care îl are orice subiect de drept, în sistemul Codului Civil, cu atât mai mult în cazul raporturilor de drept administrativ, este în deplină concordanță cu obligarea unei autorități contractante la plata de daune interese contractuale.

Obligarea autorității contractante la plata unor daune interese nu încalcă, în viziune pârâtei, prevederile art.25 din OUG nr.34/2006 privind obligația autorității contractante de a estima valoarea contractului de achiziție publică, estimare care poate cuprinde numai ce, în mod rezonabil, autoritatea contractantă poate să estimeze și să anticipeze, la momentul procedurii de achiziție publică. Or, a arătat pârâta că este evident că nu se puteau anticipa sau cuprinde în VCA daunele interese care au fost generate de neexecutarea obligației prevăzute de sub-clauza 1.9.

Pentru considerentele mai sus evocate, a solicitat a se constata că acțiunea reclamantei este lipsită de interes, criticile acesteia vizând cererea principală, formulată de către pârâta cerere care a fost respinsă de către Tribunalul Arbitral.

În subsidiar, a arătat că reclamanta confundă și, în mod nelegal, pune semnul egalității între Prețul Contractului și Valoarea de Contract Acceptată.

Reclamanta susține că Prețul Contractului nu poate depăși Valoarea de Contract Acceptată (VCA), astfel cum a fost modificată prin Actul Adițional nr.2/02.11.2015 [Vol. I - filele 127-128 ] pentru că, astfel, s-ar ajunge în situația unei modificări substanțiale a Contractului, modificare posibilă numai în contextul în care s-ar fi organizat o procedură de atribuire conform prevederile OUG 34/2006.

Cu alte cuvinte, Reclamanta susține faptul că Prețul Contractului nu poate fi mai mare decât suma de 552.089.409 lei fără TVA, reprezentând VCA majorată prin Actul Adițional nr. 2. Simplu spus, pe o linie de consecvență logică, a accepta susținerea formulată de către Reclamantă, înseamnă a accepta ideea că pârâta are dreptul numai la valoarea lucrărilor ale căror cantități au fost estimate în Listele de Cantități inițiale și ajustarea calculată numai până la momentul încheierii Actului Adițional nr.2, întrucât acestea sunt componentele VCA majorată prin Actul Adițional nr. 2.

De asemenea, a accepta aceasta susținere înseamnă că niciodată pârâta nu are dreptul la costuri, conform clauzelor contractuale care reglementează acest drept al Antreprenorului, întrucât aceste costuri care au fost stabilite, ulterior, de către Inginer, în executarea Contractului, în mod evident nu au fost incluse în VCA.

Concluzia la care se ajunge, urmând acest raționament al reclamantei cu privire la identitatea dintre Prețul Contractului și VCA, este total contrară spiritului și esenței contractului FIDIC ##### - PRIMA EDIȚIE 1999, conform părâtei, fiind vorba despre un tip de contract remăsurabil, bazat pe o lista de cantități estimate, potrivit căruia Beneficiarului are obligația de a plăti cantitățile real puse în operă și măsurate de Inginer și, în niciun caz, cantitățile estimate pe baza cărora s-a format VCA.

Conform Sub-clauzei 1.1.4.1 CG, „Valoarea de Contract Acceptata înseamnă valoarea acceptată în scrisoarea de acceptare pentru execuția și terminarea lucrărilor și remedierea tuturor defectelor”. Valoarea acceptată, de 420.451.160 lei fără TVA, a reprezentat oferta financiară a părâtei, întocmită pe baza Listelor de Cantități care făceau parte din documentația de atribuire, liste care cuprindeau cantități estimate și care au fost emise înainte de revizuirea Proiectului Tehnic.

Cu referire la limitarea Inginerului de a emite CIP-uri, semnificativ pentru analiza este Sub-clauza 14.6, potrivit căreia: „Fără a prejudicia niciun drept al Antreprenorului ce decurge din Contract sau în alt mod, Inginerul nu poate emite un Certificat Interimar de Plată care ar face ca valoarea cumulată aprobată pentru plata să depășească VCA sau orice valoare convenită ulterior de Beneficiar și Antreprenor.

Aplicând regula de interpretare stabilită de art.1266 alin.1 Cod Civil, rezultă că voința concordantă a părților a fost de a stabili prin VCA numai o limită în care Inginerul are dreptul de a emite Certificate Interimare de Plată și în niciun caz o limitare a Prețului Contractului care să prejudicieze dreptul Antreprenorului de a primi Prețul Contractului la momentul și maniera prevăzută în Contract.

Prețul plătit Antreprenorului este Prețul Contractului așa cum acesta este definit de Sub-clauza 1.1.4.2. ca Preț al Contractului pe care Beneficiarul s-a obligat să îl plătească cu privire la lucrările măsurate și care este supus ajustării conform prevederilor Contractului.

Atâta vreme cât prin Contract (pct. 4 din Acordul Contractual) s-a stabilit obligația Beneficiarului de a plăti Antreprenorului Prețul Contractului la momentul și în maniera prevăzută de Contract tot prin Contract s-a stabilit și dreptul corelativ al Antreprenorului de a primi Prețul Contractului fără a i se putea opune VCA care reprezintă numai o limită impusă Inginerului, personal al Beneficiarului.

Prin urmare, există o diferență între obligația Beneficiarului de a plăti Antreprenorului Prețul Contractului și limitarea impusă autorității Inginerului de a emite CIP-uri. În acest sens, CSD prin Decizia # pct. 3.1.9 reține că limitarea asupra autorității Inginerului de a emite CIP-uri “constrânge doar mecanismul de plată și nu poate fi echivalată cu obligația Beneficiarului de a plăti.”

Astfel, CSD arată că VCA este un număr fix care nu evoluează în mod automat prin aplicarea diverselor prevederi contractuale în timp ce Prețul Contractului evoluează dinamic, fără act adițional, iar obligația Beneficiarului de a plăti este legată de Prețul Contractului și nu de VCA.

Prețul Contractului reprezintă o cifră dinamică și variabilă care evoluează conform clauzelor contractuale în funcție de cum avansează Proiectul.

Diverse mecanisme contractuale ce descriu obligațiile și răspunderile părților în baza Contractului duc la această evoluție dinamică cum ar fi: Sub-clauza 1.9, Clauza 12, Clauza 13

etc. Simpla operare a acestor clauze va genera în mod automat creșteri nete în Prețul Contractului comparativ cu VCA.

Interpretarea dată de CSD este confirmată și de către ICCJ care prin Decizia ##### reține că: “ Că aceste costuri suplimentare puteau însă să depășească prețul stabilit forfetar, se susține pe distincția dintre valoarea acceptată și prețul contractului. Valoarea acceptată a contractului este definită în condițiile generale în subclauza 1.1.4.1 și a fost modificată prin Actul adițional 4 din 25 februarie 2009 la 13.433.602,27 euro. Distinct însă de aceasta, în subclauza 1.1.4.2, prețul total al contractului se determină, concordant subclauzei 14.1, dintr-o serie de componente, incluzând valoarea acceptată, costuri suplimentare și este ajustabil în conformitate cu derularea contractului.

Rezultă, așadar, că realizarea de către reclamantă a echivalenței între valoarea acceptată și prețul total al contractului, pentru justificarea greșitei aplicări a legii nu este corectă și în mod justificat motivul de anulare determinat pe acest argument a fost respins.”

Jurisprudența citată relevă, fără niciun dubiu, faptul că VCA, în cadrul unui contract de tip FIDIC, nu poate fi considerată o limită maximă a Prețului Contractului, ci numai o componentă a acestuia alături de alte costuri suplimentare care își au temeiul în aplicarea clauzelor contractuale.

Potrivit prevederilor art.1268 Cod Civil, “orice clauză contractuală se interpretează în sensul în care poate produce efecte și nu în acela în care nu ar putea produce niciunul”, or, acceptarea susținerii reclamantei relative la faptul că Prețul Contractului nu poate depăși VCA lipsește de efect sub-clauza 1.9 CS dar și celelalte clauze care reglementează dreptul Antreprenorului de a primi costuri cu titlu de Preț în cazul în care acestea sunt convenite sau determinate de către Inginer prin hotărâri, conform sub clauzei 3.5 CG.

De asemenea, prin sub-clauza 4.11 CG relativă la suficiența valorii de contract acceptată se menționează „cu excepția altor prevederi ale Contractului, VCA acoperă toate obligațiile Antreprenorului potrivit prevederilor Contractului”.

Prin urmare, utilizarea sintagmei „cu excepția altor prevederi ale Contractului” confirmă interpretarea potrivit căreia pot exista prevederi ale Contractului care să conducă la depășirea VCA cum este cazul prevederilor contractuale care reglementează dreptul Antreprenorului de a primi costuri convenite sau stabilite de către Inginer cu titlu de Preț al Contractului în situația în care se depășește durata de execuție din cauza unor evenimente pentru care Beneficiarul și-a asumat răspunderea contractuală.

Având în vedere cele de mai sus, a susținut pârâta că rezultă, cu puterea evidenței, că obligarea Beneficiarului la plata restului de preț nu reprezintă o modificare substanțială a contractului de achiziție publică, care necesită o nouă procedură de achiziție publică, ci aplicarea mecanismelor contractuale.

În plus, Actul Adițional nr.2 a fost încheiat în baza Actului Adițional nr.#####.10.2015, la contractul de finanțare al Proiectului Prelungirea digului de larg al Portului Constanta încheiat între Ministerul Fondurilor Europene (autoritate de management) și pârâta. Prin acest Act Adițional nr.#####.10.2015, valoarea totală a Proiectului a fost majorată la 781.612.091 lei și au fost modificate pct. 11 relativ la detalierea cheltuielilor pe categorii și pct. 13 planul de achiziții.



Astfel, se remarca faptul că au fost stabilite și s-a asigurat sursa de finanțare pentru doua categorii de cheltuieli, și anume:

- Lucrări/cantități suplimentare/adiționale în valoare de 40.783.763 lei reprezentând 9.099.253 Euro;

- Diverse și neprevăzute în valoare de 56.305.350 lei reprezentând 12.562.270 Euro;

Ambele categorii de cheltuieli se referă strict la Contractul de construcție Digul de larg și totalizează o sumă cumulată de 97.089.113 lei.

În Planul de achiziții s-au prevăzut, de asemenea, pozițiile pentru care se vor organiza proceduri de achiziție publică și pozițiile pentru care nu se organizează proceduri de achiziție publică.

Astfel, la punctele 12 și 13 din Planul de achiziții, se menționează expres faptul că pentru pozițiile de diverse și neprevăzute în valoare de 56.305.350 lei și lucrări/cantități suplimentare/adiționale în valoare de 40.783.763 lei nu se vor organiza proceduri de achiziții publice.

Cu toate acestea, deși se majorase valoarea Proiectului și, au fost aprobate de către Autoritatea de management poziții și valori diferite pentru diverse și neprevăzute, lucrări/cantități suplimentare/adiționale, Beneficiarul a încheiat Actul Adițional nr.2 numai pentru lucrări/cantități suplimentare/adiționale în valoare de 40.783.763 lei și nu a majorat VCA și cu poziția de diverse și neprevăzute care fusese deja aprobată de autoritatea de management.

Prin urmare, chiar autoritatea de management prin Actul Adițional 3 la contractul de finanțare infirmă susținerea reclamantei relativă la limitarea Prețului Contractului la VCA, astfel cum a fost stabilită prin Actul Adițional nr. 2.

Actul Adițional 3 la contractul de finanțare probează faptul că VCA putea fi majorată și exista și sursa de finanțare cu o poziție de diverse și neprevăzute în valoare de 56.305.350 lei, poziție pe care Beneficiarul a ignorat-o complet preferând să refuze plăți care ar fi intrat în sfera de aplicare a categoriei de cheltuieli diverse și neprevăzute.

În concluzie, motivul de anulare invocat de reclamantă relativ la limitarea prețului contractului la nivelul VCA stabilită prin Actul Adițional 2 la Contractul de lucrări pentru prelungirea digului de larg este nefondat și solicită respingerea ca atare.

Referitor la critica reclamantei, potrivit căreia acordarea sumelor solicitate prin capătul 1.1 din cererea arbitrală, cu titlu de Preț sau daune interese contractuale, reprezintă o modificare substanțială a contractului de achiziție publică, pârâta a apreciat că aceasta susținere este nelegală.

Conform jurisprudenței CJUE, astfel cum a specificat Comisia Europeană (prin DGMarkt) în Adresa nr. Ares (2012) 601434-###/05/2012, modificarea unui contract în cursul perioadei sale de valabilitate este considerată substanțială atunci când, prin această modificare, contractul devine substanțial diferit față de cel încheiat inițial.

O modificare este considerată substanțială atunci când este îndeplinită una dintre următoarele condiții:

a) Modificarea introduce condiții care, dacă ar fi fost incluse în procedura inițială de achiziție, ar fi permis participarea și/sau selectarea altor operatori economici decât cei selectați inițial sau ar fi permis atribuirea contractului unui alt ofertant.

b) Modificarea schimbă echilibrul economic al contractului în favoarea contractantului.

c) Modificarea extinde în mod considerabil aria de acoperire a contractului, astfel încât acesta să includă bunuri, servicii sau lucrări care nu erau incluse inițial.

De asemenea, în interpretarea actelor normative primare și secundare care reglementau contractul de achiziție publică a fost emisă Instrucțiunea nr.1/2016 privind modificarea contractului de achiziție publică, instrucțiune invocată și de către reclamantă.

Potrivit acestei instrucțiuni, în cazul în care contractul prevede despăgubiri ca urmare a nerespectării de către o parte contractantă a obligațiilor sale contractuale sau ca urmare a producerii unui eveniment aflat în responsabilitatea acestei părți despăgubirile vor fi aplicate/plătite fără a fi considerate modificări și fără derularea unei proceduri de achiziție publică, cu condiția ca metoda aferentă să fie explicit menționată în contract.

În acest sens, s-a prevăzut ca plata unor costuri suplimentare și/sau prelungirea perioadei de execuție urmare a unor revendicări în cazul contractelor de lucrări de tip FIDIC sunt considerate despăgubiri, iar metoda de determinare a lor este stabilită în contract.

Astfel fiind, sumele solicitate de către Antreprenor prin capătul 1.1 din cererea de arbitraj reprezintă costuri stabilite de către Inginer prin hotărâre, în conformitate cu Sub-clauzele 1.9 CS, 3.5 CG și 20.1 CG, urmare a revendicărilor formulate de către Antreprenor, revendicări determinate de eșecul proiectului tehnic final la testele 2D, proiect tehnic care nu a rezistat la condițiile de val și furtună.

Aceste sume au natura juridică a unor despăgubiri care, prin sub-clauza 1.9 CS au fost limitate de către părți la costurile înregistrate de către Antreprenor urmare a producerii evenimentului aflat în responsabilitatea Beneficiarului (erorile de proiectare au fost asumate de Beneficiar ca riscuri aflate în sarcina sa).

De asemenea, prin sub-clauza 1.9 CS s-a stabilit că aceste costuri, în măsura în care sunt determinate de Inginer prin hotărâre, conform Sub-clauzei 3.5 CG, vor fi incluse în Prețul Contractului.

Așa cum a arătat în Considerațiile juridice generale aceste costuri au fost ulterior certificate de către Inginer și Beneficiarul are obligația să le plătească, certificarea având valoarea juridică a unor recunoașteri în sensul de negotium și valoarea juridică a unor acte administrative individuale ale reclamantei în sensul de instrumentum.

Astfel fiind, este indubitabil faptul că admiterea cererii Antreprenorului de obligare a Beneficiarului la plata costurilor determinate de către Inginer conform sub-clauzei 1.9 indiferent de natura juridică a acestora preț sau despăgubiri nu reprezintă o modificare a contractului și cu atât mai mult o modificare substanțială a acestuia, ci doar aplicarea prevederilor contractului.

Aceste clauze în baza cărora Inginerul a acordat costuri Antreprenorului au fost cunoscute de către toți ofertanții fiind clauze cuprinse în partea reglementată a contractului de achiziție publică, respectiv acea parte a contractului care s-a impus prin documentația de atribuire tuturor participanților la procedura de achiziție publică asigurându-se respectarea principiilor reglementate de art. 2 din OUG 34/ 2006.

În concluzie, a considerat pârâta că motivul de anulare invocat de reclamantă este nefondat și va solicita să fie respins ca atare.

În ce privește dispozițiile art.97 din HG 925/2006, relative la ajustarea prețului contractului, pârâta a învederat că nu sunt incidente, în cauză,

În opinia reclamantei, Tribunalul Arbitral a încălcat dispozițiile art.97 din HG ##### și Sub-clauzele 13.7 și 13.8 CS întrucât prin admiterea în parte a capătului 1.1 și a celui accesoriu acestuia din cererea de arbitraj, a procedat la o ajustare a Prețului Contractului fără a fi îndeplinite condițiile din legale.

Pârâta a arătat că critica reclamantei este nefondată întrucât, pe de o parte, confundă în mod deliberat modificarea prețului contractului cu ajustarea prețului, iar, pe de altă parte, invocă încălcarea unor prevederi legale și contractuale care nu sunt incidente în cauză și nici nu au fost avute în vedere de către Antreprenor, la fundamentarea reclamației sale pentru costuri suplimentare.

Ajustarea prețului nu trebuie confundată cu modificarea prețului întrucât modificarea prețului reprezintă: fie o consecință a modificării cantităților estimate prevăzute în listele de cantități parte din contract, cantități pe baza cărora s-a formulat oferta financiară a Antreprenorului care a devenit VCA; fie o suplimentare a obiectului contractului cu lucrări noi al căror preț este determinat de către Inginer pe baza mecanismelor contractuale agreeate.

Aceasta modificare a cantităților sau a lucrărilor peste procentul de diverse și neprevăzute reprezintă o modificare substanțială pentru care, ca regulă generală, trebuie organizată o procedură de atribuire și în cazul în care modificarea cantităților sau a lucrărilor este sub acest procent este considerată o modificare nesubstanțială care nu impune organizarea unei proceduri de atribuire.

Spre deosebire de modificarea prețului, ajustarea reprezintă un mecanism care combate ruperea echilibrului contractual generată de modificarea condițiilor de cost avute în vedere de către constructor la data întocmirii ofertei sale și care își găsește rațiuni comune cu teoria impreviziunii reglementată, în prezent, de dispozițiile generale ale art. 1271 Cod civil.

În sprijinul concluziei anterioare trebuie reamintit, pe de o parte, că antrepriza de construcții reprezintă un contract comutativ în cadrul căruia, în accepțiunea art.1173 Cod civil, drepturile și obligațiile părților sunt certe, iar întinderea lor nu trebuie să depindă de evenimente viitoare care pot crea avantaje semnificative în favoarea uneia sau alteia din părți fără o contraprestație.

Pe de altă parte, prețul contractului de antrepriză nu se determină aleatoriu, ci reprezintă rezultatul însumării unor prețuri unitare pentru diverse categorii de lucrări și care, fiecare în parte, reprezintă o rețetă compusă din suma costurilor estimate de ofertant la data întocmirii ofertei financiare.

În raport de durata contractelor de lucrări sau de durata procedurilor de achiziție condițiile de cost pot suferi schimbări majore între data întocmirii ofertei și data la care costurile sunt efectiv ocazionate, iar valoarea prețurilor unitare oferite poate să fie esențial modificată.

În cauză, pârâta nu a solicitat prin cererea arbitrală o ajustare a prețurilor unitare din oferta sa financiară pentru articole din listele de cantități motivat de faptul că s-au produs acele împrejurări reglementate legal și contractual care au generat o majorare a costurilor avute în vedere la stabilirea prețurilor unitare oferite. Numai în această ipoteză se pot aduce în discuție dispozițiile legale și contractuale care reglementează ajustarea prețului contractului.

Astfel, pârâta nu a invocat în cererea arbitrală nici modificări ale legilor și nici evenimente imprevizibile în fundamentarea reclamației sale pentru acordarea costurilor de staționare și aferente prelungirii duratei de execuție.

Reclamația sa pentru costuri a fost fundamentată pe prevederile sub-clauzei 1.9 CS și a fost admisă de către inginer, care pe de o parte, a prelungit durata de execuție iar pe de altă parte a acordat în parte costurile solicitate de către Antreprenor.

Reclamația Antreprenorului a fost determinată de eșecul Beneficiarului de a-i pune la dispoziție un proiect tehnic final la data de începere a lucrărilor de construcție și de eșecul Inginerului de a furniza planșele și instrucțiunile care să permită Antreprenorului să lucreze concomitent pe cele 3 zone ale proiectului.

Astfel, costurile acordate Antreprenorului de către inginer în temeiul sub-clauzei 1.9. CS, certificate la plata și facturate de către Antreprenor nu reprezintă o ajustare a preturilor unitare prevăzute în Listele de Cantități și pe cale de consecință examinarea cererii de obligare la plată a Beneficiarului cu privire la aceste costuri nu poate fi analizată raportat la normele legale și contractuale care reglementează ajustarea prețului contractului.

În concluzie, motivul de anulare invocat de reclamantă este nefondat și solicită sa fie respins ca atare.

Referitor la criticile reclamantei relative la lipsa culpei sale, a susținut pârâta că și acestea sunt nefondate.

Pe parcursul soluționării cauzei, atât în fața Tribunalului Arbitral, cât și în prezenta acțiune în anulare, reclamanta a invocat o culpă concurentă a Antreprenorului, sumarizată astfel:

- Antreprenorul a avut întârzieri în realizarea testelor 2 D, 3 D și inspecțiilor vizuale și aceste întârzieri au generat întârzieri în revizuirea proiectului tehnic;

- Antreprenorul ar fi trebuit să știe că proiectul tehnic prezentat ca proiect tehnic final în documentația de atribuire nu este de fapt final și va trebui să fie revizuit de vreme ce s-a stabilit faptul că acesta ar trebui să fie testat;

- Antreprenorul a acceptat că vor exista întârzieri generate de revizuirea proiectului tehnic final și, în consecință, și-a asumat acest risc și deci nu mai este îndreptățit să pretindă costuri pentru staționarea utilajelor sale și costuri pentru articolele care au trebuit să fie menținute și pe perioada cu care s-a extins durata de execuție de către inginer.

A susținut pârâta că aceste afirmații sunt pur speculative și, prin abundență de date, informații și înscrisuri, evocate fără absolut nici o relevanță, se încearcă a se crea o aparență de seriozitate pentru aceasta teorie a reclamantei. Susține că este o teorie întrucât niciodată pe parcursul executării contractului reclamanta nu a invocat o întârziere a Antreprenorului în îndeplinirea obligației de testare sau de realizare a inspecției și nici nu a contestat hotărârile prin care a fost extinsă durata de execuție pentru întârzierile generate de revizuirea proiectului tehnic, fracționarea instrucțiunilor inginerului de a lucra pe zone de proiect și întârzierile generate de emiterea instrucțiunii de lucru pe zona de tranziție.

În combaterea susținerilor reclamantei, solicită a se avea în vedere apărările pârâtei probate de înscrisurile administrate în cauză, dar și de expertiza hidrotehnică, apărări care vor fi dezvoltate în paragrafele următoare.

Riscul revizuirii Proiectului tehnic a fost prevăzut în sarcina Beneficiarului. În Sub-clauza 17.3 CS care reglementează evenimentele de risc în sarcina Beneficiarului, acest risc a fost definit și prevăzut astfel: „proiectarea oricărei părți din Lucrări de către Personalul Beneficiarului sau de alte persoane pentru care este responsabil Beneficiarul”.

Mai mult decât atât, Beneficiarul în Clarificarea nr. 6 răspunsul la întrebarea 6, specifică în mod clar faptul că problemele legate de defectele de proiectare incumbă exclusiv Beneficiarului deoarece tipul de Contract utilizat este FIDIC Cartea #####.

Proiectul Tehnic Final a fost pus la dispoziția Antreprenorului prin Documentația de Atribuire ca Proiect Tehnic Final, după cum se menționează și pe fiecare pagină a acesteia în dreapta sus "proiect tehnic final".

Revizuirea Proiectului Tehnic Final nu a fost convenită de către părți prin Acordul Contractual, ci s-a impus ca urmare a efectuării de către Antreprenor a testelor 2D pe secțiunile PN 530 și PN 580, teste din care a rezultat că Proiectul Tehnic Final, parte din Documentația de Atribuire nu este stabil în condițiile de val și furtună. Cu alte cuvinte, secțiunile de dig modelate conform proiectului tehnic final din documentația de atribuire nu au rezistat la testele de laborator.

Extinderea duratei de execuție și costurile stabilite de inginer și solicitate de către antreprenor sunt o consecință a neîndeplinirii de către beneficiar a obligației de a pune la dispoziția antreprenorului la data de începere a lucrărilor a unui Proiect Tehnic Final pe baza căruia să poată fi realizate lucrările de construcție.

Astfel, antreprenorul nu a putut să înceapă lucrările la data de 5.07.2013 data stabilită în Programul de execuție și a fost obligat să procedeze la testări și retestări ale diverselor versiuni de Proiect înaintate de către beneficiar.

## data de 13.08.2013 antreprenorul a fost obligat urmare a primirii unei Instrucțiuni din partea inginerului să înceapă lucrările numai la zona de nucleu și la data de 5.10.2013 utilajele antreprenorului au început să intre în staționare, întrucât acestea fuseseră mobilizate să lucreze concomitent pe cele 3 zone ale digului conform prevederilor Caietului de Sarcini. În contextul în care nu fusese predat proiectul tehnic revizuit și emise Instrucțiunile de lucru pe celelalte zone ale digului, antreprenorul nu a putut să mai folosească utilajele mobilizate, care au intrat pe rând în staționare.

Beneficiarul a predat către antreprenor următoarele versiuni intermediare și versiuni finale de Proiect Tehnic revizuit:

- ## data de 13.11.2013, prin adresa 3368 a fost predată de către beneficiar o versiune de Proiect Tehnic Revizuit;

- ## data de 29.11.2013, Beneficiarul a predat prin delegat o variantă alternativă a Proiectului Tehnic Revizuit.

- ## data de 12.12.2013, prin adresa 3674, Beneficiarul a predat varianta Revizia 2 a Proiectului Tehnic;

- ## data de 19.12.2013, Beneficiarul a avizat varianta 2 a Proiectul Tehnic Final Revizuit în ședința Consiliului Tehnico Economic;

- ## data de 23.12.2013, prin adresa 3775 Beneficiarul a informat Antreprenorul și Inginerul asupra faptului că în ședința Consiliului Tehnico Economic a fost avizat Proiectul Tehnic Final Revizuit.

- ## data de 09.01.2014, prin adresa nr.29 Beneficiarul a transmis Listele de Cantități și Descrierea Lucrărilor aferente privind completarea proiectului cu activitățile necesare a se executa în zona de tranziție.

Aceste predări, coroborate cu modul și datele la care au fost emise cele 4 instrucțiuni de către Inginer probează fără putință de tăgadă executarea neconformă a obligației asumate de către Beneficiar de pune la dispoziția Antreprenorului un proiect tehnic pe baza căruia la data de 05.07.2013 să poată fi începute pe toate cele 3 zone (cap, trunchi, zona tranziție) lucrările de construcție la digul de larg.

În ceea ce privește executarea și predarea către Beneficiar a studiilor, testelor și inspecțiilor prevăzute în sarcina Antreprenorului, aceasta obligație a fost îndeplinită de către Antreprenor în termenele prevăzute în Programul de Execuție de Baza parte din Contract și prin urmare susținerea Reclamantei este neîntemeiată.

Conform Caietului de Sarcini, obligațiile Antreprenorului relative la teste și inspecții au fost:

I. Ridicări ale profilelor - Caiet Sarcini Cap 2.2 (Ridicarea profilelor), înainte de elaborarea Proiectului Final de Execuție și începerea lucrărilor, Antreprenorul avea obligația efectuării de ridicări ale profilelor denumite de către părți în corespondența și în documentele întocmite "Măsurători hidrografice".

II. Inspecția vizuală - Caiet Sarcini Cap 2.3 (Inspecția vizuală), Antreprenorul avea obligația efectuării unei Inspecții vizuale a digului existent pe zona de racord și pe cea cu material pietros existent;

III. Teste hidraulice de laborator (teste 2D) - Caiet Sarcini Cap 2.6 (teste hidraulice de laborator). Antreprenorul avea obligația de a executa, în conformitate cu Lista de Cantități nr. 01 articolul 01/03, o singura testare hidraulica în laborator 2D;

IV. Testarea la scară, în laborator a modelului fizic (Testele 3D) - Caiet Sarcini Cap 2.7 (testarea la scara, în laborator a modelului fizic). Antreprenorul avea obligația efectuării de teste la scară în laborator a modelului fizic în zona de racord și în zona capului digului.

Obligația antreprenorului relativă la Ridicări ale profilelor - Caiet Sarcini Cap 2.2 a fost realizată conform Programului de Baza (2) linia 130, între 31.05.2013 - 21.06.2013, astfel:

- în data de 16.04.2013, prin adresa 283285 – VODMC – 71 [Vol. XLV] Antreprenorul a predat Raportul cu privire la măsurătorile hidrografice; măsurătorile hidrografice au avut loc pe parcursul lunii martie 2013;

- în data de 22.04.2013, prin adresa 283285-VODMC-81 [Voi XLV],

Antreprenorul a predat Raportul cu privire la măsurătorile hidrografice ce conține raport scris, plan, CD conform indicațiilor Inginerului;

- în data de 11.06.2013, prin adresa 283285-VODMC-220 [Voi XLVI], Antreprenorul a predat încă un raport de măsurători hidrografice revizuit.

După cum bine se poate observa, obligația Antreprenorului a fost îndeplinită cu mult înainte de termen și îndeplinirea acestei obligații conform termenului din Programul de Bază (2) este confirmată și de către Inginer în Rapoartele sale aferente lunilor martie 2013, aprilie 2013, mai 2013.

Obligația Antreprenorului relativă la inspecția vizuală - (vezi Caiet Sarcini Cap 2.3), conform Program de Baza (2) - Activitatea 49, a fost programată între 08.04.2013 - 31.05.2013.

În Raportul de Progres lunar aferent lunii aprilie 2013, transmis de Antreprenor cu adresa 283285-VODMC-149 [Voi XLI] la pct.7 „Operații de ridicare topografica”, se specifică faptul că

între 18 și 20 martie 2013 au avut loc prospecțiuni preliminare în prezența unor martori și inspecție vizuală.

În Raportul Inginerului din aprilie 2013 [Vol. XLI] se specifică faptul că pe 04.04.2013 a fost aprobată procedura de lucru pentru inspecția cu scafandrii.

În anumite cazuri, condițiile reale din teren pot împiedica executarea anumitor operațiuni atunci când au fost programate. Astfel este cazul inspecției subacvatice care a fost amânată din cauza condițiilor meteorologice (Raport progres Antreprenor emis pe luna Aprilie 2013 [Vol. XLI]).

În Punctul de vedere specialitatea FIDIC - Consilierul Parte al Antreprenorului retine pag 48 „Din documentele analizate, rezultă că în această perioadă, scafandrii nu au putut intra în apă pentru efectuarea inspecției, datorită condițiilor meteo, respectiv, întârzierea nu poate fi atribuită Antreprenorului, lucru confirmat și de Inginer - vezi și ##### Antreprenor și Inginer, din Aprilie 2013.”

În data de 18.06.2013, Raportul de inspecție vizuala a fost predat către Beneficiar (adresa VODMC 243/18.06.2013 - [Vol. XLVI]).

Deși din cauza unor condiții meteorologice nefavorabile raportul de inspecție vizuală nu a fost predat către Beneficiar conform Programului de Bază (2), această activitate a Antreprenorului nu condiționează revizuirea Proiectului Tehnic de către Proiectantul Beneficiarului, rezultatul acesteia fiind relevant numai pentru întocmirea DDE-urilor, conform pct. 2.4 din Caietul de Sarcini.

Așa cum este definit în Caietul de Sarcini Cap 2.3 - Inspecția vizuală și Cap 2.4 - Rezultate, rezultatele inspecției vizuale erau necesare doar pentru elaborarea DDE-urilor care, în mod evident, puteau fi elaborate numai după finalizarea reviziei Proiectului Tehnic.

Cum finalizarea revizuirii Proiectului Tehnic s-a petrecut abia în Ianuarie 2014 și evident, ulterior acestei date au fost predate și DDE-urile, rezultă că predarea rezultatelor inspecției vizuale în Iunie 2013, chiar și ulterior perioadei prevăzute în Programul de Bază (2), nu a influențat și nici nu avea cum să influențeze în nici un fel sarcinile/activitățile aflate în responsabilitatea Beneficiarului.

Obligația Antreprenorului relativă la o singură testare hidraulică în laborator (teste 2D) - Caiet Sarcini Cap 2.6 a fost realizată conform Programului de Baza (2) linia 47, între 08.03.2013 - 21.06.2013, astfel:

- în data de 30.04.2013, prin adresa 283285-VODMC-105 [Vol. XLV], antreprenorul anunța că va face testarea utilizând noile date de proiectare, respectiv, înălțimea de val crescută, conform studiului de val pe care l-a efectuat, ca sarcina suplimentară solicitată de către Inginer;

- în data de 30.04.2013, prin adresa 9V7125/C017 [Vol. XLV], Inginerul aproba utilizarea acestor date de proiectare;

- în data de 16.05.2013 prin adresa 1500 [Vol. XLV], Beneficiarul insistă să se utilizeze datele de proiectare conform Proiectului Tehnic Final din Documentația de Atribuire;

- în data de 24.05.2013 prin adresa 283285-VODMC-166 [Vol. XLV], Antreprenorul înaintează procedura de lucru pentru testare 2D;

- în data de 27.05.2013, prin adresa 9V7125/C027 [Vol. XLVI], Inginerul aproba procedura de lucru;

- în data de 03.06.2013, prin adresele 283285-VODMC-199 [Vol. XLVI] și 283285-VODMC-202 [Vol. XLVI], Antreprenorul transmite raportul de testare 2D pentru zilele de 29.05.2013 și 30.05.2013, pentru secțiunea PN530;

- în data de 04.06.2013, prin adresa 283285-VODMC-205 [Vol. XLVI], Antreprenorul transmite raportul de progres pentru testarea 2D a secțiunii PN530 și atrage atenția că va folosi datele de proiectare pentru secțiunea PN580, conform instrucțiunii Beneficiarului;

- în data de 05.06.2013 prin adresa 283285-VODMC-207 [Vol. XLVI], Antreprenorul transmite Raport de progres nr. 3 pentru testarea 2D, pentru secțiunea PN530, cu concluzia că aceasta a eșuat, nu este stabilă. Se avertizează că este foarte probabil ca rezultatul să fie similar și pentru secțiunea PN580;

- în data de 07.06.2013 prin adresa 9V7125/C030 [Vol. XLVI], Inginerul arăta că în urma rezultatelor testelor 2D secțiunea PN530, este nevoie de modificări ale proiectului și retestarea secțiunii (Contractul impunea o singura testare - vezi Lista de Cantități 1, articol 01/03);

- în data de 10.06.2013 prin adresa 283285-VODMC-214 [Vol. XLVI], antreprenorul agreează concluzia inginerului, se realizează testarea Secțiunii PN580 între 12.06.2013 - 14.06.2013 și se arată că în Caietul de Sarcini Cap 2.6, se cere doar câte un test în trei locuri;

- în data de 12.06.2013 prin adresele 283285-VODMC-225 [Vol. XLVI] și 283285-VODMC-227 [Vol. XLVI], Antreprenorul transmite raport de progres 1 pentru testare 2D secțiune PN580;

- în data 17.06.2013 prin adresa 283285-VODMC-238 [Vol. XLVI], Antreprenorul transmite raport de progres 2 și se așteaptă instrucțiuni de la Beneficiar cu privire la modelarea fizică, pentru continuarea testării;

- în data de 18.06.2013, prin adresa 283285-VODMC-244 [Vol. XLVI], Antreprenorul transmite adresa CLI cu privire la comentarii suplimentare referitoare la testele 2D.

În conformitate cu Lista de Cantități nr. 01 articolul 01/03 [Vol. II fila 281], Antreprenorul avea obligația de a executa o singură testare hidraulică în laborator.

Activitatea de Testare 2D pe secțiunile PN 530 și PN 580 a început la 30.04.2013 (adresa 283285-VODMC-105) și s-a încheiat cu predarea concluziilor CLI cu privire la testele 2D la 18.06.2013 (adresa 283285-VODMC-244).

Rezultă, deci, că obligația Antreprenorului a fost îndeplinită în conformitate cu prevederile pct. 2.6 din Caietul de Sarcini, Programului de Baza (2) și a Listei de Cantități nr. 01 articolul 01/03 între 08.03.2013 și 21.06.2013.

Urmare a eșecului Proiectul Tehnic Final la testele 2D realizate în conformitate cu Acordul Contractual, CNAPM la data de 27.06.2013 prin adresa 1862 [Vol. XLVI] a propus și transmis către Antreprenor o soluție de optimizare a Proiectului, solicitând efectuarea de noi teste hidraulice de laborator cu privire la aceasta noua soluție.

Începând cu 28.06.2013 (adresa 283285-VODMC-294 [Vol. XLVI]) până în data 19.07.2013 (adresa 283285-VODMC-364/Vol. XLVI), Antreprenorul a testat diversele revizii făcute de Iptana a secțiunilor din dig (PN 540-PN 585, PN 530, PN 580).

Subliniază că aceste testări suplimentare nu au făcut obiect al Contractului și Antreprenorul a înțeles să le execute pentru a scurta perioada de întârziere și pentru a sprijini Proiectantul Beneficiarului, conduita subsumată diligenței Antreprenorului de a reduce



prejudiciul concretizat în costurile înregistrate de Antreprenor urmare a lipsei Proiectului tehnic construibil.

Conform punctului 2.7 din Caietul inițial de sarcini astfel cum a fost clarificată (Clarificarea 10, răspunsul 1), Antreprenorul avea obligația efectuării de teste la scară în laborator a modelului fizic în zona de racord și în zona capului digului.

Antreprenorul nu a putut îndeplini în termenele estimate prin Programului de Baza (2) din Aprilie 2013 testarea 3D întrucât eșecul Proiectului Tehnic Final la testele 2D și retestările versiunilor revizuite au determinat imposibilitatea de efectuare a testului 3D în termenele programate.

Practic, urmare a acestui eșec nu exista un model fizic care să poată fi testat de către Antreprenor. Va prezenta în cele ce urmează predările efectuate de către Beneficiar pe baza cărora s-a realizat modelul fizic ce a fost testat în laborator, predări care s-au realizat ulterior perioadei în care Antreprenorul trebuia să realizeze testul 3D (08.03.2013-21.06.2013).

## data de 09.07.2013, Beneficiarului prin adresa 1984 a înaintat secțiunea transversala cap dig în vederea testării de către Antreprenor pe model 3D.

## data de 13.08.2013, Beneficiarul prin adresa 2395 [Vol. XLVII] a transmis Planul final al secțiunii transversale către Antreprenor.

## data de 30.08.2013, Antreprenorul a transmis către Beneficiar și Inginer, prin adresa 283285-VODMC-499 [Vol. XLVII], programul testării 3D ce urmează a fi efectuat de laboratoarele Artelia din Franța.

## data de 11.10.2013, prin adresa 283285-VODMC-676 [Vol. XLVII], Antreprenorul a transmis Raportul Final modelare 3D.

În concluzie, testarea 3D a fost întârziată din start din cauza Beneficiarului, obligația Antreprenorului de a realiza testarea la scară în laborator fiind condiționată de transmiterea de către Beneficiar a secțiunilor pentru cap de dig și zona de tranziție în vederea testării și obligația a putut fi îndeplinită îndată ce Beneficiarul a comunicat planșele pentru testările 3D.

Prin urmare, critica adusă de către reclamantă cu privire la o eventuală culpă concurentă a pârâtei nu poate fi primită. Pârâta a predat fără întârzieri, conform Programului de baza (2) rezultatele atât Ridicărilor profilelor (cap. 2.2 din Caietul de Sarcini) cât și a Testele hidraulice de laborator (cap. 2.6 din Caietul de Sarcini), iar întârzierea în realizarea testării 3 D nu este imputabilă acesteia.

Potrivit principiului dreptului la o executare conforma, reclamanta avea obligația să furnizeze pârâtei un proiect-tehnic final la data de începere a lucrărilor, pe baza căruia să se poată executa lucrările de construcție ce făceau obiect al Contractului și pe baza căruia reclamanta să poată lucra concomitent pe cele 3 zone de lucru (cap, trunchi și zona tranziție ).

Din probele administrate în dosarul arbitral a rezultat fără putință de tăgadă că proiectul-tehnic final furnizat de reclamantă ca parte a Documentației de Atribuire nu era stabil în raport de înălțimea valului și frecvența furtunilor, înregistrându-se eșecul acestuia la Testele 2D.

Rezultă astfel că cele două dimensiuni ale conformității, calitativă și temporală, nu sunt întrunite, în sensul în care reclamanta nu și-a îndeplinit obligația contractuală de a pune la dispoziția pârâtei, la data de începere a lucrărilor prevăzută în programul de execuție un proiect-tehnic final, stabil în raport de înălțimea valurilor și frecvența furtunilor.

Astfel, în cauză s-a îndeplinit condiția fundamentală pentru ca pârâta să solicite aplicarea remediului contractual convenit în sub-clauza 1.9, remediu care reprezintă transpunerea în contract a ideii de executare în natură a obligației pârâtei de a pune la dispoziție proiectul-tehnic final și s-a concretizat în extinderea duratei de execuție și costurile suportate de către pârâtă .

Atâta vreme cât reclamanta a prevăzut prin documentația de atribuire obligația pentru Antreprenor de a realiza teste 2D și 3D, acesta înseamnă că reclamanta a prevăzut faptul că deși Proiectul Tehnic a fost prezentat în Documentația de Atribuire ca Proiect Tehnic Final va trebui să fie revizuit.

Pe de altă parte însă, reclamanta a prevăzut un singur rând de teste 2D ceea ce înseamnă că aceasta nu a prevăzut că Proiect Tehnic Final va presupune o revizuire atât de amplă care a făcut necesara retestarea 2D a diverselor variante revizuite de către Proiectantul Beneficiarului, pentru a fi identificată varianta stabilă.

În acest context, un antreprenor cu experiență nu putea în mod rezonabil să își imagineze că proiectul tehnic prezentat de către reclamantă în documentația de atribuire ca proiect final va înregistra un eșec la testele 2 D, în sensul că se va dovedi că este instabil în condițiile de val și furtună.

Un antreprenor cu experiență nu putea în mod rezonabil să își imagineze că va fi obligat să facă mai multe testări decât cele prevăzute în contract pe diversele versiuni și secțiuni de proiect până la identificarea versiunii care să se dovedească stabilă.

Situațiile descrise în paragrafele anterioare se subsumează ipotezelor legale din art. 6 alin.3 Cod Civil, a faptelor săvârșite din cuplă, respectiv atunci când autorul prevede rezultatul faptei sale, dar nu îl acceptă socotind fără temei că nu se va produce, fie nu prevede rezultatul faptei deși trebuia să îl prevadă.

Prin urmare, rezultă fără dubiu faptul că reclamanta a prevăzut că va fi necesară o revizuire a proiectului de vreme ce a stabilit obligația de testare, dar nu a prevăzut că digul proiectat este instabil și că va fi necesară o revizuire atât de amplă și retestări ale diverselor versiuni ale secțiunilor, care au generat întârzieri și predări fracționate, respectiv instrucțiuni ale Inginerului pe zone de proiect și nu pe întregul proiect.

Conform prevederilor art.1516 Cod Civil, creditorul unei obligații neexecutate are un drept de a alege între executarea silită a obligației, rezoluțiunea sau rezilierea contractului sau să folosească orice mijloc prevăzut de lege pentru realizarea dreptului sau fără a pierde dreptul la daune interese.

Reclamanta susține însă că exercitarea acestei opțiuni legale a pus antreprenorul în situația de a pierde dreptul de a solicita daune interese întrucât și-a asumat riscul unei executări neconforme de către Beneficiar a obligației de a pune la dispoziție un proiect tehnic final la data începerii lucrărilor de construcție.

Este absolut evident că această teorie a reclamantei înfrânge prevederile art.1516 Cod Civil, prevederi care reglementează imperativ un drept de opțiune al creditorului nesancționabil în modalitatea descrisă de reclamantă prin prezenta acțiune în anulare.

Antreprenorul a ales opțiunea prevăzută de subclauza 1.9 CS și alegerea acestei opțiuni dincolo de faptul că nu este discutabilă din punct de vedere legal, dă expresie și preocupării permanente a antreprenorului de a reduce prejudiciul generat de executarea neconformă o obligației contractuale de către Beneficiar.

Este astfel lesne de observat ca în ipoteza subclauzei 1.9 antreprenorul are dreptul numai la costurile înregistrate fără niciun profit, în timp ce în ipoteza în care Antreprenorul ar fi invocat cu titlu de exemplu excepția de neexecutare cu consecința suspendării executorii lucrărilor, costurile urmau să cuprindă și beneficiul nerealizat.

În plus în ipoteza în care antreprenorul ar fi invocat excepția de neexecutare la data de 13.08.2013 urmarea a primirii de la Inginer numai a Instrucțiunii de a lucra pe zona de nucleu și nu pe tot proiectul, costurile de staționare pentru utilajele mobilizate să lucreze concomitent pe cele 3 zone s-ar fi dublat. În acest sens, pentru această situație ipotetică în expertiza hidrotehnică s-a determinat o sumă de 13.763.202 lei, dublă față de suma stabilită de către Inginer și solicitată de către antreprenor.

Pentru considerentele evocate, pârâta a solicitat a se constata că susținerile reclamantei au caracter speculativ și nu au răsturnat prezumția de culpă, instituită în sarcina acesteia de către art. 1548 Cod Civil, prezumție care a fost completată de probe administrate în cauză.

În concluzie, motivul de anulare invocat de reclamantă este nefondat și solicită a fi respins ca atare.

## 2.Dosar nr./36/2020

Prin cererea înregistrată pe rolul Curții de Apel Constanța – Secția a II-a civilă de contencios administrativ și fiscal sub nr.4/36/06.01.2020, reclamanta ### Oord Dredging and Marine Contractors BV, a formulat acțiune în anulare prin care solicită:

I. anularea parțială a încheierii din data de 16.09.2019 cu privire la soluția dată excepției de decădere invocată de către reclamantă;

II. anularea parțială a sentinței arbitrale nr.16/26.11.2019 cu privire soluția dată capetelor de cerere 1.1 și 11.1 și, pe fond:

a) Obligarea pârâtei la plata restului de preț conform facturilor: 28.##### # 02.06.2014, 28.#####7.03.2015, 28.#####7.04.2015, 28.#####10.12.2015, reprezentat de costurile aferente timpului de staționare și costuri aferente extinderii de timp în valoare de 55.293.806,10 RON inclusiv TVA.

b) Obligarea pârâtei la dobânzii contractuale, calculată conform Sub-clauzei 14.8 până la și incluzând data de 02.06.2019, pentru neîndeplinirea de către Beneficiar a obligației de plata a restului de preț de 55.289.806,10 RON, conform facturilor emise, în valoare de 13.200.849,00 RON, și în continuare dobânda contractuală până la data plății efective.

III. anularea parțială a sentinței arbitrale nr.16/26.11.2019 cu privire soluția data capetelor de cerere I.3 și II.3 și pe fond

a) Obligarea Pârâtei la plata restului de preț în quantum de 20.368.001,52 lei, reprezentând diferența dintre prețul unitar de 30.680,22 lei și cel de 902,44 lei plătit de către pârâta, pentru 684 elemente de beton demontate de sub nivelul apei în anii 2013 și 2015.

b) Obligarea pârâtei la dobânzii contractuale, calculate conform Sub-clauzei 14.8, în raport de scadența facturii #####.11.2015, și în continuare până la data plății efective

IV. Obligarea pârâtei la plata cheltuielilor arbitrale calculate corespunzător admiterii în parte a cererii de arbitraj

V. Obligarea pârâtei la plata cheltuielilor de judecată ocazionate de soluționarea acțiunii în anulare.

Prin acțiunea în anulare, Reclamanta înțelege să solicite desființarea parțială a hotărârii arbitrale cu privire la modul în care au fost dezlegate de către Tribunalul Arbitral capătul de cerere 1.1 care are ca obiect obligarea pârâtei la plata prețului reprezentat de costurile de staționare și costuri de extindere de timp și capătul de cerere I.3 care are ca obiect obligarea pârâtei la plata diferenței de preț pentru lucrările efectuate sub nivelul apei în anii 2013 și 2015.

Corelativ, reclamanta solicită desființarea parțială a hotărârii arbitrale cu privire la modul în care au fost dezlegate de către Tribunalul Arbitral capătul de cerere 11.1 și III.2 care au ca obiect obligarea pârâtei la plata dobânzilor contractuale aferente principalului solicitat prin capătul de cerere 1.1 și, respectiv II 1.2.

Cauza juridică a obligațiilor de plată ce fac obiectul acțiunii este contractul de achiziție publică 3973/01.02.2013 (denumit în cele ce urmează „Contractat”) care cuprinde:

- Acordul contractual;
- Scrisoarea de acceptare a ofertei nr. 2749/28.09.2012;
- Formularul de oferta nr. 10C și Anexa la Formularul de oferta;
- Condițiile speciale (denumite în cele ce urmează „CS”);
- Condițiile generale (denumite în cele ce urmează „CG”);
- Specificațiile;
- Planșele;
- Listele de cantități.

Contractul de achiziție publică 3973 este asimilat actului administrativ, potrivit prevederilor Legii ##### și OUG 34/2006 și, în consecință, interpretarea și aplicarea prevederilor Contractului vor fi avute în vedere dispozițiile acestor acte normative aparținând dreptului public și numai în măsura în care sunt compatibile cu raporturile de drept administrativ vor avute în vedere prevederile dreptului comun, respectiv Codul Civil.

Problema de drept care urmează a fi lămurită principial în cauză este natura actelor emise de către pârâta CNAPM, care este asimilată unei autorități publice și intră în sfera de aplicare a Legii ##### a contenciosului administrativ, conform prevederilor art. 2 alin. 1 lit. b).

Contractul administrativ este definit doctrinar, ca fiind un acord de voință dintre o autoritate publică aflată pe o poziție de superioritate juridică, pe de o parte, și alte subiecte de drept, pe de altă parte prin care se urmărește satisfacerea unui interes general prin prestarea unui serviciu public, efectuarea unei lucrări publice sau punerea în valoare a unui bun public, supus unui regim de putere publică.

Din aceasta definiție, se desprind următoarele trăsături ale contractului administrativ:

- a) Este o convenție, deci un acord de voință încheiat între mai multe părți;
- b) Una dintre părțile contractului este un subiect determinat, respectiv un organ care acționează în realizarea puterii publice, un organ administrativ sau alt subiect de drept autorizat de un organ administrativ.
- c) Spre deosebire de contractul civil, unde părțile se afla pe poziție de egalitate juridică, în cazul contractului administrativ, părțile nu se bucură de această egalitate, una dintre ele, și anume subiectul determinat are o poziție de superioritate față de celalalt subiect al contractului.
- d) Obiectul contractului este determinat urmărind satisfacerea unui interes general și putând îmbrăca diverse forme: efectuarea unei lucrări publice, satisfacerea unui serviciu public etc.

e) Clauzele contractului sunt stabilite atât pe cale reglementară, prin lege, cât și pe cale convențională, respectiv, partea convențională este cea care face obiectul negocierii dintre autoritatea publică și privată în timp ce partea reglementară este aceea parte care este exprimată prin caietul de sarcini și care este un veritabil act administrativ. Partea reglementară este guvernată exclusiv de un regim juridic de drept public.

f) Poziția de superioritate a autorității publice determină posibilitatea ca acesta să poată modifica sau rezilia unilateral contractului în cazurile și condițiile prevăzute de lege.

g) Guvernarea contractului de un regim de putere publică;

h) Forma scrisă a contractului administrativ.

Din enunțarea definiției doctrinare a contractului administrativ și trăsăturilor acestuia, rezultă că toate clauzele și sub-clauzele contractuale pe care reclamanta și-a întemeiat pretențiile fac parte din partea reglementară, respectiv aceea voința a autorității publice care a fost impusă prin Caietul de Sarcini și că aceste clauze și sub-clauze sunt guvernate exclusiv de un regim juridic de drept public și nu de drept comun.

Cu referire la trăsăturile actului administrativ din punct de vedere al naturii organului de la care emană, doctrina distinge între actul administrativ tipic respectiv cel care este emis de autoritatea publică și actul emis prin delegație, adică de către alt subiect de drept autorizat de către autoritatea publică, căruia i-au fost transferate anumite prerogative în scopul realizării unor servicii publice.

În cadrul contractului de achiziție publică încheiat între reclamantă și pârâta CNAPM, aceasta din urma a transferat prerogative care îi reveneau către o persoană juridică (Inginerul) selectată la rândul ei în baza unui contract de achiziție publică (actul de autorizare).

Prerogativele transferate care prezintă relevanță pentru soluționarea acțiunii în anulare sunt cele cuprinse în partea reglementară a contractului încheiat între reclamantă și pârâta CNAPM relative la:

- Autoritatea Inginerului de a emite hotărâri prin care stabilește costurile convenite reclamantei în cazul extinderii duratei de execuție;

- Autoritatea Inginerului de a emite certificate de plată prin care certifică prețul datorat de către pârâta pentru lucrările executate de reclamantă și/sau costurile determinate prin hotărârile Inginerului;

- Autoritatea Inginerului de a emite stabili preturi pentru lucrările din listele de cantități;

- Autoritatea Inginerului de a emite instrucțiuni cu privire la executarea lucrării de către

Antreprenor.

Acele emise de către Inginer, în conformitate cu partea reglementară sunt acte administrative emise prin delegație supuse în exclusivitate regimului de drept public.

Această considerație se fundamentează și pe prevederile Contractului care stabilesc că toate actele emise de către Inginer în exercitarea autorizărilor mai sus menționate au caracter obligatoriu pentru reclamantă dându-se, și în acest mod, expresie poziției de superioritate juridică pe care pârâta a avut-o în acest contract.

În concluzie, atât actele emise de către pârâta în executarea Contractului cât și cele emise prin delegație, de către Inginer, întemeiate pe partea reglementară a Contractului, sunt acte administrative cărora le sunt aplicabile exclusiv prevederile dreptului public.

În sprijinul acestei concluzii, invocă și prevederile art.431 alin.2 din Cpc relative la efectul de lucru judecat într-un alt litigiu între aceleași părți și care are legătură cu soluționarea prezentei acțiuni în anulare sub aspectul naturii juridice a actelor emise în executarea Contractului.

Astfel, în executarea Contractului de achiziție publică pârâta CNAPM a emis un certificat constatatator cu privire la îndeplinirea obligațiilor contractuale de către reclamantă.

Reclamanta a declanșat un contencios administrativ în sensul în care a solicitat anularea parțială a acestui certificat, acțiune admisă definitiv de către instanță, în acest sens, a ata####  
##### judecătorești pronunțate în această cauză și documentul constatatator refăcut de către pârâta CNAPM în conformitate cu dispozițiile instanței.

#### B. MOTIVE DE NELEGALITATE CU PRIVIRE ## MODUL DE SOLUȚIONARE A CAPETELOR 1.1 și 11.1 DIN CEREREA DE ARBITRARE

I. Nelegalitatea hotărârii arbitrale și a încheierii din data de 16.09.2019 cu privire la dreptul subiectiv al pârâtei CNAPM de a invoca anularea hotărârilor Inginerului ca apărare de fond (excepție de drept substanțial) conform dispozițiilor dreptului comun - art. 608 alin (1) lit. h) CPC .

Prin concluziile scrise, pârâta a solicitat suplimentar față de întâmpinare revizuirea și anularea Hotărârilor Inginerului prin care au fost stabilite costuri care fac obiectul petitului 1.1 din cererea de arbitraj, precum și certificatele interimare de plată 13, 22, 23, 29 și 30.

Reclamanta a invocat faptul că aceste solicitări ale pârâtei reprezintă pretenții proprii care pot fi valorificate numai pe calea cererii reconvenționale și a solicitat Tribunalului Arbitral să constate că pârâta este decăzută din dreptul de a formula cerere reconvențională, în conformitate cu art.209 alin (4) Cpc.

Tribunalul Arbitral a reținut următoarele: „[...] apreciază ca precizarea formulata de către reprezentantul pârâtei este suficientă în a determina intenția reală a pârâtei de a se apăra pe fondul cauzei și nu de a formula, prin actul de procedură intitulat concluzii scrise, pretenții proprii cu privire la revizuirea sau anularea hotărârilor Inginerului.

Astfel, Tribunalul Arbitral a constatat că a rămas fără obiect excepția decăderii invocată de către reclamanta.

Hotărârea arbitrală este nelegală sub acest aspect întrucât, conform prevederilor art.1 alin.6 din Legea ##### privind contenciosul administrativ, anularea actelor administrative emise de către o autoritate publică se poate solicita numai pe cale de acțiune în termen de 1 an de la data emiterii actului, astfel:

- a) Revocare în cazul în care actul nu a intrat în circuitul civil;
- b) Anulare în cazul în care actul a intrat în circuitul civil și a produs efecte juridice.

Termenul de 1 an a fost calificat în jurisprudența constantă a ÎCCJ ca fiind un termen de decădere de ordine publică. În consecință, neexercitarea dreptului de a solicita revocarea/anularea actului de către autoritatea publică emitenta înăuntrul termenului de 1 an de la data emiterii actului determină, conform prevederile art. 2545 alin. 2 Cod Civil, pierderea dreptului subiectiv.

În raport de prevederile imperative ale normei legale cuprinsă în art.1 alin.6 și în raport de prevederile art.28 alin.1 din Legea ##### rezultă că anularea unui act administrativ individual poate fi solicitată de către autoritatea emitenta numai pe cale de acțiune și nu poate fi

invocată pe cale de excepție de drept substanțial, așa cum în mod nelegal a concluzionat Tribunalul Arbitral.

Interpretarea potrivit căreia autoritatea emitentă a unui act administrativ individual poate să invoce nulitatea actului pe calea unei apărări de fond (excepție de drept substanțial) încalcă flagrant principiul general al stabilității și siguranței civile și creează un regim discriminatoriu pentru celelalte subiecte de drept.

Această interpretare creează în mod clar un regim de favoare pentru autoritatea emitentă a actului administrativ întrucât, pe cale unei apărări de fond, poate obține oricând anularea actului administrativ emis, act pe care nu l-a revocat sau anulat în termenele și condițiile prevăzute de legea organică.

Din interpretarea sistematică a normelor imperative cuprinse în Legea 554/5004, pe de o parte și a prevederilor OUG 34/2006 în forma în vigoare la data încheierii contractului, pe de altă parte, rezultă fără dubiu faptul că intenția legiuitorului, în acest domeniu al dreptului public, nu a fost aceea de a acorda un drept imprescriptibil autorităților publice emitente de a invoca/solicita nulitatea propriilor acte administrative individuale. Dacă legiuitorul ar fi avut această intenție, atunci intenția sa ar fi fost materializată într-o reglementare expresă.

Pe de altă parte, nu se poate reține o completare a normelor din Legea ##### cu normele din dreptul comun care reglementează posibilitatea invocării nulității actului juridic, atât pe cale de acțiune cât și pe cale de excepție întrucât în acest caz s-ar ajunge la situația în care norma imperativă specială cuprinsă în art.1 alin.6 din Legea ##### ar fi complet anihilată și s-ar încălca principiul potrivit căruia norma specială derogă de la norma generală.

Normele din dreptul comun care reglementează regimul juridic al nulității actelor juridice sub aspectul tipurilor de nulitate și modului în care poate fi invocată aceasta sunt incompatibile cu specificul raporturilor de putere dintre autoritățile publice, pe de o parte, și persoanele vătămate în drepturile sau interesele lor legitime, pe de altă parte.

Prin urmare, nici din acest punct de vedere nu se poate susține teoria potrivit căreia autoritatea publică emitentă a actului administrativ poate invoca nulitatea acestuia pe cale de apărare.

Atât jurisprudența ÎCCJ, cât și cea europeană statuează că dreptul autorității privind anularea propriului act nu poate fi considerat imprescriptibil întrucât s-ar încălca principiile generale de drept, respectiv principiul securității juridice, principiul neinvocării propriei culpe dar și principiul încrederii legitime a beneficiarului actului care a crezut în aparența de legalitate a acestuia.

Dreptul pârâtei CNAPM reținut de către Tribunalul Arbitral în considerentele hotărârii atacate, de a anula, fără o limită de timp hotărârile și certificatele interimare de plată emise de către Inginer și intrate în circuitul civil constituie o nesocotire flagrantă a dreptului la un proces echitabil garantat de art. 6 din Convenția Europeană a Drepturilor Omului.

Conduite similare ale autorităților publice au fost considerate nelegale și sancționate în repetate rânduri în jurisprudența Înaltei Curți de Casație și Justiție. Cu titlu de exemplu, prin Decizia #####, s-au reținut următoarele: „Înalta Curte de Casație și Justiție apreciază că în mod judicios instanța de fond a reținut incidența în cauză a prevederilor art. 11 alin. (2) din Legea ##### și a concluzionat în sensul că acțiunea formulată la data de 14 decembrie 2005 pentru constatarea nulității absolute a unui ordin ministerial emis la 25 noiembrie 2004 este

tardivă. O astfel de interpretare este concordantă și cu jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului, care a considerat că prin neimpunerea unui termen înăuntrul căruia să poată fi exercitată o acțiune se încalcă principiul securității raporturilor juridice (cauza Brumarescu contra României).

Prin hotărârile 9V7125/VODMC/C392/09.02.2015 și 9V7125/VODMC/C533 din data de 11.09.2015, anulate în parte de către Tribunalul Arbitral au fost stabilite costuri în valoare totală de 6.257.438 Euro și 11.662.361,30 RON în conformitate cu prevederile Sub-clauzei 1.9 coroborate cu 20.1 din Contract, ca urmare a neîndeplinirii obligației CNAPM de a pune la dispoziția reclamantei un proiect tehnic final care să reziste la înălțimea valului determinată prin studiul de val realizat de Artelia la instrucțiunea Inginerului și raportat la probabilitatea de apariție a furtunii de 1/100.

Pe baza acestor hotărâri, au fost emise certificatele interimare de plată 13,22, 23, 29 și 30 prin care au fost certificate ca preț costurile determinate de Inginer prin hotărârile din paragraful precedent și reclamanta a fost obligată conform Sub-clauzei 14.7 să emită facturi fiscale purtătoare de TVA pentru sumele certificate cu titlu de preț.

Conform raportului de expertiza contabilă, suma neplătită cu titlu de rest de preț din facturile 28.3285- #####.06.2014, 28.#####7.03.2015, 28.##### din 17.04.2015, 28.#####0.12.2015 este de 55.293.806,10 lei CU TVA, din care suma de 9.918.938,60 reprezintă TVA pe care Reclamanta a fost obligată să-l plătească către bugetul de stat.

Suma plătită cu titlu de TVA este imposibil de recuperat de către reclamantă în contextul în care, hotărârile obligatorii prin care au fost determinate conform contractului de achiziție publică costurile convenite Antreprenorului, au fost anulate parțial la 5 ani de la data emiterii lor pe calea unei apărări de fond invocată de către pârâtă.

Așa cum a arătat, aceste hotărâri au fost emise de către pârâtă prin Inginer, persona juridica căreia i-a delegat prerogativele sale pentru realizarea scopului contractului de achiziție publică și au stat la baza certificatelor interimare de plată a prețului și a facturilor pentru pe care reclamanta a fost obligată să le emită conform certificărilor Inginerului.

Considerațiile juridice evocate, conduc la concluzia potrivit căreia:

- anularea actelor administrative emise de către CNAPM în mod nelegal a fost calificată și soluționată ca apărare de fond;

- anularea actelor administrative emise de către CNAPM poate fi solicitată numai pe cale de acțiune, și, în consecință, din punct de vedere procedural reprezintă pretenții proprii susceptibile de valorificare numai pe calea cererii reconvenționale.

Din aceasta perspectivă hotărârea arbitrală este nelegală întrucât încalcă flagrant:

a) Art.1 alin 6 și art. 28 alin 1 din Legea ##### # în mod nelegal, prin hotărârea arbitrală s-a statuat că pârâta CNAPM poate să invoce și să obțină anularea propriilor acte pe calea unei apărări de fond invocate direct prin concluziile scrise, în conformitate cu prevederile din dreptul comun (Codul Civil), anihilându-se prevederile art.1 alin 6 din Legea ##### ;

b) Art. 209 alin (4) din Codul de Procedură Civilă - în mod nelegal, prin hotărârea arbitrală s-a statuat ca solicitarea CNAPM de anulare a hotărârilor și certificatelor de plată emise de către Inginer nu reprezintă pretenții proprii ce pot fi valorificate numai pe calea cererii



reconvenționale și în mod nelegal s-a luat act de rămânerea fără obiect a excepției de decădere invocată de către reclamantă;

c) Art. 11 din Codul Civil - în mod nelegal, prin hotărârea arbitrală s-a interpretat că, în temeiul Sub-clauzei 20,6 se poate deroga de la prevederile imperative ale Legii ##### și de la bunele moravuri prin reglementarea pe cale convențională a unui drept de anulare / revizuire imprescriptibil a actelor emise de către o autoritate publică, drept subiectiv ce poate fi valorificat pe calea ocolită a excepțiilor de drept substanțial reglementate de dreptul comun;

d) Art. 6 din Convenția Europeană a Drepturilor Omului și Principiul siguranței circuitului civil - în mod nelegal, prin hotărârea arbitrală s-a statuat că exista posibilitatea de a se anula, fără o limită de timp, hotărârile și certificatele de plată emise de către Inginer care au intrat în circuitul civil;

e) Principiul neinvocării propriei culpe ca temei de anulare a actului emis - în mod nelegal, prin hotărârea arbitrală s-au anulat în parte hotărârile Inginerului pentru ceea ce Tribunalul Arbitral a considerat a fi determinări greșite ale Inginerului, determinări care, nu sunt imputabile reclamantei;

f) Principiul încrederii legitime a reclamantei în hotărârile și certificatele interimare de plată emise de către Inginer, acte administrative obligatorii - în mod nelegal, prin hotărârea arbitrală, au fost anulate, în parte, hotărâri care nu au fost invalidate pe niciuna din căile legale sau contractuale și în raport de care reclamanta a fost obligată să emită facturi fiscale purtătoare de TVA pentru sumele hotărâte și certificate ulterior de către Inginer cu titlu de preț.

g) Normele morale - în mod nelegal, prin hotărârea arbitrală s-a creat un regim de favoare pârâtei CNAPM, care, în calitate de autoritate publică a stat în pasivitate 5 ani de la data emiterii actelor și ulterior, pe calea ocolită a apărărilor de fond a obținut anularea propriilor acte administrative.

II. Nelegalitatea hotărârii Tribunalului Arbitral cu privire la dreptul pârâtei CNAPM de a solicita anularea hotărârilor Inginerului ca apărare de fond nouă, direct prin concluzii scrise fără a pune în discuția părților excepția de drept substanțial relativă la nulitatea hotărârilor inginerului - art. 608 alin (1) lit. h) CPC

Tribunalul Arbitral prin încheierea din 16.09.2019 a concluzionat că: „(...) aceasta excepție de nulitate nu este o excepție procesuală ci o apărare de fond întrucât nu vizează un act de procedură ci acte de drept substanțial. De asemenea, a reținut și faptul că la acel moment (13.09.2017) nu erau vizate și hotărârile Inginerului”.

Mai mult, Tribunalul Arbitral prin hotărârea arbitrală paragr. 869 a concluzionat că „Singura diferență între invocarea nulității pe cale de apărare și invocarea acesteia pe calea cererii reconvenționale se manifesta sub aspectul pronunțării în dispozitiv.”

Paragraful precitat din sentința arbitrală dincolo de faptul că abordează într-o manieră rudimentară instituții juridice incidente probează în sine faptul că excepția de nulitate invocată de către pârâtă nu a fost pusă în discuția părților și nici nu ar fi trebuit să fie pusă în discuția părților în opinia Tribunalului arbitral, întrucât modul în care nulitatea este invocată ridică numai probleme de dispozitiv.

Prin întâmpinarea formulată în cauză, pârâta CNAPM nu a solicitat revizuirea și anularea hotărârilor și a certificatelor interimare de plată nr.13, 22, 23, 29 și 30 emise de către Inginer.

Acest aspect rezultă din întâmpinarea depusă de către pârâtă și din încheierea de la termenul din 13.09.2017.

## termenul din 13.09.2019, cadrul procesual a fost fixat în raport de cererea de chemare în judecată și întâmpinarea formulată de către pârâtă, întâmpinare prin care, nu s-a invocat anularea hotărârilor și certificatelor emise de către Inginer, ci numai lipsa de efecte juridice a deciziilor CSD.

Prin încheierea de la termenul din 13.09.2019, Tribunalul Arbitral a statuat „Tribunalul Arbitral, cu privire la calificarea cadrului procesual, apreciază că notele depuse de către pârâtă la întâmpinare privind decizia emisă de CSD (pretenție de sine statuitoare sau nu) sunt apărări de fond.

Astfel, cererea de arbitrare formulată de către reclamantă și apărările formulate de către pârâtă prin întâmpinare au determinat obiectul și limitele procesului și, în consecință, în

raport de acest obiect și limite au fost solicitate, încuviințate și administrate probe în cauză de către părți.

Este mai mult decât evident că, de vreme ce nulitatea hotărârilor și a certificatelor interimare de plată nu a fost invocată prin întâmpinare, pe de o parte, iar pe de altă parte, având în vedere cadrul procesual stabilit prin încheierea de la termenul din 13.09.2019, în cauză nu au fost putut fi solicitate și, în consecință nu s-au administrat probe cu privire la nulitatea hotărârilor și a certificatelor interimare de plată.

Nulitatea este o sancțiune care se aplică actului juridic încheiat cu nerespectarea condițiilor de validitate a actului juridic.

Excepția de nulitate este mijlocul procedural prin care partea îndreptățită în cursul unui proces deschis se opune acțiunii pe care se sprijină actul nul și anulabil invocând constatarea acestor iregularități.

Excepția de nulitate a hotărârilor Inginerului invocată de către pârâtă direct prin concluziile scrise nu a fost pusă în discuția contradictorie a părților așa încât, la acest moment, din analiza hotărârii arbitrale atacate, nu rezultă care este cauza de nulitate a celor două hotărâri asupra cărora Tribunalul Arbitral a înțeles să se pronunțe prevalându-se de Sub-clauza 20.6.

Analiza considerentelor hotărârii conduce la ideea că Tribunalul Arbitral a anulat în parte cele două hotărâri ale Inginerului considerând că modul de determinare al costurilor de către reprezentantul pârâtei este greșit în sensul în care:

- în privința costurilor de staționare Tribunalul Arbitral a considerat că durata de staționare este mai mică decât cea determinată de către Inginer și, în consecință a redus cuantumul acestor costuri;

- în privința costurilor de extindere, Tribunalul Arbitral a eliminat un element de cost din structura costurilor de extindere și, în consecință, a redus cuantumul acestora.

Modul de calcul al costurilor de către Inginer nu reprezintă o cauză de nulitate a hotărârilor întrucât cauzele de nulitate sunt anterioare sau concomitente cu momentul încheierii actului și se referă la condițiile de validitate ale acestuia.

Deși s-a invocat de către pârâta CNAPM și nulitatea certificatelor interimare de plata nr.13, 22, 23, 29 și 30, Tribunalul Arbitral nu a pus în discuția părților și nici nu s-a pronunțat asupra acestei apărări de fond, astfel încât la acest moment certificatele interimare de plată emise

de către Inginer sunt în vigoare și în consecință s-a menținut obligativitatea existenței unor facturi conforme certificatelor - Sub-clauza 14.7 din Contract.

În măsura în care se admite că în materia contractelor de achiziție publică asimilate actelor administrative, autoritățile publice au dreptul de a invoca, pe cale de excepție de drept substanțial nulitatea propriilor acte, atunci aceasta excepție trebuia pusă în discuția părților cu respectarea dreptului la apărare dându-se posibilitatea să se administreze probe cu privire la cauzele de nulitate și posibile confirmări tacite ale acestor hotărâri.

Întrucât nu s-a invocat o cauză de nulitate și nu este posibilă determinarea naturii acesteia, Codul Civil instituie prezumția unei nulități relative.

În contextul prezumției legale evocate și a lipsei unor probe care să răstoarne prezumția legală, reclamanta înțelege să invoce confirmări tacite ale celor două hotărâri anulate în parte de către Tribunalul Arbitral, confirmări tacite concretizate în:

- Nerevocarea actelor de către Pârâta înainte ca acestea să intre în circuitul civil;
- Neformularea acțiunii în anulare înăuntrul termenului de 1 an de către autoritatea emitentă, pârâta CNAPM.
- Neformularea cererii de revizuire a hotărârilor Inginerului în fața Comisiei de Soluționare a Disputelor, de către pârâta CNAPM, conform mecanismului contractual, cu respectarea termenelor de decădere stabilite prin norme imperative în legislația specială de drept public.
- Certificarea sumelor prin certificatele interimare de plată nr. 13, 22, 23, 29 și 30 cu titlu de preț, certificări care reprezintă recunoașteri ale sumelor determinate de către Inginer și a dat naștere obligației Reclamantei de a factura conform certificărilor realizate de reprezentantul pârâtei în Contract.

Tribunalul Arbitral ar fi trebuit să examineze cauza în lumina art. 6 par. 1 din Convenția Europeană a Drepturilor Omului care înglobează principiul egalității armelor și dreptul fundamental la caracterul de contradictorialitate al procedurii. Or, aceasta din urma implică în parte facultatea de a lua cunoștința de apărările formulate și de a le discuta în contradictoriu (Hotărârea 23.07.1993 - Plenul CEDO).

Egalitatea armelor, element inerent la un proces echitabil implică obligația de a oferi fiecărei părți o posibilitate rezonabilă de a-și prezenta cauza în condiții care să nu o plasase în situații de dezavantaj în comparație cu adversarul său (Hotărârea din 19.12.1994 - Camera Curții Europene a Drepturilor Omului cauza: ##### și Stratis Andretis c #####).

De asemenea, Curtea Constituțională, prin decizia din 16.04.2002 publicată în M.Of 370/31.05.2002, analizând scopul întâmpinării, a statuat că prin întâmpinare reclamantul este pus în situația de a cunoaște apărarea și dovezile pe care se sprijină pârâatul înlăturându-se astfel surpriza și realizându-se egalitatea în ceea ce privește poziția procesuală a părților.

În cauză, au fost astfel încălcate prevederile art.8,9,13 și 14 din Codul de Procedură Civilă care reglementează principiile fundamentale ale procesului civil întrucât:

- Revizuirea / anularea hotărârilor Inginerului și a certificatelor interimare aferente nu a fost invocată/solicitată prin întâmpinare;
- Au fost solicitate și administrate probe în raport de cadrul procesual dat de cererea de arbitraj și întâmpinarea formulată;

- Cadrul procesual a fost stabilit prin încheierea din 13.09.2018 raportat strict la întâmpinarea formulată de către pârâtă și cererea de arbitrare formulat de reclamantă;

- Excepția de drept substanțial a nulității hotărârilor nu putea fi invocată direct prin concluziile scrise fără a fi pusă în discuția părților sub aspectul cauzei de nulitate, tipului de nulitate și regimului juridic aplicabil.

- Nu s-a acordat Reclamantei posibilitatea de a formula apărări și de a administra probe în combaterea excepției nulității invocată de pârâtă pentru prima dată prin concluziile scrise.

- Deși nu a pus în discuția părților excepția de nulitate, Tribunalul Arbitral a anulat în parte hotărârile Inginerului.

III. Nelegalitatea hotărârii Tribunalului Arbitral și a încheierii din data de 16.09.2019 cu privire la imprescriptibilitatea dreptului pârâtei CNAPM de a solicita anularea hotărârilor Inginerului - art. 608 alin. (1) lit. h) CPC.

Prin hotărârea atacată, Tribunalul Arbitral a anulat parțial hotărârile Inginerului 9V7125/VODMC/C392/09.02.2015 și 9V7125/VODMC/C533/11.09.2015 întemeindu-se pe dispozițiile Sub-clauzei 20.6.

Potrivit acestei Sub-clauze „arbitrul /(arbitrii) va (vor) avea autoritatea deplină de a deschide, analiza și revizui orice certificat, stabilire a modului de soluționare, instrucțiune, opinie sau evaluare făcută de inginer și orice decizie a CAD, relevante în privința disputei”.

Interpretarea dată de către Tribunalul arbitral acestei clauze, încalcă flagrant dispozițiile art.11 din Codul Civil, dispoziții potrivit cărora nu se poate deroga prin convenții de la legile care interesează ordinea publică sau de la bunele moravuri.

Conceptul de ordine publică nu este definit de lege însă se poate vorbi de o definiție doctrinară a acestuia, în sensul în care ordinea publică vizează acele legi care asigură respectarea drepturilor fundamentale.

Atât prin legea specială OUG 34/2006 cât și prin cea generală Legea ##### sunt reglementate termene speciale în care se poate invoca nulitatea contractului de achiziție publică și anularea actelor administrative emise de către autoritatea publică în procedura de achiziție publică a unui contract de lucrări publice, dar și în executarea contractului de achiziție publică.

Existența acestor termene legale de decădere este motivată pe necesitatea respectării principiului securității juridice și protecției încrederii legitime.

Potrivit unei jurisprudențe constante a CJUE: „principiile securității și protecției încrederii legitime trebuie să fie respectate de instituțiile Uniunii Europene dar și de statele membre în exercitarea competențelor care le sunt conferite prin directivele Uniunii (a se vedea în acest sens în special Hotărârea Gemeente Leusden și Holin Groep, C-487/01 și C-7/02, EU:C:2004;263, punctul 57, Hotărârea „Goed Wonen”, C-376/02, EU:C:2005:251, punctul 32, precum și Hotărârea Eimeka NE, C-181/04-C-183/04, EU:C:2006:563, punctul 31) ”.

De asemenea, CJUE a statuat că acest principiu al securității juridice se impune „cu o rigoare deosebită atunci când este vorba despre o reglementare care poate să aibă consecințe financiare, pentru a permite persoanelor interesate să cunoască în mod exact întinderea obligațiilor pe care aceasta le-o impune (Hotărârea Irlanda/Comisia, 325/85, EU:C: 1987:546, punctul 18) ”.

În speță, obligațiile care fac obiectul acțiunii în anulare izvorăsc dintr-un contract de achiziție publică, care are ca obiect lucrări publice ce fac parte din infrastructura portuară - domeniu public al statului.

În concret, reclamanta a solicitat plata unor costuri de staționare și de extindere de timp, a căror quantum a fost determinat prin hotărârile Inginerului, certificat ca preț de către Inginer și facturat ulterior ca preț de către reclamantă.

## aproape 5 ani de la data emiterii hotărârilor Inginerului pe baza cărora s-a certificat prețul ce trebuia plătit de către pârâtă CNAPM, pârâta invocă anularea propriilor acte, acte care, așa cum a arătat, au generat la rândul lor emiterea unor alte acte administrative, dar și facturi în raport de care reclamanta a avut obligația să plătească TVA.

Chiar dacă se apreciază că anularea actelor emise de o autoritate publică se poate invoca și pe cale de apărare de fond, este indubitabil faptul că acest drept subiectiv al autorității publice emitente, în speță CNAPM, nu poate subzista nelimitat în timp prin interpretarea unei clauze contractuale.

Atât jurisprudența națională cât și jurisprudența europeană statuează asupra faptului că dreptul subiectiv al autorității publice emitente a actului nu este imprescriptibil întrucât se încalcă principiul securității juridice și protecției încrederii legitime.

În dreptul intern, acest principiu este consacrat de dispozițiile art.1 alin (6) din Legea ##### potrivit căreia anularea actelor emise de către autoritatea publică poate fi solicitată în termen de 1 an de la data emiterii actului.

Astfel, rezultă că printr-o lege organică a fost stabilit un termen de decădere pentru exercitarea dreptului autorității publice de a solicita / invoca anularea propriilor acte.

În contextul în care excepția de drept substanțial a anularii hotărârilor Inginerului a fost formulată direct prin concluziile scrise depuse anterior cuvântului pe fondul cauzei, reclamanta a invocat, cu prilejul concluziilor pe fond și prin suplimentul de concluzii depus decăderea pârâtei CNAPM din dreptul de a invoca anularea propriilor acte.

Tribunalul Arbitral a apreciat că această excepție a reclamantei este neîntemeiată întrucât „actele Inginerului reprezintă acte juridice civile, iar nu administrative, fiind emise de o persoană juridică privată străină, în temeiul unui raport juridic civil dintre aceasta și Beneficiari (para 872). Prin urmare, actele Inginerului au ca scop executarea și organizarea contractului de lucrări, fără a implica în niciun fel elemente specifice puterii publice.

Pe tot parcursul soluționării cauzei, reprezentanții reclamantei au fost invitați să manifeste flexibilitate în privința aspectelor de procedura întrucât arbitrajul trebuie să fie o jurisdicție modernă, flexibilă și neîncapsulată în formalismul specific procedurii ce se desfășoară în fața instanței de judecată.

Se pare însă că, această flexibilitate a Tribunalului Arbitral, dincolo de aspectele de procedură încălcate flagrant în această cauză, a generat și interpretări cel puțin bizare ale unor acte juridice care sunt calificate prin norme legale imperative care țin de ordinea publică.

Tribunalul Arbitral nu a înțeles faptul că obligațiile care se solicita a fi executate izvorăsc dintr-un contract de achiziție publică care are ca obiect lucrări publice, contract calificat ca act administrativ atât prin OUG 34/2006 cât și prin Legea 554/2004.

Inginerul a fost persoana desemnată de către Beneficiar pentru a acționa în scopurile Contractului și care face parte din personalul Beneficiarului (Sub-clauza 1.1.2.4 și 1.1.2.6).

De asemenea, Inginerul, conform Contractului se va considera că acționează în numele Beneficiarului de fiecare data când își îndeplinește îndatoririle sau își exercita autoritatea (Sub-clauza 3.1).

Din prevederile contractuale evocate, rezultă că Inginerul este mandatarul pârâtei CNAPM în acest Contract administrativ și, prin urmare, actele sale reprezentate de hotărâri și certificate sunt actele pârâtei CNAPM.

Aceste acte (hotărâri și certificate) izvorăsc din clauze contractuale care au fost stabilite pe cale reglementară, prin lege, voința autorității fiind exprimată prin Caietul de Sarcini, veritabil act administrativ pe care s-a greșit contractul de achiziție publică.

Actele obligatorii pentru reclamantă pe care Inginerul le-a emis în numele pârâtei CNAPM pentru îndeplinirea scopului Contractului sunt acte administrative atipice, respectiv acte emise prin delegație, de o entitate căreia i-a fost transferat de către autoritatea publică (pârâta CNAPM) anumite prerogative prin actul de autorizare.

Astfel, în speță, printr-un act de autorizare reprezentat de un contract de achiziție publică de servicii, Beneficiarul a selectat, urmare a unei proceduri de licitație publică, un Inginer (persoana juridică străină) căruia i-a transferat anumite prerogative care îi reveneau pârâtei CNAPM potrivit contractului de lucrări încheiat cu reclamanta.

Dovada contractului de achiziție publică încheiat între Inginer și CNAPM înțelege să o facă cu anunțul de atribuire nr.134612/14.03.2013 prin care se atribuie Servicii de consultanță de supervizare a execuției lucrărilor aferente proiectului "Finalizarea Digului de Larg din Portul Constanța" către Royal Haskoning selectat urmare a unei proceduri de licitație publică să acționeze în calitate de Inginer în contractul de achiziție publică încheiat între reclamantă și pârâta CNAPM.

Prin urmare, actele emise de către Inginer nu izvorăsc dintr-un raport juridic civil între Inginer și Beneficiar ci izvorăsc dintr-un contract de achiziție publică care, din punct de vedere legal, este un act administrativ.

Date fiind cele de mai sus, rezultă cu puterea evidenței faptul că argumentele regăsite în paragrafele ### # ### din hotărârea arbitrală care au fundamentat respingerea excepției invocate de către reclamantă prin concluziile orale și prin suplimentul la concluziile scrise încalcă flagrant normele imperative care reglementează regimul juridic al contractelor de achiziție publică.

În concluzie, întrucât termenul de 1 an prevăzut în art.1 alin. 6 din Legea ##### este un termen de decădere pârâta este decăzută din dreptul subiectiv de al invoca anularea hotărârilor Inginerului pe cale de excepție.

Astfel, hotărârea arbitrală este dată cu încălcarea următoarelor norme imperative:

- Art. 2 alin (2) lit. c din Legea ##### potrivit căruia contractul de achiziție publică este act administrativ;

- Art.3 lit. f) din OUG 34/2006 potrivit căruia contractul de achiziție publică este act administrativ;

- Art.1 alin. 6 din Legea ##### potrivit căruia anularea actului emis de către autoritatea publică se poate solicita de către autoritatea emitentă în termen de 1 an de la emiterea actului.

IV. Tribunalul Arbitral a modificat contractul de achiziție publică într-o manieră neprevăzută de lege prin invalidarea Sub-clauzei 1.9 și calificarea pretențiilor reclamantei solicitate prin pct. 1.1 ca daune interese contractuale - art. 608 alin (1) lit. h) CPC

Reclamanta a investit Tribunalul Arbitral, în principal cu o cerere de obligarea a pârâtei la plata prețului reprezentat de costurile de staționare și costurile de extindere de timp înregistrate de către reclamantă urmare a îndeplinirii necorespunzătoare de către pârâta CNAPM a obligației de a pune la dispoziție un proiect tehnic final care să reziste la o înălțime a valului de 7.5m și o frecvență a furtunilor de 1/100.

Cererea a fost întemeiata juridic pe următoarele prevederile contractuale și legale:

- Sub-clauza 1.9 CS: „Antreprenorul va înștiința Inginerul de fiecare dată când există posibilitatea ca lucrările să fie întârziate sau obstructionate, dacă o planșă sau o dispoziție necesare nu sunt eliberate Antreprenorului într-un anumit interval de timp, care trebuie să fie rezonabil. Înștiințarea va include detalii referitoare la planșa sau la dispoziție necesare, detalii privind motivul pentru care și termenul la acestea ar trebuie emise, precum și detalii referitoare la natura și durata întârzierii sau obstructionării care pot apărea ca urmare a neprimirii la timp a planșei sau dispoziției.

Dacă Antreprenorul suferă întârzieri și/sau suportă costuri ca urmare a eșecului Inginerului de a furniza planșa sau dispoziția notificate, într-un interval rezonabil și specificat în înștiințarea cu detalii justificative, Antreprenorul va transmite Inginerului o înștiințare adițională și cu condiția respectării prevederilor Sub-clauzei 20.1 [Reclamațiile Antreprenorului], va fi îndreptățit la:

(a) Prelungirea perioadei de execuție, datorată întârzierii, potrivit prevederilor Sub-clauzei 8.4 [Prelungirea Duratei de Execuție], este sau va fi întârziată, și

(b) Plata acestor Costuri, care vor fi incluse în Prețul Contractului.

După primirea acestei înștiințări adiționale, Inginerul va acționa în conformitate cu prevederile Sub-clauzei 3.5 [Hotărâri] pentru a conveni sau hotărî asupra acestor probleme. Dacă și în măsura în care eșecul Inginerului a fost cauzat, totuși, de orice eroare sau întârziere a Antreprenorului, inclusiv o eroare în oricare dintre Documentele Antreprenorului, sau o întârziere în transmiterea acestora, Antreprenorul nu va fi îndreptățit la respectiva prelungire a perioadei de execuție, la costuri suplimentare sau profit.”

-Sub-clauza 3.5 CG: „De fiecare dată când prezentele Condiții prevăd ca Inginerul să acționeze în conformitate cu prevederile prezentei Sub-clauze 3.5 pentru a conveni sau hotărî asupra oricărei probleme, Inginerul se va consulta cu fiecare parte în încercarea de a ajunge la un acord.

Dacă nu se ajunge la un acord, inginerul va lua o hotărâre echitabilă în conformitate cu prevederile Contractului, luând în considerare toate circumstanțele relevante. Inginerul va transmite ambelor părți o înștiințare asupra fiecărui acord sau hotărâre, prezentând detalii justificative. Fiecare parte se va conforma fiecărui acord sau hotărâre, până când intervine, dacă intervine, o revizuire potrivit Clauzei 20 [Reclamații, Dispute și Arbitraj]”

- Art. 4 din Acordul contractual: „Beneficiarul se obligă să plătească Antreprenorului Prețului Contractului la momentele și în maniera prevăzută de Contract, pentru executarea și finalizarea lucrărilor și remedierea oricăror defecte;

- Art. 1516 alin (1) care reglementează dreptul creditorului la îndeplinirea integrală, exactă și la timp a obligației;

- Art. 1516 alin (2) care reglementează dreptul creditorului, în ipoteza în care, debitorul nu își execută obligația, să ceară executarea silită a obligației prin formularea unei cereri de chemare în judecată sau unei cereri arbitrare;

- Art. 1527 Cod Civil, care reglementează dreptul creditorului de a solicita executarea obligației în natură, cu excepția cazului în care o asemenea executare este imposibilă. Prin cererea completatoare reclamanta a solicitat, în subsidiar, în ipoteza în care obligația de plată a prețului este imposibil de executat în natură, o executare prin echivalent, respectiv obligarea la plata unor daune interese contractuale. Temeiurile juridice invocate au fost prevederile HG ##### și ale art. 1530, 1547, 1548 Cod Civil.

Prin urmare, reclamanta a investit Tribunalul Arbitral în principal cu o cerere de plată a unor sume de bani cu titlu de preț și în subsidiar cu o cerere de plată a unor sume de bani cu titlu de daune interese contractuale în ipoteza în care este imposibil de executat obligația de plată a prețului solicitat în principal. Temeiurile juridice invocate atât pentru cererea principală cât și cea subsidiară au fost deosebit de clare și nu sunt susceptibile de interpretări, întrucât reglementează instituții juridice diferite.

Cu toate acestea, Tribunalul Arbitral a făcut o calificare cererii formulate de către reclamantă susținând că s-a raportat la temeiurile de fapt și de drept invocate (paragr. 912 din hotărârea arbitrală) și a concluzionat că sumele solicitate de reclamantă reprezintă daune interese contractuale și nu preț contractual.

Concluzia Tribunalului Arbitral din paragraful anterior este posibilă numai în ipoteza în care se invalidează Sub-clauza 1.9 din Contract, care prevede expres că, în măsura în care costurile sunt determinate expres de către Inginer, acestea se includ în Prețul Contractului.

Considerând că sumele solicitate prin capătul 1.1 din cererea de arbitrare sunt daune interese contractuale și nu preț, deși reclamanta a solicitat în principal plata acestora cu titlul de preț conform Sub-clauzei 1.9, Tribunalul Arbitral a modificat contractul de achiziție publică invalidând practic Sub-clauza 1.9. într-o manieră neprevăzută de legea specială sau generală.

Această calificare juridică a fost realizată de către Tribunalul Arbitral cu încălcarea prevederilor art.18 alin.4 din Legea ##### care enumera exhaustiv acțiunile ce pot fi formulate de către o autoritate publică și art. 22 din Cpc potrivit căror judecătorul este obligat să soluționeze litigiul conform regulilor de drept ce îi sunt aplicabile.

În cauză, Tribunalul Arbitral a refuzat practic să soluționeze cererea de arbitrare conform temeiurilor juridice indicate de către reclamantă prin cererea de arbitrare, respectiv a temeiurilor juridice contractuale și legale din care rezultă obligația pârâtei de a plăti prețul contractului reprezentat de costurile determinate de Inginer prin hotărârile sale.

Tribunalul Arbitral a încălcat prevederile art.22 alin (4) Cpc întrucât nu a pus în discuția contradictorie a părților calificarea juridică a costurilor ca daune interese contractuale și invalidarea sub-clauzei 1.9, în contextul în care reclamanta, prin petitul principal le-a denumit și solicitat cu titlu de preț.

Pe de altă parte, obiectul și limitele procesului sunt stabilite prin cererile și apărările părților, conform prevederilor art. 9 alin (2) Cpc.

Prin obiectul cererii de chemare în judecată, în contextul în care legea nu distinge urmează a fi avut în vedere atât obiectul juridic cât și obiectul material; or, atâta vreme cât reclamanta a investit Tribunalul Arbitral cu o cerere deosebit de clară sub aspectul obiectului atât



în varianta principală cât și în varianta subsidiară, Tribunalul Arbitral avea obligația legală să se pronunțe cu privire la obiectul cererilor reclamantei și în limitele în care a fost investit.

În cauză, dreptul de dispoziție al părților ca principiu fundamental al dreptului civil a fost încălcat flagrant întrucât, pe de o parte, Tribunalul Arbitral a considerat ca principal un obiect care nu a fost solicitat de către reclamantă (. daune interese contractuale) și, în subsidiar, a respins cu titlu de capete de cerere subsidiare și alternative un capăt de cerere pe care reclamanta nu l-a formulat, și anume pe cel relativ la obligația de plată a prețului și îmbogățirea fără justă cauză.

Astfel, cu referire la capătul de cerere subsidiar Tribunalul Arbitral a statuat (paragr. 1013) că „având în vedere natura juridică de daune-interese a pretenției, stabilită de Tribunalul arbitral pentru argumentele prezentate în paragr.902-914, capetele de cerere alternative și subsidiare de plată a prețului și, respectiv de plată în temeiul îmbogățirii fără justă cauză, se vor respinge ca rămase fără obiect.”

Este absolut evident și rezulta din simpla lecturare a cererii de arbitraj și a cererii de completare că nu au existat, și pe cale de consecință Tribunalul Arbitral nu a fost investit cu capetele de cerere alternative și subsidiare enunțate în paragraful anterior.

Acțiunea reclamantei a fost deosebit de clară sub aspectul cererii principale cât și sub aspectul cererii subsidiare, în sensul în care în principal reclamanta a solicitat obligarea pârâtei la plata prețului reprezentat de costurile stabilite de Inginer prin hotărâre și, în subsidiar, la plata daunelor interese în contextul în care Tribunalul Arbitral constata că nu se poate executa în natură obligația de plată a prețului.

V. Tribunalul Arbitral a acordat o executare prin echivalent, solicitată în subsidiar de către reclamantă și nu a motivat hotărârea arbitrată cu privire la imposibilitatea executării în natură a obligației de plată a prețului, executare solicitată în principal de către reclamantă art. 608 alin (1) lit. h) și g) CPC.

Considerentele unei hotărâri arbitrale trebuie să conțină, pe lângă arătarea obiectului cererii, a susținerilor pe scurt ale părților, expunerea situației de fapt reținută de tribunal pe baza probelor administrate, motivele de fapt și de drept pe care se întemeiază soluția, arătându-se atât motivele pentru care s-au admis, cât și cele pentru care au fost înlăturate cererile părților;

Nemotivarea unei hotărâri atrage nulitatea hotărârii, nulitate virtuală și absolută întrucât sancțiunea nulității nu este prevăzută expres de lege, dar obligația motivării hotărârii este reglementată printr-un text ce ocrotește un interes public.

Astfel, o motivare implicită a unor capete de cerere sau cereri adiționale ori incidentale nu poate fi considerată ca fiind corespunzătoare exigențelor art.425 alin. (1)NCPC, dat fiind faptul că în dispozitiv trebuie să se regăsească soluția dată fiecărei cereri care a constituit cadrul obiectiv al judecății.

Obligația tribunalului de a-și motiva hotărârea nu trebuie înțeleasă ca necesitând un răspuns la fiecare argument invocat în sprijinul unui mijloc de apărare ridicat.

În conformitate cu jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului, întinderea motivării depinde de diversitatea mijloacelor pe care o parte le poate ridica în instanță, precum și de prevederile legale, de obiceiuri, de principiile doctrinare și de practicile diferite privind prezentarea și redactarea sentințelor și hotărârilor în diferite state. Pentru a răspunde cerințelor procesului echitabil, motivarea ar trebui să evidențieze că arbitrii au examinat cu adevărat

chestiunile esențiale ce le-au fost prezentate, respectiv capetele de cerere cu care Tribunalul Arbitral a fost investit să le soluționeze.

În jurisprudență se mai reține și faptul că motivarea este un element esențial al unei hotărâri judecătorești, o puternică garanție a imparțialității judecătorului și a calității actului de justiție, precum și o premisă a exercitării corespunzătoare de către instanța superioară a atribuțiilor de control judiciar de legalitate și temeinicie. Obligativitatea motivării hotărârilor judecătorești constituie o condiție a procesului echitabil, exigență a art.21 alin. (3) din Constituția României și art. 6 alin. (1) din Convenția pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale [C.A. București, s. a V-a civ., dec. nr. 429/2015, în CABB 2015, I, p. 33).

De asemenea, în jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului în hotărârea ##### c. României se reține că dreptul la un proces echitabil, garantat de art.6 par.1 din Convenția europeană a drepturilor omului, include, printre altele, și dreptul părților de a prezenta observațiile pe care le consideră pertinente pentru cauza lor. Întrucât Convenția nu are drept scop garantarea unor drepturi teoretice sau iluzorii, ci drepturi concrete și efective, acest drept nu poate fi considerat efectiv decât dacă aceste observații sunt în mod real „ascultate”, adică în mod corect examinate de către instanța sesizată. Altfel spus, art. 6 implică mai ales în sarcina instanței obligația de a proceda la un examen efectiv al mijloacelor, argumentelor și al elementelor de probă ale părților, cel puțin pentru a le aprecia relevanța [Perez c. Franței și Hotărârea ### der Hurk c. Olandei].

Totodată, astfel cum s-a arătat în Hotărârea ##### c. României, art.6 par. 1 obligă instanțele să-și motiveze hotărârile, aceasta neînsemnând însă că se cere un răspuns detaliat la fiecare argument; amploarea acestei obligații poate varia în funcție de natura hotărârii, astfel că problema de a ști dacă o instanță și-a încălcat obligația de a motiva ce decurge din art. 6 din Convenție nu se poate analiza decât în lumina circumstanțelor speței.

De asemenea, noțiunea de proces echitabil cere ca o instanță internă care nu și-a motivat decât pe scurt hotărârea, indiferent dacă a făcut-o alipind motivele oferite de o instanță inferioară sau altfel, să fi examinat cu adevărat problemele esențiale ce i-au fost supuse atenției.

Nu în ultimul rând, se reține în practica instanței de contencios european al drepturilor omului că obligația instanței de a răspunde prin motivare la argumentele prezentate de părți este justificată, întrucât „numai prin pronunțarea unei hotărâri motivate poate fi realizat un control public al administrării justiției” (Hirvisaari c. Finlandei) [C.A. Cluj, s. a II-a civ., dec. nr. 183/2014, în CACIB 2014, I, p. 42].

În speță, se constată că Tribunalul Arbitral nu a examinat capătul de cerere principal cu care a fost investit, respectiv executarea de către pârâtă a obligației de a plăti prețul contractual reprezentat de costurile stabilite prin hotărârile Inginerului.

Motivarea capătului de cerere subsidiar care a avut ca obiect obligarea pârâtei la daune interese contractuale este o motivare implicită referitoare la căpătui de cerere principal care nu este corespunzătoare exigențelor art. 425 alin. (1) NCPC și, conform interpretărilor date de CEDO cu privire la noțiunea de proces echitabil care respecta exigentele art. 6 par. 1 din Convenție.

Deși, Tribunalul Arbitral a fost investit prin capătul 1.1. cu o cerere de obligare a pârâtei la plata unei diferențe de preț rezultă cu puterea evidenței, că nu s-a pronunțat nici măcar sumar

cu privire la niciunul dintre argumentele aduse de către reclamantă în susținerea cererii sale formulate în principal.

Această lipsă de motivare cu privire la respingerea capătului de cerere principal nu poate fi asanată prin pretinsa calificare pe care Tribunalul a făcut-o atâta vreme cât această calificare nu a fost pusă în discuția părților, pe de o parte, iar pe de altă parte limitele investirii Tribunalului Arbitral au fost trasate în mod clar de către reclamantă prin cererea de arbitraj și cererea completatoare.

Potrivit prevederilor art.1527 Cod Civil, creditorul poate cere întotdeauna ca debitorul să execute obligația în natură cu excepția cazului în care o asemenea executare este imposibilă.

Tribunalul Arbitral nu s-a pronunțat cu privire la motivul/motivele pentru care executarea în natură a obligației de plată a prețului este imposibilă, în contextul în care prin cererea de arbitraj reclamanta a înțeles să investească în principal Tribunalul Arbitral cu o cerere de obligare la plata prețului întemeiată pe norma imperativă conținută în art.1516 Cod Civil și pe prevederile contractuale (Sub-clauza 1.9 CS și art. 4 din Acordul Contractual).

Tribunalul Arbitral putea să dispună o executare prin echivalent solicitată de către reclamantă, în subsidiar, numai în ipoteza în care constata că executarea în natură de plata a prețului a devenit imposibilă.

Toate motivele, respectiv examinarea condițiilor răspunderii contractuale, sunt relaționate la executarea prin echivalent solicitată de către reclamantă în subsidiar, fără să existe o minimă referire/analiză la cererea principală formulată de către reclamantă sau la motivele invocate de către reclamantă în susținerea acestei cereri.

În concluzie, solicită a se constata că hotărârea arbitrală încalcă prevederile imperative ale art.425 CPC, art. 1516 și 1527 Cod Civil, art. 6 par. 1 din Convenția Europeană a Drepturilor Omului.

Pe fond, în principal reclamanta solicită:

Căpătul de cerere 1.1. - Obligarea pârâtei la plata restului de preț conform facturilor:

28.#####2.06.2014, 28.#####7.03.2015,  
28.#####7.04.2015, 28.#####0.12.2015, reprezentat de costurile  
afereente timpului de staționare și costuri afereente extinderii de timp în valoare de 55.293.806,10  
RON inclusiv TVA;

Capătul de cerere 11.1 - Obligarea pârâtei la plata dobânzii contractuale, calculată conform Sub-clauzei 14.8 până la și incluzând data de 02.06.2019, pentru neîndeplinirea de către Beneficiar a obligației de plată a restului de preț de 55.289.806,10 RON, conform facturilor emise, în valoare de 13.200.849,00 RON, și în continuare dobânda contractuală până la data plății efective.

Lucrarea „Prelungirea digului de larg" nu a putut fi executată conform Proiectului Tehnic final, parte din documentația de atribuire și s-a impus o revizuire a acestuia în raport de valoarea maximă a valului semnificativ și probabilitatea de 1/100 de apariție a furtunilor.

Proiectul tehnic inițial a fost revizuit de către Proiectantul Beneficiarului, Iptana și predarea, respectiv aprobarea acestuia de către Beneficiar s-a făcut astfel:

- Noiembrie 2013, prin adresa 3368/13.11.2013, Proiectul Tehnic Revizuit a fost predat de către Beneficiar prima variantă;

- Decembrie 2013, prin adresa 3674/12.12.2013, Beneficiarul a predat varianta Revizia 2 a Proiectului Tehnic și în data de 19.12.2013, Beneficiarul a avizat Proiectul Tehnic Final Revizuit în ședința Consiliului Tehnico Economic

- Ianuarie 2014-prin adresa nr.29/09.01.2014 [Vol. XXII - Anexa 5 Punct de vedere Specialitatea FID/CJ, Beneficiarul a transmis Listele de Cantități și Descrierea Lucrărilor aferente privind completarea proiectului cu activitățile necesare a se executa în zona de tranziție.

Instrucțiunile Inginerului, deși Caietul de sarcini în pct. 3.2 Execuția profilelor digurilor și protejarea taluzului - generalități prevedea obligația de a lucra concomitent pe toate cele 3 zone și anume faptul că „punerea în operă a materialelor digului va fi o operațiune continuă, astfel încât niciunul dintre straturile inferioare să fie lăsat neprotejat pe o distanță mai mare de 30 m”, au fost emise după cum urmează:

- 13 August 2013 - Antreprenorul a primit planul final al secțiunii transversale prin corpul digului (Trunchi) precum și instrucțiunea de a construi corpul digului în conformitate cu acest plan (adresa 9V7125/VODMC/C067).

- 17 Februarie 2014 - Antreprenorul a primit instrucțiunea Inginerului de a construi Zona de racordare (tranziție) conform Proiectelor de detaliu transmise de Beneficiar în 13.02.2014 (9V7125/VODMC/C142);

- 13 Mai 2014 și 18 August 2014, Antreprenorul a primit de la Inginer instrucțiunea de a construi conform Proiectelor de detaliu transmise de Beneficiar în 01.04.2014 (adresele 9V7125/VODMC/C193 și 9V7125/VODMC/C265);

Instrucțiunile Inginerului sunt obligatorii conform Sub-clauzei 3.3 potrivit căreia Antreprenorul este obligat să respecte dispozițiile primite de la Inginer cu privire la orice problema în legătură cu contractul.

Având în vedere că instrucțiunile Inginerului au fost emise la date diferite, în perioada 13.08.2013 - 18.08.2014 și pe zone diferite din proiect, Antreprenorul nu a putut să lucreze concomitent, conform prevederilor din Caietul de Sarcini, fapt ce a condus la o utilizare ineficientă a utilajelor mobilizate să lucreze concomitent pe toate secțiunile digului.

Astfel, revizuirea Proiectului tehnic, predarea în etape, pe secțiuni precum și modul și termenele la care au fost emise instrucțiunile Inginerului contrar prevederilor Caietului de sarcini au determinat o extindere a duratei de execuție și costuri suplimentare concretizate în costuri de staționare pentru echipamentele, utilajele, personalul Antreprenorului, și costuri aferente extinderii duratei de execuție necesară realizării lucrărilor suplimentare conform Proiectului revizuit.

Având în vedere evenimentele mai sus menționate, Antreprenorul, a formulat o reclamație prin care a solicitat Inginerului să pronunțe o hotărâre prin care să dispună prelungirea duratei de execuție și plata costurilor aferente timpului de staționare și plata costurilor aferente extinderii duratei de execuție.

Inginerul a emis astfel patru hotărâri obligatorii conform Sub-clauzei 3.5, nerevizuite conform Contractului în termenul de decădere prevăzut de art.1 alin (6) din Legea 554/2004, astfel:

- Hotărârea 9V7125/VODMC/C180 din 15.04.2014 - Hotărârea Inginerului privind reclamația de prelungire a perioadei de execuție și calculul în desfășurare pentru costul timpului de staționare;

- Hotărârea 9V7125/VODMC/C392 din 09.03.2015 - Hotărârea Inginerului privind revendicarea de prelungire a duratei de execuție și calculul în desfășurare pentru costul timpului de staționare;

- Hotărârea 9V7125/VODMC/C533 din 11.09.2015 - Determinarea Revendicării nr. 1 a Inginerului - Partea a 1 – a;

137. De asemenea, Hotărârile Inginerului nu au fost revocate și nici anulate în conformitate cu prevederile art.1 alin (6) din Legea 554/2004.

Prin hotărârea 9V7125/VODMC/C392, Inginerul a hotărât:

- Acordarea unor costuri în suma totală de 5.538.614 Lei (33.567,36 lei/zi) aferente extinderii duratei de execuție pe parcursul celor 165 zile pentru alte articole contractuale, și anume:

- Articolul ##### # prevederi pentru garanția de buna execuție;
- Articolul ##### # prevederi pentru asigurarea contractului;
- Articolul ##### # prevederi pentru organizarea de șantier;
- Articolul ##### # prevederi pentru operarea și întreținerea vehiculelor;
- Articolul ##### # organizare de șantier (exceptând prevederi pentru personal, management și prevederi pentru formare personal propriu, ambele urmând a fi determinate);
- Articolul ##### # Prevederi pentru utilizarea și întreținerea laboratoarelor;
- Articolul ##### # Prevederi pentru întreținerea birourilor și echipamentelor Consultantului;

- Articolul ##### # Prevederi pentru utilizarea și întreținerea unei nave pentru măsurători, a echipamentului de măsurare și scufundare;

- Acordarea unor costuri aferente timpului de staționare și operatori în sumă de 6.257.438 Euro pentru următoarele echipamente și utilaje:

- Razende Boi și operatorii săi, între 04.12.2013 și 19.02.2014;
- Razende Bol și operatorii săi, între 16.04.2014 și 27.06.2014;
- Toomal și operatorii săi, între 04.12.2013 și 15.02.2014;
- Tamuata și operatorii săi, între 05.10.2013 și 20.02.2014;
- India și operatorii săi, între 05.10.2013 și 15.02.2014;
- Excavator PC 1200 și operatorii săi, între 04.10.2013 și 15.02.2014
- Stoney 5, între 18.11.2013 și 21.02.2014
- Stoney 6, între 23.12.2013 și 22.02.2014
- Excavator PC 1900 și operatorii săi, între 05.10.2013 și 29.05.2014
- ##### 385, între 22.10.2012 și 16.06.2014
- Jamuna, între 05.10.2013 și 07.05.2014

Prin Hotărârea 9V7125/VODMC/C533 Inginerul a determinat cele două elemente parte din Organizarea de Șantier pentru care a considerat ca nu avea toate elementele necesare la data hotărârii 9V7125/VODIV1C/C392 - prevederi pentru personal, management și prevederi pentru formare personal propriu în sumă totală de 6.123.747,30 lei (165 x 37.113,62 lei/zi).

Sumele determinate de Inginer prin Hotărârile 9V7125/VODMC/C392 și 9V7125/VODMC/C533 au fost incluse de către Antreprenor în Situațiile Interimare de Plată (SIP) și certificate de Inginer în Certificatele Interimare de Plată (CIP) 13, 22, 23 și 30, CIP-uri

pe baza cărora, conform Sub-clauzei 14.7, Antreprenorul a fost obligat să emită facturi fiscale, facturi care au fost plătite parțial de către Beneficiar.

Refuzul Beneficiarului de a plăti este nelegal în contextul în care, pe de o parte hotărârile Inginerului sunt obligatorii conform Sub-clauzei 3.5, iar pe de alta parte Antreprenorul avea obligația de a emite facturi în cazul în care Inginerul emiterea CIP-uri, facturi pe care Beneficiarul și-a asumat obligația contractuală de a le plăti în termen de 28 de zile de la emitere, conform prevederilor Sub-clauzei 14.7 [Plata].

Având în vedere că Beneficiarul nu a înțeles să facă plata în termen de 28 de zile a facturilor aferente sumelor hotărâte și certificate de către Inginer, fiind o dispută în legătură cu executarea Contractului, în conformitate cu prevederile Sub-clauzei 20.4, Antreprenorul a sesizat CSD.

CSD a soluționat disputa prin Decizia nr. # CSD din data de 9 mai 2016 în sensul în care Beneficiarul a fost obligat la plata sumei de 44.403.837,90 RON (fără TVA) reprezentând costurile de staționare și costurile aferente prelungirii perioadei de execuție incluse în CIP-urile 13, 22, 23, 24, 29 și 30.

CSD consideră că „acordul clar al părților este că Antreprenorul trebuie să emită factura sa cu suma hotărâtă de Inginer și că Beneficiarul și-a asumat să plătească acea factură în termen de 28 de zile de la data emiterii facturii. Nu există nici o prevedere în termenii de plată sau altundeva în Contract, ca oricare dintre părți să facă schimbări sau modificări la suma certificată în CIP- uri astfel cum a fost hotărât de către Inginer" (Decizia # CSD, paragraf 2.1.4)

Beneficiarul a formulat o înștiințare de Dezacord și nu a respectat nici Decizia CSD nr. 7, deși conform Sub-clauzei 20.4 părțile aveau obligația „să o pună în aplicare cu promptitudine”, și simpla formulare a unei înștiințări de Dezacord nu suspenda efectul obligatoriu al deciziei CSD.

Refuzul Beneficiarului de a executa obligația de plată a sumelor determinate și certificate de către Inginer, facturate de către Antreprenor și validate prin Decizia CSD nr. 7 încalcă principiul forței obligatorii a contractului instituit de art. 1270 Cod Civil.

Nu exista nici o clauză contractuală care să permită Beneficiarul să nu plătească o suma facturată bazată pe baza unui CIP emis de către Inginer care este reprezentantul Beneficiarului în contract.

Prin urmare, Beneficiarul este obligat să plătească, în totalitate sumele din facturile emise de către Antreprenor, care corespund cu CIP - urile 13,22,23 și 30 emise de către Inginer, în suma totală de 55.293.806,10 lei cu TVA, în conformitate cu Clauza 4 din Acordul Contractual și Sub - clauza 14.7 [Plățile],

Astfel, prin Raportul de expertiza contabilă [Cap - Concluzii fila 110] s-a determinat ca suma neplătită de către Beneficiar cu titlu de preț este de 55.293.806,10 lei inclusiv TVA aferentă următoarelor facturi:

- suma de 19,108,428.35 lei fără TVA certificată în CIP 13 și facturata conform facturii 28.##### / 02.06.2014 care are data scadenta la 30.06.2014.
- suma de 12,167.523,95 fără TVA certificata în CIP 22 și facturată conform facturii 28.##### /17.03.2015 care are data scadenta la 14.04.2015.
- suma de 312,163.52 fără TVA certificată în CIP 23 și facturata conform facturii 28.#####17.04.2015 si reținuta la plata din factura 28.#####, care are data scadenta la 03.12.2015;

- suma de 13,786,751.68 fără TVA certificată în CIP 30 și facturată conform facturii 28.#####10.12.2015, care are data scadența la 07.01.2016.

150. Executarea în natura a obligațiilor contractuale este o regula cu valoare de principiu consacrată de art. 1516 Cod Civil și 1527 Cod Civil reprezentând un corolar al principiului forței obligatorii a contractului.

În contextul în care Beneficiarul a refuzat să execute voluntar obligația contractuală de plată a costurilor aferente timpului de staționare și aferente extinderii de timp, Antreprenorul a înțeles să recurgă la remediile neexecutării obligațiilor prevăzute de Codul Civil, după parcurgerea procedurilor prealabile stabilite contractual de către părți.

Culpa părâtei CNAPM este prezumată, conform prevederilor 1548 Cod Civil, aceasta rezultând din simplu fapt al neexecutării obligației contractuale de plată a prețului stabilită de art.4 din Acordul Contractual, preț care a fost stabilit chiar de către părată în modalitatea reglementată contractual.

Suplimentar, în completarea prezumției legale, culpa părâtei rezultă și din faptul că pe parcursul a aproape 5 ani de la data emiterii hotărârilor Inginerului și certificării plăților datorate de către Beneficiar, aceasta a stat în pasivitate fără să solicite revizuirea hotărârilor Inginerului sau a certificatelor interimare de plată și nici anularea acestor acte înăuntrul termenului de decădere de 1 an de zile prevăzut de către art. 1 alin (6) din Legea 554/2004.

În concluzie, conform prevederilor Sub-clauzei 1.9 CS coroborat cu art. 4 din Acordul Contractual și prevederile art. 1516 și 1527 din Codul Civil, Reclamanta solicită executarea silită în natura a obligației de plată a prețului, respectiv obligarea părâtei CNAPM la plata sumei de 55.293.806,10 lei inclusiv TVA.

De asemenea, conform Sub-clauzei 14.8 din Contract coroborat cu prevederile art. 1535 Cod Civil, părata datorează dobânzi contractuale în valoare de 13.200.849,00 RON, și în continuare dobânda contractuală până la data plății efective, cuantumul acestora fiind determinat prin raportul de expertiză contabilă la data de 02.06.2019.

Pe fond, în subsidiar, reclamanta solicită obligarea părâtei la plata daunelor interese în valoare totală de 55.293.806,10 lei și a dobânzilor contractuale în valoare de 13.200.849,00 RON, și în continuare dobânda contractuală până la data plății efective.

Prin cererea completatoare depusă la data de 19.07.2017, reclamanta a solicitat, în subsidiar, cu privire la capetele de cerere 1.1 obligarea părâtei la plata sumei reprezentând costurile aferente timpului de staționare și costurile aferente extinderii de timp cu titlul de daune interese, în temeiul prevederilor art. 97 alin 6 din HG 925/2006, versiunea în vigoare la data semnării Contractului și conform prevederilor art.1530 și următoarele din Codul Civil.

Ipoteza avută în vedere de dispozițiilor legale evocate în paragraful precedent este data de extinderea duratei de execuție cu 222 de zile din culpa exclusivă a Beneficiarului, urmare a revizuirii proiectului tehnic final.

În măsura în care se constată că a devenit imposibilă executarea obligației de plată a prețului reprezentat de costurile de staționare și extindere de timp solicitată ca petit principal, reclamanta înțelege să solicite în subsidiar aceste costuri cu titlu de daune interese.

Din probele administrate în cauză a rezultat faptul că părata a pus la dispoziția reclamantei prin documentația de atribuire, cu titlu de Proiect Tehnic Final un proiect care a

eșuat la testele 2D, în sensul în care s-a dovedit instabil în raport de înălțimea valului determinat prin studiul de val instrucionat de Inginer și în raport de frecvența furtunilor de 1 la 100.

Urmare a eșecului Proiectului Tehnic menționat ca fiind Final în documentația de atribuire, pârâta a procedat la revizuirea acestuia în urma încercărilor pe model fizic, revizuire care a presupus modificarea următoarelor volume din Proiectul Tehnic:

- Vol. 1 - Descrierea generala a lucrărilor
- Vol. 2 - Caietul de sarcini (Cap 4 și Cap 6)
- Vol. 3 - Liste de cantități
- Vol. 4 - Planșele

Revizuirea Proiectului Tehnic, predarea pe zone a acestuia, emiterea a 4 instrucțiuni în perioada 13.08.2013 -18.08.2014 și lucrările suplimentare rezultate ca urmare a revizuirii Proiectului au determinat o extindere a duratei de execuție cu 222 de zile.

În această perioadă de așteptare a revizuirii proiectului tehnic și de emitere de instrucțiuni succesive pentru cele 3 zone ale proiectului, navele și echipamentele mobilizate de către Antreprenor nu au putut să lucreze sau nu au putut să lucreze concomitent pe cele 3 zone conform prevederilor pct. 2.3 din Caietul de Sarcini și au înregistrat costuri de staționare.

Din înscrisurile administrate rezultă o situație factuală total diferită de cea reținută de Tribunalul Arbitral, care a ales deliberat să ignore 3 din cele 4 instrucțiuni emise de Inginer pentru a construi teoria pe care să susțină reducerea perioadei de staționare a utilajelor, astfel:

- ## data de 08.03.2013, reclamanta a primit ordinul de începere a lucrărilor;
- ## data de 05.07.2013, reclamanta ar fi trebuit să înceapă execuția lucrărilor concomitent pentru cele 3 zone ale digului de larg conform Programului de execuție parte componentă a Contractului;
- ## data de 26.06.2013 a fost notificat eșecul Proiectului tehnic final parte din documentația de atribuire și reclamanta a formulat reclamația pentru costuri;
- ## data de 13.08.2013, prin adresa 9V7125/VODMC/C067 Antreprenorul a primit numai planul final al secțiunii transversale prin corpul digului (Trunchi) precum și instrucțiunea de a construi numai această zona a digului, instrucțiune pe care reclamanta a fost obligată să o execute;
- ## data de 05.10.2013 au început să se înregistreze primele staționari ale utilajelor, întrucât nu se putea lucra pe celelalte zone în lipsa proiectului revizuit și a instrucțiunilor Inginerului pentru celelalte 2 zone;
- ## data de 13.11.2013, prin adresa 3368, Proiectul Tehnic Revizuit a fost predat de către Beneficiar;
- ## data de 29.11.2013, Beneficiarul a predat prin delegat o variantă alternativă a Proiectului Tehnic Revizuit. Predarea a fost confirmată prin adresa Beneficiarului nr. 3555/02.12.2013;
- ## data de 12.12.2013, prin adresa 3674, Beneficiarul a predat varianta Revizia 2 a Proiectului Tehnic;
- ## data de 19.12.2013, Beneficiarul a avizat Proiectul Tehnic Final Revizuit în ședința Consiliului Tehnico Economic;



- ## data de 23.12.2013, prin adresa 3775 Beneficiarul a informat Antreprenorul si Inginerul asupra faptului ca în ședința Consiliului Tehnico Economic a fost avizat Proiectul Tehnic Final Revizuit;

- ## data de 09.01.2014, prin adresa nr. 29 Beneficiarul a transmis Listele de Cantități și Descrierea Lucrărilor aferente privind completarea proiectului cu activitățile necesare a se executa în zona de tranziție, liste de cantități - parte componenta din proiectul tehnic revizuit și din Contract;

- ## data de 17.02.2014, prin adresa 9V7125/VODMC/C142, Antreprenorul a primit instrucțiunea Inginerului de a construi Zona de racordare (tranziție) conform Proiectelor de detaliu transmise de Beneficiar în 13.02.2014;

- ## data de 13.05.2014 și la data de 18.08.2014, prin adresele 9V7125/VODMC/C193 și 9V7125/VODMC/C265, Antreprenorul a primit de la Inginer instrucțiunile de a construi Capul digului conform Proiectelor de detaliu transmise de Beneficiar în 01.04.2014.

În concluzie, în raport de aceste înscrisuri rezulta faptul ca situația factuală reținută de către Tribunalul Arbitral atât cu privire la data de predarea a proiectului tehnic revizuit cât și cu privire la instrucțiunile emise de către Inginer este complet falsă și a fost denaturată cu scopul de a crea o aparentă justificare pentru reducerea perioadei de staționare, perioada calculată, în realitate, corect de către Inginer.

De asemenea, Tribunalul Arbitral, în scopul de a reduce cuantumul costurilor de extindere a eliminat din structura costurilor de extindere un element de cost relativ la managementul proiectului, deși acest cost a fost prevăzut în Listele de Cantități ca fiind necesar pe întreaga durată de execuție a proiectului și, deși, este de bun simț faptul că executarea lucrărilor la digul de larg pe perioada de 165 de zile de extindere a fost condusă de manageri și nu a fost realizată de către muncitori pe șantier, fără supervizarea unui personal calificat cu atribuții de management. Și în acest caz, scopul Tribunalului Arbitral nu a fost acela de a examina corect probele administrate de către reclamanta ci de a reduce cuantumul costurilor alegând, practic, eliminarea unui articol care avea o pondere însemnată deși așa cum a arătat nu este nevoie de o teorie științifică pentru a înțelege că un proiect de o astfel de anvergură a fost coordonat de către personal de management specializat.

În plus, conform Sub-clauzei 17.3, proiectarea oricărei părți din lucrări de către Proiectantul Beneficiarului sau de alte persoane pentru care este responsabil Beneficiarul reprezintă un risc al Beneficiarului.

Atâta vreme cât pârâta a prevăzut prin documentația de atribuire obligația pentru Antreprenor de a realiza teste 2D și 3D, acesta înseamnă că pârâta a prevăzut faptul că deși Proiectul Tehnic a fost prezentat în Documentația de Atribuire ca Proiect Tehnic Final va trebui să fie revizuit.

Pe de altă parte însă, pârâta a prevăzut un singur rând de teste 2D ceea ce înseamnă că pârâta nu a prevăzut ca Proiect Tehnic Final va presupune o revizuire atât de amplă care a făcut necesară retestarea 2D a diverselor variante revizuite de către Proiectantul Beneficiarului.

Situațiile descrise în paragrafele anterioare se subsumează ipotezelor legale din art.16 alin.3 Cod Civil, a faptelor săvârșite din cuplă, respectiv atunci când autorul prevede rezultatul faptei sale dar nu îl acceptă socotind fără temeii că nu se va produce, fie nu prevede rezultatul faptei deși trebuia să îl prevadă.

Prin urmare, rezultă fără dubiu faptul că extinderea duratei de execuție a fost generată de culpa exclusivă a Beneficiarului.

Potrivit prevederilor art. 1530 Cod Civil, dar și prevederilor din legislația specială evocată, Antreprenorul are dreptul la daune interese pentru repararea prejudiciului pe care pârâta l-a cauzat și care este consecința directă și necesară a neexecutării culpabile a obligației de a pune la dispoziția Antreprenorului prin Documentația de Atribuire un Proiect Tehnic Final care să fie stabil în condițiile testărilor 2D și 3D.

De asemenea, prin Contract s-a stabilit că Antreprenorul este îndreptățit să primească costurile stabilite prin hotărârea Inginerului în cazul în care durata de execuție a Contractului se prelungește din culpa Beneficiarului.

Pe de altă parte, pârâta prin Inginer a emis pe baza revizuirii proiectului patru instrucțiuni succesive de lucru pe cele 3 zone ale proiectului în perioada 13.08.2013 - 18.08.2014, așa încât în toată această perioadă reclamanta a fost împiedicată să lucreze concomitent pe cele 3 zone ale digului așa cum se prevăzuse în caietul de sarcini și o parte dintre utilaje au fost în diverse perioade în staționare.

Hotărârile Inginerului, Deciziile CSD, CIP-urile, facturile pe care Antreprenorul a fost obligat să le emită conform Sub-clauzei 14.7 și raportul de expertiză contabilă probează, fără nici un dubiu, caracterul cert al prejudiciului suferit (art.1532 Cod Civil) de către Antreprenor, prejudiciu concretizat în costuri de staționare a navelor și utilajelor Antreprenorului și costuri pentru articolele fixe care au fost suportate de către reclamantă pe perioada de extindere după cum rezulta din înscrisurile prezentate în paragrafele următoare.

Prin hotărârea 9V7125/VODMC/C392, Inginerul a hotărât asupra prelungirii duratei de execuție, și a stabilit costurilor aferente timpului de staționare și costurilor aferente extinderii duratei de execuție astfel:

- O prelungire a duratei de execuție cu 165 de zile - 41 zile (între 05.07.2013 și 15.08.2013 perioada între data la care lucrările ar fi trebuit să înceapă conform programului inițial și data instrucțiunii pentru construcția corpului digului) + 124 zile (între 05.10.2013 și 30.04.2013, perioada în care toate echipamentele de punere în opera a carapacei din șantier au fost, în mod simultan, în staționare din cauza lipsei proiectului pentru Zona de Tranziție și a instrucțiunii aferente);

• Costul în sumă totală de 5.538.614 Lei (33.567,36 lei/zi) aferent extinderii duratei de execuție pe parcursul celor 165 zile pentru alte articole contractuale, și anume:

- Articolul ##### # prevederi pentru garanția de bună execuție;

- Articolul ##### # prevederi pentru asigurarea contractului;

- Articolul ##### # prevederi pentru organizarea de șantier;

- Articolul ##### # prevederi pentru operarea și întreținerea vehiculelor;

- Articolul ##### # organizare de șantier (exceptând prevederi pentru personal, management și prevederi pentru formare personal propriu, ambele urmând a fi determinate);

- Articolul ##### # Prevederi pentru utilizarea și întreținerea laboratoarelor;

- Articolul ##### # Prevederi pentru întreținerea birourilor și echipamentelor Consultantului;

- Articolul ##### # Prevederi pentru utilizarea și întreținerea unei nave pentru măsurători, a echipamentului de măsurare și scufundare;

• Costul aferent timpul de staționare și operatori în sumă de 6.257.438 Euro pentru următoarele echipamente și utilaje:

- Razende Bol și operatorii săi, între 04.12.2013 și 19.02.2014;
- Razende Bol și operatorii săi, între 16.04.2014 și 27.06.2014;
- Toomai și operatorii săi, între 04.12.2013 și 15.02.2014;
- Tamuata și operatorii săi, între 05.10.2013 și 20.02.2014;
- India și operatorii săi, între 05.10.2013 și 15.02.2014;
- Excavator PC 1200 și operatorii săi, între 04.10.2013 și 15.02.2014
- Stoney 5, între 18.11.2013 și 21.02.2014
- Stoney 6, între 23.12.2013 și 22.02.2014
- Excavator PC 1900 și operatorii săi, între 05.10.2013 și 29.05.2014;
- ##### 385, între 22.10.2012 și 16.06.2014;
- Jamuna, între 05.10.2013 și 07.05.2014.

Prin Hotărârea 9V7125/VODMC/C533, Inginerul a determinat cele două elemente parte din Organizarea de Șantier pentru care a considerat că nu avea toate elementele necesare la data hotărârii 9V7125/VODMC/C392 - prevederi pentru personal, management și prevederi pentru formare personal propriu în sumă totală de 6.123.747,30 lei (165 x 37.113,62 lei/zi).

CSD a soluționat disputa determinată de neplata facturilor emise în baza hotărârilor Inginerului și CIP-urilor prin care s-a certificat valoarea costurilor stabilite prin hotărârile Inginerului prin Decizia nr.#, în sensul în care Beneficiarul a fost obligat la plata costurilor de staționare și costurilor aferente prelungirii perioadei de execuție pentru 165 de zile.

Raportul de expertiză contabilă (Concluzii - obiectiv 1) a determinat ca valoarea costurilor de staționare și costurile aferente prelungirii perioadei de execuție pentru 165 de zile ca fiind 55.293.806,10 lei inclusiv TVA, raportat la facturile pe care reclamanta a fost obligată să le emită conform certificărilor Inginerului.

Suma reprezentând TVA plătită către bugetul de stat de către reclamanta reprezintă o parte din prejudiciul suportat de către reclamantă și trebuie să fie acoperită printr-o executare prin echivalent, respectiv prin acordarea de daune interese conform principiului reparării integrale a prejudiciului.

În ceea ce privește diligența reclamantei de a reduce prejudiciul, în hotărârea 9V7125/VODMC/C392 (pag 7), Inginerul concluzionează că „Antreprenorul a făcut mari eforturi pentru a continua să lucreze acolo unde era posibil și totodată pentru a reduce costul pentru proiect”, în contextul în care la data de 13.08.2013 a primit numai instrucțiunea de a construi corpul digului pe baza primelor serii de rezultate acceptate ale testării.

De asemenea, Inginerul a arătat faptul că “după primirea Instrucțiunii lucrările la secțiunea corpului digului au putut fi executate cu nava Franz până la cota - 6 metri CD”, deoarece execuția lucrărilor la aceasta cotă nu ar fi pus în pericol lucrările pe parcursul sezonului de iarnă și întrucât proiectul pentru zona de tranziție nu era finalizat nu era posibil accesul utilajelor terestre care trebuiau să instaleze straturile de protecție pe nucleul digului.

Prin urmare, Inginerul concluzionează că lucrările pe corpul digului au fost executate într-un mod mai puțin eficient în contextul în care Antreprenorul nu putea să folosească zona de tranziție pentru a putea accesa zona de trunchi.

Eforturile Antreprenorului de a lucra pe corpul digului sunt probate și de expertiza hidrotehnică (Concluzii - Răspuns obiectiv D1 pag 172) care reține că “în perioada în care Beneficiarul, prin Proiectantul său, a revizuit Proiectul Inițial, au fost îndepărtate și transportate o parte din elementele de beton din zona de tranziție, s-a transportat și plasat piatra 1-500kg în zona de miez a digului, dar în afara acestor lucrări care au fost induse în situațiile de lucrări, au mai fost realizate lucrări de extragere a pietrei din cariere, s-a lucrat ## organizarea de șantier, au fost turnați 2560 Accropozi de 3mc, 2877 Accropozi de 9mc și 279 Accropozi de 12mc”

Dincolo de diligențele și eforturile Antreprenorului de a lucra numai pe zona capului de dig probele administrate au dovedit faptul că Antreprenorul nu a putut să utilizeze navele și utilajele mobilizate pentru celelalte două secțiuni ale digului în contextul în care proiectul tehnic pentru zona de tranziție și capul de dig nu au fost revizuite în același timp cu cel pentru corpul digului, astfel încât Antreprenorul să fie în măsură cu lucreze concomitent cu toate navele și utilajele mobilizate pe cele 3 zone.

Expertiza hidrotehnică (Concluzii - Răspuns obiectiv D2 pag 174), concluzionează că în contextul în care Antreprenorul nu ar fi depus toate diligențele pentru a lucra numai la nucleul digului, cuantumul costurilor de staționare ar fi fost de 13.763.202 Euro.

Practic, expertul hidrotehnic arată că numai o componentă a costurilor stabilită de către Inginer prin hotărârile sale (costurile de staționare) s-ar fi dublat dacă Antreprenorul ar fi așteptat să primească proiectul și instrucțiunile pe toate cele trei zone așa cum era prevăzut în Contract.

În cauză au fost astfel probate:

- Fapta ilicită respectiv neexecutarea obligației de a pune la dispoziția reclamantei la data de începere a lucrărilor stabilită în Programul de execuție a unui Proiect tehnic final;

- Prejudiciul reprezentând costurile de staționare, costurile înregistrate pe perioada de extindere a duratei contractului determinate de Inginer conform listelor de cantități parte componentă a Contractului în conformitate cu prevederile sub-clauzei 1,9 din Contract. ## aceste costuri se adaugă valoarea TVA-ului plătit de către reclamantă urmare a actelor întocmite de Inginer ca reprezentant al pârâtei;

- Legătura de cauzalitate dintre fapta ilicită și prejudiciu, respectiv faptul că revizuirea proiectului tehnic final și extinderea duratei contractului au generat costurile solicitate cu titlu de daune interese.

- Culpă pârâtei - prezumția legală a fost completată cu probele administrate care au dovedit că Proiectul tehnic prezentat ca proiect final în documentația de atribuire nu a fost un proiect final și în consecință la data de începere a lucrărilor pârâta nu pus la dispoziția reclamantei un proiect tehnic final.

În concluzie în raport de toate considerațiile mai sus expuse, reclamanta solicită, în subsidiar, cu titlu de daune interese suma totală de 59.322.621,42 RON reprezentând costuri de staționare, costuri aferente extinderii de timp și valoare TVA plătit urmare a obligației de a emite facturi pe baza actelor întocmite de către reprezentantul pârâtei.

De asemenea, conform Sub-clauzei 14.8 din Contract coroborat cu prevederile art.1535 Cod Civil, pârâta datorează dobânzi contractuale în valoare de 13.200.849,00 RON, și în continuare dobânda contractuală până la data plății efective, cuantumul acestora fiind determinat prin raportul de expertiza contabilă la data de 02.06.2019.

A. Motive de nelegalitate cu privire la modul de soluționare a capetelor I.3 și III.2 din cererea de arbitraj

Tribunalul Arbitral a modificat contractul de achiziție publică într-o manieră neprevăzută de lege prin modificarea Listelor de Cantități și a hotărârii Inginerului nr. 9V7125/VODMC/C390/05.03.2015 prin care s-a stabilit prețul pentru lucrările efectuate sub nivelul apei - art. 608 alin (1) lit. h) CPC.

Prin capătul de cerere I.3 reclamanta a solicitat, conform determinărilor din expertiza contabilă, restul de Preț neplătit de către Beneficiar în valoare de 38.500.011,54 lei pentru lucrările de demontare (scoatere) de sub nivelul apei în anii ##### astfel:

a) 20.368.001,52 lei, reprezentând diferența dintre prețul unitar de 30.680,22 lei și cel de 902,44 lei, pentru 684 elemente de beton demontate în anii 2013 și 2015.

b) 18.132.010,02 lei, reprezentând valoarea la prețul unitar de 30.680,22 lei a 591 elemente de beton demontate de sub nivelul apei în anul 2014.

Motivul de nelegalitate invocat privește numai modul de soluționare al cererii reclamantei de plata a sumei de 20.368.001,52 lei reprezentând diferența de preț pentru elemente de beton demontate în anii 2013 și 2015.

Precizează că, așa cum a rezultat din probele administrate în dosar (rapoartele de expertiza contabilă și hidrotehnică), pârâta CNAPM a plătit pentru lucrările de sub nivelul apei doua categorii de preturi, astfel:

- Pentru lucrările realizate cu utilajul maritim Goliath a fost plătit prețul unitar de 30.680,22 lei / buc;

- Pentru lucrările realizate cu alte utilaje (maritime și/sau de uscat) a fost plătit prețul unitar de 902,44 lei /buc.

Tribunalul Arbitral, întemeindu-se exclusiv pe opinia expertului hidrotehnic a interpretat contractul în sensul în care pentru lucrările de sub nivelul apei trebuie practicate două tipuri de preturi în raport de procedura utilizată.

În mod evident, Tribunalul Arbitral evită să explice ce înseamnă procedura utilizată pentru a da aparența de interpretare a unor înscrisuri depuse în dosar în raport de regula de interpretare relativă la voința părților, deși în spatele sintagmei de „procedura utilizată” se ascunde ideea utilizării sau neutilizării echipamentului maritim Goliath la lucrările realizate sub nivelul apei.

Această interpretare a Tribunalului Arbitral subsumată ideii de înțelegere a voinței părților contractante modifică contractul de achiziție publică într-o manieră neprevăzută de OUG 34/2006 și de prevederile art.18 alin.4 din Legea 554/2004.

În concret, lucrările care trebuie realizate de către Antreprenor cu privire la elementele de beton au fost reglementate contractual prin listele de cantități revizuite comunicate reclamantei de către pârâta la 09.01.2014.

Listele de cantități, conform prevederilor art. 2 din Acordul Contractual și sub-clauzele 1.1.1.7, 1.1.1.10 din CG fac parte din Contractul de achiziție publică adjudecat prin procedura de licitație publică de către Antreprenor și, prin urmare, o modificarea a listelor de cantități presupune o modificare a contractului de achiziție publică, conform prevederilor din OUG 34/2006 și a legislație secundare și terțiare emise în aplicarea OUG-ului.

Conform acestor liste, reclamanta s-a obligat să execute două tipuri de lucrări cu privire la elementele de beton aflate sub nivelul apei:

- articolul 02/02/... - Demontarea (scoaterea) elementelor de protecție din beton (Evidate de 15 t/buc.), de sub nivelul apei, cu încărcare în auto în vederea transportării în depozit temporar;

- articolul 02/02/... - Demontarea (scoaterea) stabilopozilor de 25 t/buc, de sub nivelul apei, cu încărcare în auto în vederea transportării în depozit temporar.

Prin urmare, din Listele de Cantități depuse la dosarul cauzei, rezultă că nu s-au stabilit subtipuri de lucrări sub apă în funcție de utilizarea sau nu a echipamentului Goliath și că prin interpretarea realizată de Tribunalul Arbitral s-a făcut o modificare a listelor de cantități parte din contractul de achiziție publică cu încălcarea flagrantă a prevederilor OUG 34/2006.

Prețurile pentru aceste lucrări de sub nivelul apei au fost stabilite de Inginer prin hotărârile 9V7125/VODMC/L099 din data de 14.03.2014 privind prețurile provizorii și 9V7125/VODMC/C390 din data de 05.03.2015 privind prețurile, astfel:

- articolul 02/02/... - Demontarea (scoaterea) elementelor de protecție din beton, (Evidate de 15 t/buc.), de sub nivelul apei, cu încărcare în auto în vederea transportării în depozit temporar - 30.680,22RON/buc;

- articolul 02/02/... - Demontarea (scoaterea) stabilopozilor de 25 t/buc, de sub nivelul apei, cu încărcare în auto în vederea transportării în depozit temporar - 30.680,22RON/buc.

Așa cum a arătat în considerațiile relative la motivele de nelegalitate valorificate cu privire la dezlegarea capătului 1.1. din cererea de arbitraj, hotărârile Inginerului sunt acte administrative emise de către persoana juridică (Inginer), căreia pârâta (autoritate publică) i-a delegat prerogative ce îi reveneau în scopul executării contractului de achiziție publică.

Aceste hotărâri calificate doctrinar ca acte administrative atipice nu pot fi modificate ci, în raport de prevederile imperative ale art. 1 alin 6 din Legea ##### pot fi revizuite, revocate sau anulate în tot sau în parte de către autoritatea emitentă înăuntrul termenului de decădere de 1 an de la data emiterii lor.

Pe calea interpretării voinței părților contractante, Tribunalul Arbitral a încălcat flagrant prevederile art.1 alin 6 din Legea 554/2004, modificând hotărârile Inginerului în sensul stabilirii a două categorii de prețuri pentru lucrările de sub apă în raport de utilizarea sau neutilizarea utilajului Goliath.

În concluzie, hotărârea Tribunalului Arbitral este dată cu încălcarea normelor imperative de ordine publică care guvernează regimul juridic al contractului de achiziție publică și actelor administrative atipice emise în regim de putere publică prin delegarea prerogativelor autorității publice către Inginer.

Prin întâmpinarea formulată și depusă la dosar la data de 05.02.2020, Compania Națională „Administrația Porturilor Maritime” S.A. Constanța, a solicitat respingerea acțiunii în anularea parțială a Sentinței arbitrale nr.16/26.11.2019 și a încheierii de ședință din data de 16.09.2019, ca neîntemeiată, cu obligarea reclamantei la plata cheltuielilor de judecată ocazionate de soluționarea cauzei.

Aspecte prealabile:

1. Prin cererea formulată, reclamanta solicită anularea în parte a Sentinței arbitrale și a încheierii de ședință din data de 16.09.2020, cu consecința admiterii în tot a pretențiilor deduse

spre soluționare arbitrajului în cauza înregistrată sub nr.3/2017 de către Curtea de Arbitraj Comercial și Maritim de pe lângă Camera de Comerț, Industrie, Navigație și Agricultură Constanța, motivat de faptul că:

Sentița arbitrală încalcă ordinea publică, bunele moravuri și dispozițiile imperative ale legii (art.608 alin.(1) lit. h) cod proc.civ.), fiind dată cu încălcarea an. 1 alin.(6) și art.28 alin.(1) din Legea nr.554/2004, respectiv Tribunalul arbitral ar fi anulat în procedura arbitrală acte administrative (motivul I de nelegalitate):

Sentița arbitrală ar fi nelegală deoarece prin aceasta ar fi fost soluționată o excepție de nulitate a Hotărârilor Inginerului, fără să fi fost pusă în discuția contradictorie a părților și fără să fi fost invocată de pârâtă prin întâmpinare, motiv de nelegalitate reglementat de an.608 alin.(1) lit.h) cod proc.civ.(motivul II de nelegalitate):

Sentița arbitrală și încheierea din data de 16.09.2019 sunt nelegale pentru că prin acestea s-ar fi nesocotii termenele de prescripție generale și speciale înlăuntrul cărora se poate invoca nulitatea contractului de achiziție publică și anularea actelor administrative, motiv de nelegalitate prevăzut de art.608 alin.(1) lit. h) cod proc.civ. (motivul III de nelegalitate):

Tribunalul arbitral ar fi modificat contractul de achiziție publică prin invalidarea unor clauze contractuale, calificarea juridică dată contractului fiind efectuată într-o manieră neprevăzută de legea specială și generală, motiv de nelegalitate prevăzut de art.608 alin.( 1) lit. h) cod proc. civ. (motivul IV de nelegalitate și care este invocat atât în raport de petitul 1.1 din acțiunea arbitrală cât și parțial de petitul 1.3, în ceea ce privește diferența de preț pentru elementele de beton demontate de sub nivelul apei în anii 2013 și 2015);

Tribunalul arbitral ar fi acordat o executare prin echivalent și nu a motivat hotărârea arbitrală cu privire la imposibilitatea executării în natură a obligației de plată a prețului, motiv de nelegalitate prevăzut de art. 608 alin.( 1) lit. h) și g) cod proc.civ. (motivul V de nelegalitate):

Prealabil este de menționat faptul că reclamanta invocă motive de nelegalitate prin raportare la o situație juridică total diferită de cauza arbitrală soluționată prin sentița a cărei anulare se cere, fiind relatate fapte și situații străine de cauza dedusă judecătii, a cererilor și excepțiilor invocate de părți sau a probelor administrate în cursul judecătii.

De asemenea, din analiza întregii acțiuni în anulare rezultă că reclamanta fie confundă instituțiile de drept, dând calificări greșite atât actelor de procedură administrate în cursul procedurii arbitrale cât și a dispozițiilor de drept material în raport de care a fost soluționată cauza, fie invocă motive de nelegalitate în a căror susținere sunt aduse argumente ce nu pot fi subsumate motivelor în anulare prevăzute de art.608 cod proc.civ.

În realitate reclamanta solicită instanței examinarea temeiniciei hotărârii arbitrale, prin inducere în eroare a acesteia cu privire la obiectul judecătii acțiunii arbitrale, din dorința de a provoca o nouă judecată asupra fondului pricinii, în condițiile în care acțiunea în anulare nu are caracter devolutiv, controlul fiind limitat doar la motive de nelegalitate, eventualele motive de netemeinicie a sentiței arbitrale neputând face obiectul acțiunii în anulare.

Rezultă că acțiunea în anulare nu se circumscrie nici unuia dintre motivele de desființare a hotărârii arbitrale, reglementate de dispozițiile art.608 alin.(1) lit.h) și g) cod proc.civ.

În raport de faptul că acțiunea în anulare cuprinde cinci motive de desființare în parte a hotărârii arbitrale și a încheierii din data de 16.09.2019. din care:

- primele trei motive vizează anularea de către Tribunalul arbitral a hotărârilor Inginerului, analizate de către reclamantă ca acte administrative;
- ultimele două motive vizează o pretinsă modificare a contractului de achiziție publică de către Tribunalul arbitral, precum și o greșeală de calificare a pretențiilor deduse judecății, pentru o abordare unitară și comprehensibilă a motivelor în anulare, prezenta întâmpinare va analiza cele cinci motive în anulare în două capitole distincte.

I. Motivele în anulare relative la anularea hotărârilor Inginerului sunt neîntemeiate, atât în privința calificării juridice pe care reclamanta o dă acestora, cât și în privința termenelor de fond și de procedură în lăuntru cărora pârâta ar fi putut solicita anularea lor.

Prealabil se impune a se menționa faptul că pârâta nu a invocat niciodată în cursul procedurii arbitrale o excepție de nulitate a Hotărârilor Inginerului, ci a solicitat, ca în temeiul sub-clauzei 20.6 - Arbitrajul, din Condițiile generale ale contractului, ca arbitrii să „deschidă, să analizeze și să revizuiască orice certificat, hotărâre, dispoziție, opinie sau evaluare a Inginerului, și orice decizie a CSD, relevante în privința disputei”.

Suplimentar, clauza permite părții să propună probe și argumente noi în fața Tribunalului arbitral, altele decât de cele prezentate anterior în înștiințarea de dezacord, partea nefiind ținută de cele inițial formulate.

Astfel, prin întâmpinarea formulată la acțiunea arbitrală, a solicitat respingerea în tot a pretențiilor reclamantei susținând în esență faptul că pretențiile sunt neîntemeiate pe temeiul răspunderii civile contractuale pentru plata pretinsei diferențe de preț constând în costurile de staționare, a celor aferente extinderii de timp și a executării unor lucrări pretins neprevăzute în

Documentația de atribuire și în proiectul tehnic atribuit, deoarece:

Prevederile sub-clauzelor art.1.1.4.1art.1. 1.4.2 din Condițiile generale, art.13.7.. art. 13.8, din Condițiile speciale, cele din Documentația de atribuire și din Documentația de calificare, ce fac parte din Contractul de lucrări, prevăd că Valoarea Acceptată a Contractului este valoarea la care a fost atribuit contractul, la care se pot adăuga actualizările de preț permise de art.13.7 și art.13.8, plus procentul de 9,7% din valoarea totală a contractului cu titlu de diverse și neprevăzute, iar până la data formulării cererii de arbitrare, pârâta a plătit antreprenorului în baza Certificatelor de Plată emise de Inginer și acceptate de Beneficiar, o sumă egală cu Valoarea ##### Acceptată, astfel cum aceasta a fost ajustată și actualizată prin Actul adițional nr.2/02.11.2015;

Prețul contractului este fix și nu poate fi majorat, modificat sau ajustat peste limitele de ajustare prevăzute în cuprinsul acestuia și în documentația de atribuire; după data atribuirii contractului nu au intervenit modificări legislative, ale normelor tehnice sau au fost emise de către autoritățile locale acte administrative care au ca obiect instituirea, modificarea sau renunțarea la anumite taxe/impozite locale, al căror efect se reflectă în creșterea/diminuarea costurilor pe baza cărora s-a fundamentat prețul contractului;

Ajustările permise de documentația de atribuire și de dispozițiile art.13.7 și 13.8 din Condițiile speciale ale Contractului de lucrări au fost aplicate, fiind majorată valoarea totală a contractului până la limita superioară admisă; nu au intervenit circumstanțe imprevizibile care să fi condus la parcurgerea unei proceduri directe de achiziție a unor lucrări suplimentare sau adiționale; pe piață au apărut anumite condiții, în urma cărora s-a constatat creșterea/diminuarea indicilor de preț pentru clemente constitutive ale ofertei, al căror efect se reflectă în



creșterea/diminuarea costurilor pe baza cărora s-a fundamentat prețul contractului; nu au survenit circumstanțe imprevizibile și independente de voința părților, altele decât cele prevăzute la alin. (2) lit. a) și b);

Procedura de atribuire nu s-a prelungit în mod neprevăzut, peste perioada preconizată inițial și din motive care exclud orice culpă a ofertantului contractantului.

Din dispozițiile legale și a celor contractuale ce reglementează modalitatea de ajustare a prețului, a arătat prin întâmpinare că pretenția dedusă judecății nu poate fi privită prin raportare la o obligație de plată a unei "diferențe de preț", ci printr-o eventuală obligație a pârâtei de a acoperi eventualul prejudiciu încercat de reclamantă ca urmare a extinderii perioadei totale a contractului cu condiția de a se face dovada culpei autorității contractante și a întinderii prejudiciului suferit, cu indicarea exactă a dispozițiilor contractuale și legale care permit actualizarea prețului contractului peste limitele permise de dispozițiile contractuale și legale sus amintite.

Din vreme ce pretențiile reclamantei s-au întemeiat în totalitate pe Deciziile Inginerului relative la costurile aferente prelungirii perioadei totale a contractului și pe Hotărârile CSD privitoare la costurile aferente execuției unor lucrări suplimentare, în mod evident apărările CNAPM au vizat toate revendicările antreprenorului, indiferent dacă acestea au fost validate prin Hotărâre a Inginerului sau a CSD.

Mai mult, în cursul execuției lucrărilor, pârâta s-a opus tuturor pretențiilor reclamantei formulate și transmise Inginerului sau CSD în temeiul clauzei 20 - Reclamații, Dispute și Arbitraj, sens în care a respins la plată toate Certificatele Interimare de Plată emise de către Inginer în baza propriilor sale Decizii prin care au fost admise la plata costuri suplimentare și am formulat Înștiințări de Dezacord față de toate Hotărârile CSD prin care s-au recunoscut la plată și alte sume decât cele pentru care antreprenorul obținuse validarea lor de către Inginer.

## data de 26.06.2017, înainte de primul termen de arbitrare, a formulat o cerere suplimentară, intitulată Note scrise, prin care a indicat că apărările din întâmpinare întemeiate pe sub-clauza 20.6 din Condițiile generale ale Contractului de lucrări, privind revizuirea Deciziilor CSD și ale Certificatelor/Hotărârilor Inginerului reprezintă apărări de fond cu privire la conținutul acestora, iar în ipoteza în care apărările relative la Deciziile CSD și ale certificatelor/Hotărârilor Inginerului ar fi considerate pretenții ce nu ar putea fi examinate decât în cadrul unei cereri reconvenționale, calificarea să fie pusă în prealabil în dezbaterile contradictorie a părților.

## primul termen de arbitrare, 19.07.2017, astfel cum rezultă din încheierea de ședință, reclamanta a solicitat prorogarea "asupra pronunțării pe apărările pârâtei în raport de o eventuală calificare ca și cerere reconvențională" și a solicitat ca la termenul imediat următor să se stabilească limitele investiției.

## termenul din data de 13.09.2017, astfel cum este consemnat în încheierea de ședință, reclamanta nu a formulat un punct de vedere scris cu privire la solicitarea pârâtei de revizuire a Hotărârilor Inginerului, ale Certificatelor Interimare de Plată și ale Hotărârilor CSD, dacă aceasta reprezintă pretenții proprii ale pârâtei sau simple apărări, sens în care a susținut oral în sala de judecată faptul că "nu are nimic de adăugat și că înțelege din susținerea pârâtei că sunt apărări de fond".

Prin încheiere Tribunalul arbitral a calificat actul de procedură ca fiind întâmpinare, în procedura arbitrală fiind administrate probe în apărare care vizau în mod direct Hotărârile Inginerului și ale CSI).

În baza probelor administrate, cu precădere expertiza hidrotehnică și punctul de vedere de specialitate FID1C, din care rezulta fără niciun dubiu că atât Hotărârile Inginerului cât și ale CSD au fost emise eu încălcarea prevederilor contractuale și ale drepturilor beneficiarului, prin concluziile scrise a solicitat, în acord cu solicitările din întâmpinare și din Notele scrise depuse la data de 26.06.2017, ca Tribunalul arbitral să revizuiască și să anuleze Hotărârile Inginerului. Certificatele Interimare de Plată și Deciziile CSD.

## termenul la care s-a judecat cauza 16.09.2019, astfel cum rezultă din încheierea de ședință, reclamanta a pus în discuție faptul că prin punctul III, pagina 2 din 95 din concluziile scrise ale pârâtei, s-ar fi formulat o cerere nouă, de revizuire și anulare a Hotărârilor Inginerului și că, în condițiile în caic nu s-a formulat cerere reconvențională, solicită să se constate că pârâta este decăzută din acest drept. Suplimentar, reclamanta a calificat apărările noastre relative la Hotărârile Inginerului și la Deciziile CSD ca fiind o veritabilă excepție de nulitate a acestor acte și că solicită decăderea CNAPM din dreptul de a o invoca, (filele 4-7 din încheierea de ședință din data de 16.09.2019).

În replică, CNAPM a arătat că prin reliefa în cuprinsul concluziilor scrise a anumitor titluri nu a extins limitele judecării sau o transformare a apărărilor din întâmpinare în pretenții proprii, ci că apărările privesc o revizuire a acestor acte, întemeiată pe prevederile sub-clauzei 26.2 din Condițiile generale ale Contractului, solicitarea fiind în concordanță cu întâmpinarea și cu Notele de ședință de la termenul din data de 26.06.2017, calificate de către Tribunalul arbitral ca fiind apărări.

De asemenea, a arătat faptul că solicitarea din notele scrise este în sensul unor revizuri ale actelor emise în exercitarea obligațiilor contractuale de către Inginer și CSD, iar nu de o anulare a lor ca motiv de nulitate.

După deliberare, Tribunalul arbitral a apreciat că precizarea formulată de către pârâtă este suficientă în a determina intenția reală a părții de a se apăra pe fondul cauzei și nu de a formula prin actul de procedură intitulat concluzii scrise, pretenții proprii cu privire la revizuirea și anularea acestor din urmă acte.

Dezbaterile asupra acestui subiect au continuat, reclamanta fiind cea care a solicitat în contra apărărilor CNAPM, că în realitate s-ar fi invocat o excepție de nulitate a Deciziilor Inginerului și ale Hotărârilor CSD, dezbateri în urma cărora Tribunalul arbitral a concluzionat că ceea ce s-a susținut de către pârâtă sunt apărări și nu pretenții proprii, situația juridică procesuală fiind cea dezbătută prin încheierea de la termenul din data de 13.09.2017.

## punctul 739 din Sentința arbitrată, Tribunalul arbitral reține încă o dată faptul că CNAPM a solicitat analiza și revizuirea Certificatelor și Hotărârilor Inginerului, precum și Deciziile CSD și că Tribunalul arbitral le va analiza ca apărări de fond, pentru că acestea nu au natura unei cereri reconvenționale.

Asupra susținerilor reclamantei relative la faptul că Hotărârile Inginerului nu pot fi contestate decât pe calea unei cereri reconvenționale, Tribunalul arbitral s-a pronunțat prin Sentința arbitrată a cărei anulare se cere, de la punctul 864 la 871, reținând în esență că instanța este obligată să analizeze temeinicia susținerilor reclamantei fără a fi ținută de dezlegările de fapt

și de drept date de CSD/Inginer pe de o parte, iar pe de altă parte apărările de fond cu privire la validitatea Hotărârilor Inginerului trebuie analizate tocmai pentru ca acestea țin de dreptul de apărare al părâtei.

De asemenea, s-a mai reținut că obligația de a formula cerere reconvențională există doar în situațiile în care se formulează pretenții proprii, nicidecum atunci când se invocă pe cale de apărare aspecte în scopul demonstrării netemeinicii pretențiilor reclamantei.

Din cele de mai sus rezultă că:

(i) procedura contractuală de soluționare a revendicărilor antreprenorului presupune cu prioritate parcurgerea procedurii de înștiințare a Inginerului, în soluționarea căroră acesta emite Hotărâri în conformitate cu sub-clauza 3.5. În situația în care între părți apare o dispută referitoare la un certificat, hotărâre sau dispoziție a Inginerului, aceasta va fi de competența CSD, părțile putându-se adresa arbitrajului pentru soluționarea oricărei dispute numai în situația în care partea nemulțumită de soluționarea disputei de către CSD a transmis o înștiințare de dezacord (pârâta a formulat astfel de înștiințări împotriva tuturor Deciziilor CSD);

(ii) sub-clauza 20.6 din Condițiile generale a Contractului de lucrări permite Tribunalului arbitral să revizuiască, să deschidă și să analizeze orice decizie a Inginerului și/sau orice decizie CSD analizând astfel fondul tuturor pretențiilor reclamantului, indiferent de soluția dată anterior asupra aceluiași aspect de către Inginer/CSD;

(iii) deschiderea, revizuirea și analizarea actelor Inginerului ține de analiza dreptului reclamantei de a primi recunoașterea sumelor solicitate prin înștiințările transmise Inginerului în temeiul sub-clauzei 20.1 în care a fost descrisă circumstanța sau evenimentul care a generat reclamația de plată a unor costuri suplimentare;

(iv) procedura de analizare a actelor Inginerului ține de analiza temeinicii pretenției deduse judecății;

(v) CNAPM a solicitat prin întâmpinare, astfel cum a fost completată în termenul procedural prin note de ședință, analiza și revizuirea Certificatelor și Hotărârilor Inginerului, precum și a Deciziilor CSD, față de care reclamanta nu a înțeles să formuleze un răspuns la întâmpinare și a susținut oral în ședința de arbitraj că acestea vor fi analizate ca apărări de fond, iar nu ca pretenții ale părâtei (pagina din încheierea de la termenul din dala de 13.09.2017);

(vi) CNAPM nu a invocat o excepție de nulitate a Hotărârilor Inginerului, iar Tribunalul arbitral nu s-a pronunțat asupra unei astfel de excepții, ci doar a lămurit cadrul procesual prin raportare la pretențiile și apărările părților.

Față de cele de mai sus arătate rezultă cu evidență că reclamanta se află într-o vădită eroare cu privire la limitele investirii Tribunalului arbitral, socotind în mod fals că aceasta ar fi fost investită cu o excepție de nulitate a Hotărârilor Inginerului sau că în soluționarea acesteia ar fi dat o soluție greșită asupra acesteia.

Reclamanta a supus pentru prima dată în analiză Tribunalului arbitral decăderea subscrisei din dreptul de a solicita revizuirea Hotărârilor Inginerului abia la data dezbaterilor pe fond a cauzei, în condițiile în care anterior, așa cum rezultă din încheierea de la termenul din data de 13.09.2017, aceasta a arătat că a înțeles că apărările CNAPM relative la aceste acte nu sunt pretenții proprii și că acestea vor fi analizate ca apărări.

De asemenea, reclamanta a înțeles să răspundă în replică doar pe aspectul referit oral în ședința din data de 13.09.2017 cu privire la Deciziile CSD, în condițiile în care la termenul

anterior i s-a comunicat un exemplar al Notelor de ședință și a solicitat acordarea unui termen pentru a răspunde acestora.

Or, faptul de a nu răspunde în scris apărărilor, într-o procedura eminentemente scrisă, și de a formula concluzii orale incomplete față de acestea, nu poate fi imputat nici Tribunalului arbitral și nici părâtei.

Astfel, motivele în anularea Sentinței arbitrale și a încheierii din 16.09.2019 prin care se invocă o greșeală de judecată prin aceea că Tribunalul arbitral în mod greșit ar fi anulat Hotărârile Inginerului fără ca o eventuală cauza de nulitate să fi fost pusă în prealabil în discuția contradictorie a părților, sunt în mod evident neîntemeiate, din vreme ce în cauza arbitrală nu s-au anulat Hotărâri ale Inginerului, ca o consecință a existenței unei cauze de nevalabilitate a acestora, ci în baza probatoriului administrat au fost determinate alte sume de plată eu titlu de costuri de staționare și extindere de timp decât cele cuprinse în Hotărârile Inginerului emise în cursul execuției lucrărilor. Tribunalul arbitral având o astfel de competență în temeiul sub-clauzei 20.6 din Contractul părților.

În privința alegațiilor privitoare la faptul că Hotărârile Inginerului și Certificatele Interimare de Plată sunt acte administrative pentru că sunt emise în baza unui contract de achiziție publică, asimilat de Legea nr.554/2004 contractelor administrative și că acestea nu puteau fi anulate decât cu respectarea termenelor și procedurii legii contenciosului administrativ, în mod evident acestea contravin însăși susținerilor reclamantei din acțiunea arbitrală și a celor exprimate pe tot parcursul procedurii arbitrale.

Așa cum și Tribunalul arbitral a reținut în considerentele hotărârii sale, actele Inginerului reprezintă acte juridice civile, iar nu administrative, fiind emise de o persoană juridică privată străină, în temeiul unui raport juridic civil dintre aceasta și Beneficiar. Toate actele Inginerului au ca scop executarea și/sau organizarea executării contractului de lucrări, fără a implica în niciun fel elemente specifice puterii publice.

## primul termen de arbitrare din data de 19.07.2017, reclamanta a arătat că nu are obiecțiuni cu privire la competența Curții de Arbitraj de a soluționa cauza, ori, Curtea era investită să soluționeze cauza sub toate aspectele ei, în limitele conferite de sub-clauza 20.6 din Contractul părților, deci inclusiv cu privire la analiza și revizuirea oricărui certificat și/sau Hotărâre a Inginerului.

Susținerile reclamantei cu referire la natura juridică a actelor Inginerului, ca fiind acte administrative care nu pot fi revocate decât pe calea contenciosului administrativ, într-un termen de decădere de 1 an, iar nu pe cale de excepție de nulitate a propriilor acte, precum și faptul că Tribunalul arbitral s-ar fi pronunțat pe aceste aspecte, sunt total străine de cauza dedusă judecății, litigiul arbitral judecându-se pe cu totul alte elemente procedurale și în raport de prevederile contractului, de care chiar reclamanta s-a prevalat în susținerea propriilor pretenții.

Actele și Hotărârile Inginerului pot fi atacate exclusiv în termenele și condițiile Contractului de lucrări, procedura arbitrală fiind deschisă la cererea reclamantei ca urmare a imposibilității punerii în executare a Hotărârilor CSD față de care părâta a formulat înștiințări de dezacord.

Așa cum rezultă din clauza 3.5 din Contract, fiecare parte se va conforma fiecărui acord sau hotărâre până când intervine, dacă intervine, o revizuire potrivit prevederilor clauzei 20 — Reclamații. Dispute, Arbitraj.

Fiind demarată de către reclamantă atât procedura de emitere a unei Hotărâri de către Inginer, cât și procedura de soluționare a disputei în fața CSD și ulterior în fața arbitrajului instituționalizat, rezultă că însăși reclamanta a înțeles că aceste acte nu se bucură de prerogativele unui act administrativ tipic sau asimilat, neavând nici caracter definitiv, nici executoriu, și că are nevoie de o hotărâre arbitrală aptă să poată fi pusă în executare în situația în care i-ar fi recunoscute drepturile reclamate.

Or, fiind acte emise în executarea unui contract, care pot fi revizuite în procedura reglementată expres de prevederile contractului, la care reclamanta a achiesat prin semnarea acestuia, acestea nu pot face obiectul unui control de legalitate prin investirea unei instanțe de contencios administrativ, aceasta din urmă având competența de a analiza în lipsa unei clauze compromisorii, contractul și actele emise în executarea acestuia, prin raportare la dispozițiile OG 34/2006, ceea ce nu este cazul.

Sub acest aspect, judecata arbitrală nu poate fi limitată la examinarea hotărârilor Inginerului și ale CSD doar prin prisma cererilor părților, ci poate și trebuie să examineze diferendul dintre părți sub toate aspectele, inclusiv prin abordarea fondului litigiului și al pretențiilor reclamantei, litigiul fiind adus în întregul său în fața Tribunalului arbitral.

În conformitate cu sub-clauza 20.6, Tribunalul arbitral nu acționează ca o instanță de control a hotărârii CSD. limitată la aspectele procedurale ale disputei în fața Inginerului sau a CSD ci, dimpotrivă, ca o instanță investită cu deplină competență asupra litigiului, inclusiv asupra fondului pretențiilor, examinând și luând în considerare toate pretențiile și apărările părților cu privire la acestea, indiferent de formularea sau nu a unei cereri reconvenționale, atâta timp cât partea nu invocă pretenții proprii (în acest sens Sentința arbitrală nr.42/25.04.2017. pronunțată în Dosarul nr. 173/2016 de către CA1-CC1R).

II. Motivele în anulare relative la modificarea de către Tribunalul arbitral a contractului de achiziție publică prin invalidarea unor clauze contractuale și la nemotivarea hotărârii cu privire la imposibilitatea executării în natură a obligației de plată a prețului.

Motivele 4 și 5 de nelegalitate în raport de care se cere desființarea în parte a Sentinței arbitrate, sunt motive de netemeinicie a hotărârii, care nu se circumscriu nici unuia dintre motivele în anulare reglementate de art.608 cod proc.civ., fapt pentru care se impune respingerea acestora ca neîntemeiate.

În dezvoltarea motivului 4, nemulțumirea reclamantei este aceea că deși a solicitat plata prețului reprezentat de costurile de staționare și costurile de extindere de timp în temeiul Sub-clauzei 1.9 din Condițiile speciale și ale art.3.4 din Condițiile generale, Tribunalul arbitral a calificat pretențiile reclamantei ca fiind daune interese contractuale și nu preț contractual, (pct.98- 122 din acțiunea în anulare). Astfel, susține reclamanta, s-au încălcat prevederile art. 1 8 alin.(4) din Legea nr.554/2004 și ale art.22 Cod proc.civ., întrucât nu a pus în discuția contradictorie a părților calificarea juridică a costurilor ca daune interese contractuale și invalidarea sub-clauzei 1.9.

Prioritar solicită a se avea în vedere că toate apărările din întâmpinare au vizat greșita calificare de către reclamantă a pretențiilor deduse judecății, în sensul că acestea nu pot fi recunoscute cu titlu de preț contractual, ci, eventual ca o obligație de a acoperi un eventual prejudiciu cu titlu de daune-interese, cu condiția de a se face dovada culpei autorității contractante și a întinderii prejudiciului suferit, (pagina 38-55 din întâmpinare).

În răspuns la întâmpinare, reclamanta a înțeles să formuleze o cerere completatoare prin care să solicite cu titlu subsidiar, doar pentru petitele 1.1. și 1.2, obligarea CNAPM la plata unor daune-interese egale cu pretențiile menționate în cuprinsul acestor capete de cerere:

În cuprinsul Sentinței arbitrale, de la capitolul D. 1, punctul 875 până la punctul 1062, Tribunalul arbitral efectuează un examen amplu al pretențiilor reclamantei din capetele de cerere 1.1 și 1.2. calificarea naturii juridice a pretențiilor deduse judecătii fiind rezultatul final al acestui examen, în sensul în care pretențiile sale nu pot li privire la preț contractual, ci ca daune interese contractuale.

Nu rezultă de nicăieri că Tribunalul arbitral ar fi invalidat clauze contractuale prin înlăturarea sau eliminarea lor din analiză ca urmare a faptului că acestea ar fi ineficace sau nule absolut, ci exclusiv că pretențiile reclamantei pot fi primite ea daune-interese și nu ea preț contractual.

De altfel chiar reclamanta a solicitat, în măsura în care nu ar fi incidente prevederile Sub-clauzei 1.9, pârâta să fie obligată la plata acelorași sume eu titlu de daune interese.

Aceleași susțineri solicită a fi avute în vedere și în soluționarea motivului în anulare de la punctul B, pagina 38 din acțiunea în anulare, prin care reclamanta solicită obligarea la plata lucrărilor efectuate sub nivelul apei, acesta fiind un motiv de netemeinicie și nu de nelegalitate, modul de apreciere a probelor de către Tribunalul arbitral și de interpretare a clauzelor contractuale neputându-se subsuma motivului în anulare reglementat de art.608 alin.(1) lit. h) cod proc.civ.

Motivul în anulare reprezentat de inexistența unei motivări cu privire la imposibilitatea executării în natură a obligației de plată a prețului, este neîntemeiat, deoarece însăși construcția juridică oferită de către Tribunalul arbitral cu privire la natura juridică a pretențiilor reclamantei reprezintă o motivare implicită pentru care reclamanta nu este îndreptățită să primească sumele reclamate cu titlu de preț contractual.

I. Cu privire la fondul pretențiilor deduse judecătii, în măsura în care instanța ar găsi întemeiat vreunul dintre motivele în anulare ale reclamantei, solicită respingerea acestora, reclamanta nefiind îndreptățită să primească sumele solicitate prin capetele 1.1. II. 1, nici cu titlu de preț contractual, nici de daune-interese, și nici a sumelor solicitate prin capătul 1.3 cu titlu de diferență de preț, având în vedere următoarele:

## data de 01.03.2013, prin adresa 9V7125/COO1/01.03.2013, Inginerul emite Ordinul de începere a lucrărilor, pentru data de 08.03.2013.

Constructorul, prin scrisoarea nr.283285-VODMC-8.4/23.04.2013 înaintează Inginerului ..Planificarea revizuită a lucrărilor" (a se vedea anexa 6B la Punctul de vedere de specialitate FIDIC).

Acest Program, transmis de către Antreprenor la data de 23.04.2013, este Programul de execuție transmis la 28 de zile după primirea înștiințării de începere a lucrărilor, în conformitate cu sub-clauza 8.3. din Condițiile generale ale Contractului, potrivit căreia:

"Antreprenorul va transmite Inginerului un program detaliat al perioadelor de execuție, in termen de 28 de zile de primirea înștiințării potrivit prevederilor Sub-Clauzei 8.1 [începerea Lucrărilor],

De asemenea, Antreprenorul va transmite un program revizuit de fiecare data când programul anterior nu mai corespunde progresului sau obligațiilor Antreprenorului".

În perioada cuprinsă între data depunerii Ofertei Tehnice și data finalizării lucrărilor au fost întocmite 3 Programe de execuție, Programul 1 de execuție este cel depus la data ofertei, Programul 2 este cel depus la 28 de zile după înștiințarea de începere a lucrărilor, iar Programul 3 este cel depus după finalizarea lucrărilor, post execuție.

În Programul 2, activitățile din faza de pre-construcție au fost evidențiate așa cum rezultă din tabelul anexat întâmpinării.

În Programul 3, Antreprenorul a prevăzut ca finalizarea investigațiilor din caietul de sarcini (ridicarea profilelor, testarea modelului fizic în laborator, testele hidraulice 2D și 3D, inspecții vizuale) să aibă loc până la data de 21.06.2013.

De la această dată, 21.06.2013 a fost programată execuția lucrărilor permanente cu finalizarea lor în termenul contractual de 690 de zile.

Din cuprinsul Programului 3, program transmis de către Antreprenor în luna iulie 2015, după execuția lucrărilor, activitățile din perioada de pre-construcție. au fost prezentate astfel:

Din comparația celor doua programe de execuție, rezultă următoarele:

Programul 2 (întocmit la 28 de zile după data de începere a lucrărilor), prevede finalizarea investigațiilor și testelor inițiale la data de 21.06.2013. iar începerea lucrărilor permanente a fost programată în aceeași zi. 21.06.2013;

Programul 3 (actualizat la data de 24.07.2015) prezintă o situație post execuție, în acest Program fiind menționată finalizarea tuturor investigațiilor și testelor la data de 10.10.2013, fiind incluse etape intitulate "Delay duc ta design " și "Delay duc to no Instructions " în cadrul articolelor si termenelor de lucrări permanente;

Antreprenorul a eliminat din cuprinsul Programului de execuție 3, activități care au fost executate cu mult peste termenele contractuale, a căror finalizare peste termen au afectat în mod direct perioada totală de finalizare a lucrărilor (întocmirea și predarea Raportului geotehnic);

Având în vedere că rezultatele testelor și inspecțiilor au generat revizuirea PT, pentru determinarea culpei contractuale a Beneficiarului în transmiterea cu întârziere a PT revizuit și a DDE, trebuie identificată clauza contractuală încălcată, data de la care curge termenul de executare a obligației contractuale încălcate și termenul înlăuntrul căruia trebuia executată obligația, prin raportare la obligațiile contractuale ale Antreprenorului și a termenului în care acestea trebuiau executate, analiză efectuată de către Tribunalul arbitral.

Potrivit Caietului de Sarcini, articolul 2.2 - Ridicarea profilelor. Antreprenorul, înainte de elaborarea proiectului final de execuție, precum și înainte de începerea lucrărilor. împreună cu consultantul, vor efectua ridicarea profilului pe zona de cap existenta si pe cea cu material pietros, precum și a fundului mării.

Din corespondența transmisă de părți rezultă ca raportat la aceasta obligație din Caietul de Sarcini, Antreprenorul a transmis următoarele documente:

- 16.04.2013/VODMC-71: Raport preliminar Investigație hidrografica - Martie 2013;
- 22.04.2013/VODMC-81: Raport măsurători hidrografice inițial martie 2013;
- 11.06.2013/VODMC-220:Raport preliminar revizuit măsurători hidrografice;
- 16.10.2013/VODMC-669: Predare Raport Hidrografic postsurvey Septembrie 2013;
- 13.12.2013/VODMC-922: Predare Studiu Geotehnic amplasament

Potrivit Caietului de Sarcini, articolul 2.3, Antreprenorul, înainte de începerea proiectului de prelungire a digului de larg, împreună cu Inginerul, vor efectua o inspecție vizuală a digului

existent pe zona de racord și pe cea cu material pietros existent. Inspecția vizuala se va realiza atât deasupra cât și sub nivelul apei.

Din datele prezentate în Caietul de Sarcini, articolul 2.4 Rezultate, rezultă că „începerea proiectului de prelungire u digului de larg se referă la întocmirea detaliilor de execuție.

Din datele prezentate în Caietul de Sarcini, articolul 2.5 - Ridicările solului, coroborate cu Oferta tehnică a Antreprenorului, articolul 1.4 Investigarea solului: „După adjudecarea contractului, se vor face 2 foraje de pe apa [.....] rezultatele acestora vor determina calculul de tasuri si estimarea cantităților executate” și cu Clarificarea 6, răspunsul 11: „Nu exista foraje pe traseul digului ce urmează a fi construit. Contractantul are obligația de a executa 2 (două) foraje pe amplasamentul viitorului dig”, rezultă că Antreprenorul trebuia să realizeze două foraje care, așa cum rezulta din capitolul 8 - Prospecțiunea terenului, din Caietul de Sarcini, aveau o influență directă asupra proiectului.

Din corespondența dintre părți, care a stat și la baza întocmirii Punctul de vedere de specialitate FIDIC, rezultă că Antreprenorul a transmis în data de 13 decembrie 2013, cu scrisoarea VODMC-922, "Raportul Geotehnic autorizat, în conformitate cu legislația în vigoare”. După cum și Inginerul afirmă în scrisoarea sa nr. CI63 din data de 20 martie 2014, planșele finale aprobate (DDE) se puteau transmite doar după finalizarea acestui Raport Geotehnic. Acest fapt este confirmat și de oferta Antreprenorului.

În scrisoarea nr. C/162/18 martie 2014, Inginerul transmite Antreprenorului că proiectul tehnic depindea de informațiile geotehnice și de verificarea tasării pe model hidraulic.

Tot în cadrul aceleiași scrisori, Inginerul transmite că în conformitate cu normativul NP-074-2007, este necesară autorizarea raportului geotehnic și că Beneficiarul nu poate fi ținut răspunzător pentru transmiterea acestui raport în data de 13 decembrie 2013.

Din datele prezentate în Caietul de Sarcini, articolul 2.6 - Teste hidraulice de laborator, rezultă că Antreprenorul avea obligația de a efectua un test hidraulic de laborator la una din firmele recunoscute in domeniu, urmând a testa 2D cel puțin trei secțiuni: secțiune material pietros, secțiune curentă dig nou pe fundul mării și secțiunea capului nou al Digului de Larg.

Din corespondența transmisă de părți, ca răspuns la clarificările expertului desemnat, rezultă ca Antreprenorul a transmis un raport privind testarea 2D în data de 5 iunie 2013 pentru secțiunea PN530, cu scrisoarea nr. VODMC-205. iar pentru secțiunea PN 580, 17 iunie 2013 cu scrisoarea nr. VODMC-238.

Datorită neconfirmării rezultatelor pe modelul 2D, Proiectantul a propus testarea modelului fizic în alte secțiuni PN540 și PN585.

Din datele prezentate în Caietul de Sarcini, articolul 2.7 - Testarea la scara, în laborator a modelului fizic, rezultă că Antreprenorul are obligația de a efectua un test de laborator asupra modelului fizic.

Raportul de modelare 3D, întocmit de Artelia, tradus în limba română, a fost transmis în data de 16 octombrie 2013.

Pentru faptul că în Caietul de Sarcini nu sunt prevăzute termene pentru predarea testelor și inspecțiilor de către Antreprenor, acestea au fost identificate din corespondența părților și din Programul de execuție al Antreprenorului, acolo unde acesta a înțeles să evidențieze activitatea, perioada în care aceasta s-a desfășurat și data la care aceasta a fost finalizată.

Din studiul acestora rezultă că:



Raportul de modelare 3D întocmit de Artelia a fost predat Beneficiarului, în limba română, la data de 16.10.2013, cu o întârziere față de Programul de execuție de 115 zile (data prevăzută în Programul de execuție fiind la 21.06.2013);

Raportul geotehnic autorizat a fost transmis de către Antreprenor la data de 13.12.2013, eu o întârziere față de Programul de execuție de 196 zile;

Aceste întârzieri în predarea către Beneficiar a studiilor și inspecțiilor efectuate de către Antreprenor au avut impact asupra termenului de finalizare PT revizuit și a DDE;

Așa cum rezulta din Caietul de Sarcini. în ceea ce privește obligațiile părților, întârzierile sunt imputabile Antreprenorului, Beneficiarul fiind în imposibilitate de a furniza PT revizuit înainte de finalizarea testelor și inspecțiilor de către Antreprenor;

În documentația de atribuire nu a fost prevăzută necesitatea revizuirii PT, implicit nu au fost prevăzute date la care Beneficiarului este obligat să predea PT revizuit;

PT a fost revizuit și predat Antreprenorului la data de 13.11.2013 (conform Anexa 5 la Punctul de vedere FIDIC). iar la data de 17.02.2014 a fost predată revizia a 2-a PT;

Rezultă că predarea cu întârziere a documentelor întocmire de către Antreprenor a condiționat elaborarea tuturor părților din Proiectul tehnic revizuit și au influențat finalizarea acestuia.

În răspunsul la obiecțiuni, specialistul FIDIC, concluzionează asupra obiectivului 4.4.1.5. al CNAPM, că Studiile și Inspecțiile au condiționat revizuirea proiectului tehnic, respectiv "cel puțin activitățile menționate în Capitolul 2 din caietul de Sarcini, respectiv de ridicare a profilelor, inspecțiile vizuale, ridicările solului, testele hidraulice de laborator (teste 2D pe cel puțin 3 secțiuni). Testare la scară, în laborator a modelului fizic".

De asemenea, în descrierea lucrărilor din caietul de sarcini, la capitolul 8. "Prospectarea terenului", se prevede și "cercetarea geotehnică a terenului prin execuția de către Constructor a două foraje a căror rezultate se vor folosi la analiza stabilității digurilor".

Opinia expertizei a fost aceea că rezultatele geotehnice trebuiau corelate cu Programul de execuție.

Suplimentar, în Oferta Tehnică, capitolul 1.3. .. teste în laborator hidraulic. Antreprenorul se angajează ca: "După atribuirea contractului, următoarele secțiuni vor fi testate 2D:

Secțiune în zona materialului de piatră;

Secțiune pe fundul mării;

Secțiune în zona noului cap al digului de larg.

Se vor efectua teste de laborator 3D pentru cel mai rău scenariu de caz, luând în considerare toate direcțiile vântului pentru a dovedi corectitudinea proiectului conform setului de criterii. Rezultatele testelor de laborator vor fi utilizate pentru proiectul final și planurile lucrărilor", fapt ce confirmă că rezultatele acestor teste trebuiau corelate cu programul de execuție".

Corelarea studiilor și inspecțiilor ce urmau a fi executate de către Antreprenor era obligatorie și indisolubil legată de necesitatea de a prevedea în programul de execuție impactul pe care acestea îl aveau asupra Proiectului Tehnic, ## ## ##### ## #####  
##### ## # ##### ## ##### ## ##### ## ## ##### ## ##  
##### #####, nu se putea evalua nici efectul pe care inspecțiile și testele îl aveau asupra proiectului tehnic.

Pentru Beneficiar, rolul programului de execuție este acela de a monitoriza și evalua progresul lucrărilor și de a avea un mijloc de evaluare a evenimentelor actuale și viitoare care ar putea întârzia finalizarea lucrărilor.

Având în vedere că documentația de atribuire nu cuprinde prevederi referitoare la necesitatea revizuirii proiectului tehnic și nici date de predare a acestuia, nu poate fi susținută teoria conform căreia întârzierile în execuția lucrărilor au fost cauzate de inacțiunea Beneficiarului de a revizui proiectul tehnic sau de a preda proiectul tehnic revizuit la o data prestabilită contractual.

Din acest punct de vedere, rezultă că Antreprenorul avea obligația să trimită un program de execuție revizuit care să includă data la care consideră că ar fi avut loc evenimentul de risc, arătând efectul anticipat al acestuia, precum și impactul pe care acesta le are asupra restului activităților.

Stabilirea prelungirii duratei de execuție se bazează pe analiza drumului critic și a influenței evenimentelor care produc întârzieri asupra activităților aliate pe drumul critic.

Or, rezultă în mod evident faptul că perioada revendicată de către Antreprenor ca reprezentând staționări ale navelor în perioada dintre finalizarea Studiului 3 D și predarea PT revizuit, în niciun caz nu-i putea li imputată Beneficiarului, deoarece staționarea echipamentelor nu a fost cauzată de nerespectarea de către Beneficiar a unor eventuale termene, deoarece Caietul de sarcini și documentele contractuale nu au prevăzut astfel de termene, ci de:

- întârzierile în efectuarea testelor preliminariei;
- rezultatele testelor preliminariei;
- mobilizarea utilajelor în lipsa unui program de execuție întocmit în conformitate cu sub-clauza 3.8.

- rezultatele testelor și a investigațiilor au impus modificări ale PT pus la dispoziție de Autoritatea Contractantă în faza de ofertă, fapte ce a condus la depășirea datei de finalizare prognozată de Antreprenor în Programul 2.

Astfel, în perioada iunie 2013-februarie 2014, au fost desfășurate următoarele activități:

- Finalizarea investigațiilor de teren și a rapoartelor de către Antreprenor;
- Finalizarea Proiectului revizuit (modificat) de către Proiectant și înaintarea planșelor modificatoare în vederea execuției;

- Revendicarea Antreprenorului privind prelungirea duratei de execuție și costuri suplimentare:

- Execuția lucrărilor pe tronsoane (secțiuni): conform cu Instrucțiunea Inginerului din luna august 2013;

- Stabilirea unor preturi noi pentru articolele noi din listele de cantități revizuite ale Proiectului Tehnic:

- întocmirea unor Ordine de Modificare.

În aceeași perioadă s-au executat și părți din lucrările permanente în zona de trunchi a corpului digului, precum și din lucrările modificate de Proiectant și instruite de Inginer prin adresa 283285-VODMC-290/13 august 2013 (Anexa 3A la raportul FIDIC).

Finalizarea revizuirii Proiectului Tehnic, avizat de CTE - Port Constanța a avut loc la data de 13.11.2013 (Anexa 5A la Raportul de specialitate FIDIC), iar Instrucțiunea Inginerului

către Antreprenor pentru execuție a fost dată în 17.02.2014, prin adresa nr. 283285-VODMC-681 (Anexa 3B la raportul FIDIC).

Lucrările s-au finalizat în octombrie 2015. iar Comisia de recepție la terminarea lucrărilor a emis Procesul Verbal de Recepție la Terminarea Lucrărilor (PVRTL) la data de 03.11.2015.

Inginerul, în soluționarea revendicărilor Antreprenorului, a avut în vedere exclusiv perioada de staționare reclamată, nefiind avute în analiză cauzele ce au generat staționările navelor și nici dacă până la data de la care au fost înregistrate perioadele de staționare Antreprenorul și-a respectat întocmai și la termen obligațiile asumate prin Contract.

De asemenea, Inginerul a fost în imposibilitate să facă o evaluare a cauzelor care au avut impact asupra perioadelor de staționare generate de lipsa PT revizuit, pentru că Antreprenorul s-a sustras obligației de a transmite și un program de execuție actualizat în baza căruia să poată fi efectuată o evaluare completă a cauzei.

Din Hotărârea Inginerului C392/09.03.2015, rezultă că perioadele în care Antreprenorul pretinde că a înregistrat costuri ca urmare a staționării navelor în lipsa PT revizuit, au fost:

5 iulie ##### # ## august 2013 (41 de zile);

5 octombrie ##### # ## aprilie 2014 (a fost demonstrată doar pentru un număr de în care toate echipamentele de punere în operă a carapacei 124 zile au fost în mod simultan în staționare), fapt pentru care a stabilit un cost de 6.257.438 euro și 5.538.614 lei.

Rezultă că, pe de o parte, perioada reclamată de staționare a echipamentelor din culpa Beneficiarului pentru nepredarea ”în termen” a PT revizuit se suprapune peste perioada în care Antreprenorul a întocmit studiile și inspecțiile necesare revizuirii PT, iar pe de altă parte, Inginerul nu a avut în analiză faptul că Antreprenorul a mobilizat echipamentele fără să se afle în situația de a le utiliza, mobilizarea nefiind corelată cu rezultatele testelor și inspecțiilor și cu Programul de execuție.

Din înscrisurile administrate în cauză rezultă că, pe de o parte, Antreprenorul a mobilizat echipamente deși nu se afla în situația de a le utiliza, iar pe de alta parte, a mobilizat chiar mai multe decât a avut prevăzute în oferta.

Mobilizarea prematură a utilajelor a fost recunoscută chiar de către Antreprenor, care în scrisoarea sa nr. VODMC-796 din data de 06.11.2013, afirmă că: „datorita inexistentei proiectului pentru zona de tranziție, precum și apropierea iernii fără a avea posibilitatea de a stabili exact când va fi primit proiectul în cauză, echipamentele Jamuna, Tamuata și excavatorul Hitachi 1200 au fost mobilizate pentru aceasta secțiune de tranziție”.

De asemenea, Inginerul, în scrisoarea sa nr. C 163/20.03.2014, la punctul 4, transmite Antreprenorului că: „Dacă în vara anului 2013 ați fi avut în continuare planuri autentice de a începe lucrările în Zona de Tranziție, ne-am fi așteptat să primim atunci de la dvs. înștiințări privind lipsa proiectului final aprobat. Totuși, o astfel de înștiințare, în conformitate cu Sub-Clauza 1.0 a fost transmisă de dvs. abia în data de 14 noiembrie 2013, prin scrisoarea dvs. 283285-VODMC-822. Ca urmare, consideram ca din punct de vedere contractual dvs. ați intenționat să începeți lucrările la Zona de Tranziție, după notificarea menționată mai sus. ”

Aceasta înseamnă că Antreprenorul ar fi trebuit să furnizeze înregistrări ale mobilizării navelor și modul în care acestea intrau în operare, aspect confirmat inițial de către Antreprenor prin scrisoarea VODMC-1667/23 iulie 2014, la punctul 5, afirmă că:

„## bordul ambarcațiunii, personalul Inginerului/Beneficiarului/Ministerului Transporturilor va semna în jurnalul de bord data/ora de intrare și plecare pe/de pe ambarcațiune”.

Prin raportare la obligațiile Antreprenorului prevăzute în caietul de sarcini și în programul de execuție, la înscrisurile la care a făcut referire mai sus și la punctul de vedere de specialitate FIDIC, rezultă că:

Mobilizarea echipamentelor nu a fost corelată cu rezultatele testelor și inspecțiilor;

Antreprenorul nu a prezentat înregistrări din care să reiasă cauza staționării și timpul de staționare a echipamentelor;

Programul 2, în baza căruia au fost executate lucrările, nu conține datele necesare finalizării tuturor activităților, nefiind incluse informațiile privitoare la modalitatea de utilizare a resurselor;

Concluzii privind utilizarea ineficientă a utilajelor de către Antreprenor:

Antreprenorul a avut cunoștință de faptul că nu poate începe execuția lucrărilor la data prevăzută în Programul 2;

În lipsa unui program revizuit, mobilizarea utilajelor nu a ținut cont de situația de fapt a contractului;

Obligația Antreprenorului este de a diminua atât întârzierile cât și pierderile înregistrate, rezultând de aici. obligația revizuirii programului de execuție:

Predarea fracționată a DDE este cauzată de culpa Antreprenorului prin întârzierea finalizării testelor și inspecțiilor prevăzute în Caietul de Sarcini.

Cu privire la modul de determinare/calcul:

Costul aferent timpului de staționare a navelor a fost calculat de către reclamantă în baza Listelor de cantități pentru Lucrări în Regie, prețurile din Listele de cantități 6 și 7 neputând fi aplicate pentru determinarea pretențiilor aferente acestei pretenții:

Până la data finalizării revizuirii Proiectul Tehnic, contrar poziției exprimate atât de către Inginer, cât și de către Beneficiar, cu privire la reducerea ritmului de execuție sau la suspendarea execuției lucrărilor până la data revizuirii Proiectului Tehnic, Antreprenorul a mobilizat diferite nave și echipamente ce nu corespundeau graficului de lucrări astfel cum acesta trebuia să fie corelat cu ritmul și stadiul de execuție al lucrărilor.

Astfel, între părți a apărut o dispută cu privire la modul de determinare și cuantificare a costurilor de staționare a navelor, din vreme ce staționarea navelor nu s-a produs din culpa Beneficiarului.

Antreprenorul, pentru a putea transmite Inginerului revendicarea cu privire la costul de staționare a echipamentelor, a recurs la efectuarea unor calcule prin raportare la Listele de cantități 6 și 7, anexă la Oferta financiară, care prevedeau prețuri în euro pentru lucrări în regie, prețuri care nu au fost luate în calcul în evaluarea propunerii financiare.

Lista de cantități nr.6, anexă la Oferta financiară, intitulată „Lucrări în regie — Forță de muncă Lista nr.06” și Lista de cantități nr.7, intitulată „Lucrări în regie — Utilajele de construcție Lista nr.07” nu puteau fi aplicate pentru determinarea unor costuri aferente staționării echipamentelor generată de lipsa Proiectului Tehnic, pentru că acestea nu sunt generate de execuția de lucrări minore și de natură incidentală.

Prin „Lista de cantități și descrierea lucrărilor aferente Proiectului revizuit”, astfel cum acesta a fost avizat în CTE la data de 19.12.2013, întocmită de Proiectant, la punctul 1.4 - Compensarea modificărilor și a lucrărilor suplimentare, s-a prevăzut că determinarea compensării modificărilor și pentru lucrări suplimentare executate de către contractor, „Listele vor trebui parcurse împreună cu înțelegerea contractuală, descrierea generală a lucrărilor. Caietul de Sarcini și Planurile”.

Sub-clauza 13.6 din Condițiile generale, ce se aplică cu prioritate față de Listele de cantități potrivit punctului 2 din Acordul contractual, prevede că inginerul poate dispune ca o modificare să fie executată pe baza lucrărilor în regie, numai pentru lucrările minore sau de natură incidentală.

Pentru ca această modificare să poată fi dispusă de către Inginer prin Ordine de Modificare, Antreprenorul este obligat ca, înainte de a executa orice fel de lucrări, să transmită Inginerului devize.

Pentru ca Antreprenorul să primească plăți pentru execuția lucrărilor în regie, acesta „va furniza zilnic Inginerului situații corecte, în dublu exemplar, care vor include următoarele detalii referitoare la resursele folosite pentru execuția lucrărilor din ziua anterioară:

- (a) Numele, funcția și orele prestate ale Personalului Antreprenorului;
- (b) Identificarea, tipul și orele prestate ale Echipamentului Antreprenorului și ale Lucrărilor Temporare, și
- (c) Cantitățile și tipurile de Echipamente și Materiale folosite”.

Antreprenorul va transmite apoi Inginerului situații cu prețurile acestor resurse, înainte ca acestea să fie incluse în următoarea situație de lucrări, potrivit Sub-clauzei 14.3 — Prezentarea Situațiilor Interimare de Lucrări.

Pretenția reclamantei relativă la plata costurilor de staționare a echipamentelor este cuantificată pe Listele de cantități pentru Lucrări în Regie, în condițiile în care:

Prețurile din Listele de cantități 6 și 7 se aplică exclusiv lucrărilor minore sau de natură incidentală, staționarea echipamentelor pentru perioada revendicată - 165 de zile - nu are nici caracter minor și nici incidental, iar costul de staționare cum a fost evaluat de Antreprenor reprezintă aproximativ 10% din Prețul contractului; Staționarea echipamentelor nu reprezintă o activitate care să presupună utilizarea oricărui utilaj sau personal de natură a se aplica Costul pentru Lucrări în regie: Listele de cantități și descrierea de prețuri din Proiectul Tehnic, atât în varianta inițială cât și în cea revizuită, includ în categoria Lucrărilor în regie doar „Costul forței de muncă”, „Costurile legate de Utilajele de Construcție” și „Costurile serviciilor din afara lui (subcontractarea)”. În privința „Costurilor legate de Utilajele de Construcție”, Proiectantul a avut în vedere acele costuri în regie care presupun utilizarea utilajelor de construcție furnizate și folosite de către Contractor, nu și a staționării lor, din cuprinsul contractului rezultând că Beneficiarul s-a obligat a plăti, în limitele valorii maxim acceptate a contractului, doar costuri de utilizare, nu și a celor de staționare:

Plata modificărilor și a lucrărilor suplimentare, astfel cum este aceasta prevăzută la art.1.4 din Listele de cantități și descrierea de prețuri din Proiectul Tehnic, nu se putea face decât prin aplicarea prețurilor unitare semnificative/relevante prevăzute în oricare din Listele de la 01 la 04. după determinarea cantităților finale. „În cazul în care nu există astfel de prețuri unitare atunci Contractorul va transmite Consultantului pentru aprobare o cerere de modificări de sume

globale referitoare la Modificări și sau Lucrări Suplimentare, detaliind prețul total bazat pe estimarea resurselor anticipate a fi utilizate și pe ratele indicate în Listele de Cantități pentru Lucrări în Regie". Din clauza precitată, rezultă că dacă plata nu se poate face din Listele de Cantități de la 01 la 04, aceasta se poate face din Listele pentru Lucrări în regie, cu condiția ca acel cost să fie aplicat pentru o activitate de execuție, iar nu pentru un timp, perioadă în care antreprenorul nu lucrează, iar acea activitate să fi fost una incidentală sau minoră și să fi fost în prealabil documentată și avizată de către Inginer;

Listele de cantități nu prevalează față de dispozițiile contractuale, iar acestea „vor trebui parcurse”, potrivit pct. 1.1.1 - Descrierea articolelor de lucrări din Listele de cantități - din Proiectul tehnic, „împreună cu înțelegerea contractuală, descrierea generală a lucrărilor, caietul de sarcini și planurile”, iar Contractul limitează aplicarea Listelor de cantități pentru Lucrări în regie exclusiv pentru lucrările minore și incidentale.

Suplimentar, se impune a se reține că aceste pretinse Costuri de staționare, nu au fost în prealabil suportării lor, fundamentate potrivit cerințelor Sub-clauzei 13.6 - Lucrări în regie, acestea fiind certificate de către Inginer ulterior pretinsei inactivități de staționare, iar antreprenorul a refuzat să prezinte înscrierile care să dovedească resursele folosite pentru execuția lucrărilor din ziua anterioară, respectiv numele, funcția și orele prestate ale Personalului Antreprenorului, identificarea, tipul și orele prestate ale Echipamentului Antreprenorului și ale Lucrărilor Temporare și Cantitățile și tipurile de Echipamente și Materiale folosite.

Beneficiarul a solicitat în repetate rânduri prezentarea Jurnalelor de bord, ce reprezintă o dovadă certă a activității echipamentelor pretins a fi staționat, mai ales că, așa cum și reclamanta recunoaște, în aceeași perioadă cu execuția lucrării contractate, executa și alte lucrări pentru alți contractanți, pentru execuție fiind utilizate aceleași nave cu cele prezentate în Oferta tehnică.

În acest sens reține și Inginerul în Hotărârea nr.C392/09.03.2015, că în determinarea costului timpului de staționare nu pot fi avute în vedere nave care au fost folosite pentru un alt proiect din regiune, aspecte care nu au fost niciodată dovedite și fundamentate.

De asemenea, cerința ținerii unei evidențe stricte cu privire la utilizarea navelor era prevăzută în contract, sub-clauza 4.17 din Acordul contractual, potrivit căreia „antreprenorul va fi responsabil pentru toate utilajele sale. Atunci când sunt aduse pe Șantier, utilajele Antreprenorului vor fi considerate a fi destinate în mod exclusiv execuției Lucrărilor. Tarifele portuare nu se vor aplica navelor destinate execuției lucrărilor. Antreprenorul nu va retrage de pe Șantier niciun Utilaj important fără consimțământul Inginerului.”

În analiza pretenției deduse judecății și care a constituit temei al revendicării Antreprenorului din data de 26.06.2013, urmează a fi avute în vedere următoarele prevederi contractuale și poziția părților exprimată în cursul execuției lucrărilor:

Clarificarea 7 - răspunsul 6: „Listele nr. 06,07,08 se completează de către Ofertant, prețurile urmând a fi utilizate numai în cazul executării de lucrări suplimentare de modificare sau în regie”;

Prelungirea digului de larg din Portul Constanța — document înaintat de Beneficiar cu adresa nr. 29/09,02.2014, cuprinzând Lista de cantități și Descrierea de prețuri. Rev. 2.: 1.4 Compensarea modificărilor și lucrărilor suplimentare (iii) Lucrări în Regie – costuri legate de Utilajele de Construcții... În cazul când utilajele sunt folosite rar conform prevederilor Lucrului în Regie și conform determinărilor Clientului trebuie să staționeze continuu în șantier, piața se va

limita la numărul real al orelor de utilizare. Echipamentul neutilizat în locul unde se execută modificări sau Lucrări Suplimentare din dispoziția Clientului, va fi plătit la valoarea unei rate de așteptare ".

Sub-clauza 12.3 (Evaluarea) din Condițiile Generale de Contract.. Cu excepția cazului în care se specifică altfel în Contract, Inginerul va acționa în conformitate cu prevederile Sub-Clauzei 3.5 [Hotărâri] pentru a conveni sau a hotărî asupra Prețului Contractului prin evaluarea fiecărui articol de lucrări, aplicând măsurătoarea convenită sau hotărâtă în conformitate cu prevederile Sub-Clauzelor 12.1 și 12.2 de mai sus și tariful sau prețul adecvat pentru articolul respectiv. Pentru fiecare articol de lucrări, tariful sau prețul adecvat va fi tariful sau prețul specificat în Contract sau, dacă nu există un astfel de articol, va fi cel specificat pentru o lucrare similară. Totuși, un tarif sau preț nou va fi adecvat pentru un articol de lucrări dacă:

(i) cantitatea măsurată a articolului este schimbată cu mai mult de 10% față de cantitatea acestui articol din Lista de Cantități sau alte Liste,

(ii) această schimbare de cantitate multiplicată cu tariful specificat pentru acest articol depășește 0,01% din Valoarea de Contract Acceptată,

(iii) această schimbare de cantitate modifică direct Costul unitar al acestui articol cu mai mult de EH, și

(iv) acest articol nu este specificat în Contract ca fiind « articol cu tarif fix »: sau

(i) execuția lucrării este dispusă potrivit prevederilor Clauzei 13 [Modificări și Ajustări],

(ii) în Contract nu este specificat niciun tarif sau preț pentru un astfel de articol, și

(iii) niciun tarif sau preț specificat nu este adecvat deoarece articolul respectiv nu este similar sau nu este executat în condiții similare cu niciun alt articol din Contract.

Fiecare tarif sau preț nou va fi calculat pe baza oricăror tarife sau preturi relevante din Contract, cu ajustări rezonabile pentru a lua în considerare problemele descrise în subparagrafele (a) și /sau (b) după caz. Dacă niciun tarif sau preț nu este relevant pentru calcularea unui tarif sau preț nou, atunci el va fi calculat pe baza Costului rezonabil de execuție a lucrării, plus un pro fit rezonabil, luând în considerare și orice alte probleme relevante.

Până când se va conveni sau hotărî un tarif sau preț adecvat, Inginerul va stabili un tarif sau preț provizoriu în scopul emiterii Certificatelor Interimare de Plată. "

Potrivit prevederilor Sub-Clauzei 12.3, Inginerul trebuie să determine Prețul Contractului prin măsurarea și aplicarea prețului pentru fiecare articol în parte și nicidecum pentru calcularea prețului aferent staționării utilajelor Antreprenorului pe perioada execuției lucrărilor contractate.

Clarificarea nr.7, răspunsul nr.6. prevedea în mod clar faptul că: „Listele nr. 06,07,08 se completează de către Ofertant, prețurile urmând a fi utilizate numai în cazul executării de lucruri suplimentare de modificare sau în regie”, sintagmă ce exclude orice alt caz cu excepția executării de lucrări suplimentare de modificare sau în regie.

Listele de cantități 6 și 7 se utilizează doar pentru lucrările în regie (așa cum sunt definite în contract) sau lucrări suplimentare, care ar fi trebuit să fie instructate de către Inginer, constituind astfel o Modificare, noțiune care este definită în cadrul Sub-Clauzei 1.1.6.9.

Pentru utilizarea listelor de cantități 6 și 7 ar fi trebuit îndeplinite următoarele condiții obligatorii:

Sa existe în cadrul contractului o Lista de Lucrări în Regie;

Pentru lucrări minore sau de natura incidentala, Inginerul să dispună ca o modificare sa fie executată în baza Lucrărilor în Regie - Condiție neîndeplinită.

Dacă staționarea utilajelor s-ar fi referit la lucrări în regie, ar fi trebuit îndeplinite următoarele condiții:

Costul Forței de Munca (paragraf II, articolul 1.4 — Compensarea modificărilor și a lucrărilor suplimentare din Caietul de Sarcini);

Modificările de timp de muncă cuprinse în Modificări sau Lucrări Suplimentare vor trebui supuse aprobării zilnice a Clientului — Condiție neîndeplinită:

Pentru costurile legate de utilajele de construcție (articolul 1.4 - Compensarea modificărilor și a lucrărilor suplimentare din Caietul de Sarcini);

Timpul utilajelor și echipamentelor cuprins la Modificări și Lucrări Suplimentare vor fi supuse aprobării zilnice a Clientului — Condiție neîndeplinită;

Dacă staționarea utilajelor s-ar fi referit la lucrări în regie, ar fi trebuit îndeplinite, suplimentar, următoarele condiții:

Conform Sub-CIauzei 13.6, privitor la resursele folosite:

Numele, funcția și orele prestate ale Personalului Antreprenorului — Condiție neîndeplinită;

Identificarea, tipul și orele prestate ale Echipamentului Antreprenorului și ale Lucrărilor Temporare - Condiție neîndeplinită;

Cantitățile și tipurile de Materiale folosite — Condiție neîndeplinită.

Rezultă că:

Listele de cantități 6 și 7 nu pot fi aplicate pentru alte tipuri de lucrări decât pentru cele în regie;

Din Clarificarea nr.7 și prevederile Caietului de Sarcini, Lista de cantități și descriere de preturi, rezultă că staționarea din listele de cantități 6 și 7 se referă exclusiv la staționarea pe perioada execuției Lucrărilor în Regie.

Analiza hotărârii Inginerului privitor la utilizarea costurilor de staționare:

Inginerul, în evaluarea ratelor pentru echipamentele în staționare, ca urmare a presupusului eveniment legat de riscul Beneficiarului, a utilizat, în mod direct ratele prevăzute în listele de cantități din oferta Antreprenorului, devenite mai apoi parte din contract.

Referitor la Lista de cantități 7, costurile de staționare pentru echipamente, așa cum este prevăzut în coloana 8, sunt direct legate de ratele de funcționare date în coloana 6.

Acestea sunt cu 33,3%. 40% sau 50% diferite față de ratele operaționale. Acest lucru denotă faptul că valorile utilizate pentru costurile de staționare nu au fost determinate printr-un calcul detaliat, ci mai degrabă prin proporționare.

Antreprenorul nu a furnizat calcule detaliate pentru a verifica costurile de staționare, iar Inginerul a acceptat tarifele fără a face propriile calcule de verificare.

Costurile de staționare, în cazul revendicărilor, constituie daune. Acestea sunt pierderile suportate de către Antreprenor prin intermediul echipamentelor care staționează sau care lucrează cu o rată redusă a progresului. Costurile operaționale se referă la veniturile potențiale și, ca atare, nu sunt pierderi directe. Prin urmare, este imperativ ca și costurile de staționare să fie dovedite atât din punct de vedere al perioadelor reale de întârziere, cât și al valorii.



Privitor la perioadele de întârziere, se constată că Antreprenorul nu a furnizat niciun fel de înregistrări, ori întârzierile în utilizarea echipamentului se înregistrează individual, prin intermediul înregistrărilor zilnice din șantier, confirmate de Inginer.

Inginerul a confirmat în Hotărârea 9V7125 / VODMC CI80 din 15 aprilie 2014 că Antreprenorul, prin scrisoarea VODMC-284 din 26 iunie 2013, a prezentat o înștiințare a revendicării conformă cu Sub-clauza 20.1, caz în care Antreprenorul ar fi trebuit să țină o evidență detaliată a tuturor aspectelor legate de revendicare, ## ##### ## # ##### ##### # ##### # ##### ##### ##### ##### ##### ##### #####.

Deși prevederile Sub-clauzei 20.1 sunt clare în ceea ce privește păstrarea înregistrărilor care să fundamenteze revendicarea, odată ce o reclamație a fost notificată de către Antreprenor, nu au fost transmise astfel de înregistrări. Inginerul a confirmat întârzierile fiecărui echipament fără a face vreo referire la înregistrările din șantier.

Raportul de expertiză contabilă a confirmat faptul că Antreprenorul nu a putut furniza înregistrări din care să rezulte modul de înregistrare a staționărilor și costurile generate de acest pretins fapt.

Utilizarea costurilor de staționare la cuantificarea pierderilor

Trebuie remarcat faptul că ratele de staționare utilizate de Inginer și de Antreprenor sunt ratele furnizate de Antreprenor în lista de cantități. Listele de cantități 6, 7 și 8 au fost întocmite în anul 2010, odată cu depunerea Ofertei.

Costurile staționării, indicate în coloana 8, se raportează la vârsta echipamentelor, indicată în coloana 5 și includ amortizarea echipamentului.

Perioada de întârziere raportată de Antreprenor și acceptată de Inginer variază de la 05 octombrie 2013 până la 27 iunie 2014.

Deoarece costurile de staționare au fost stabilite în 2010, este evident că trebuie ajustate pentru a compensa pierderea efectivă pentru perioada revendicată. Inginerul nu a realizat o astfel de calculație din care să rezulte dacă au existat reduceri ale ratelor în așteptare datorate încetării amortizării și perioadelor de finanțare.

Cele de mai sus dovedesc în mod clar că:

Stabilirea unor costuri de staționare corecte necesitau calcule detaliate. Simpla proporționare a ratelor operaționale pentru a determina costul de staționare nu este o procedura contractuală;

Costurile de staționare se referă la recuperarea daunelor și, ca atare, costurile trebuie să reflecte pierderea reală (daca e cazul), iar nu o simplă aproximare;

Ajustarea costurilor de staționare ar fi trebuit raportată la perioadă de întârziere efectivă cu considerarea datei de depunere a ofertei;

Din analiza prevederilor contractuale rezultă că staționarea echipamentelor nu a avut natura incidentală așa cum prevede sub-clauza 13.6.

În privința netemeinicii pretențiilor reclamantei formulate prin petitul 1.2 din acțiunea arbitrală:

Pretenția 1.2. se fundamentează pe Hotărârea Inginerului C458/I0.07.2015 și pe Decizia CSD nr.7/09.05.2016.

Hotărârea finală privind reclamația Antreprenorului de prelungire a perioadei de execuție și calcul în desfășurare pentru costul timpului de staționare — Partea II din 10.07.2015, privește

întârzierile cauzate de majorarea cantităților în proiectul revizuit și a lucrărilor suplimentare implicate de îndepărtarea blocurilor și a elementelor de beton de sub apă. Prelungirea totală ca rezultat al majorării cantităților în proiectul revizuit și al lucrărilor suplimentare implicate de îndepărtarea blocurilor și a elementelor de beton de sub apă (lucrări asociate Zonei de Tranziție, Zidului Interior. Capului de Dig și îndepărtării pietrelor, inclusiv Trunchiul digului de larg), este de 56.93 de zile.

Prin Hotărâre, Inginerul nu cuantifică prețul aferent zilelor de întârziere, întrucât aceste valori nu au fost revendicate sau fundamentate corespunzător.

În determinarea restului de Preț neplătit de către Beneficiar (solicitat prin capătul 1.2. din acțiunea introductivă) constând în costurile aferente extinderii de timp cu 57 de zile. reclamanta solicită plata următoarelor articole din Listele de Cantități 1 și 5. respectiv:

- ### ### ### # garanția de bună execuție.
- ##### ### # asigurarea Contractorului,
- ##### # prevederi pentru organizarea de șantier (amenajări, facilități, birouri, campare)
- ##### # prevederi pentru operarea și întreținerea vehiculelor, ##### # organizarea de șantier.
- ##### # prevederi pentru utilizarea și întreținerea laboratoarelor,
- ## ##### # prevederi pentru întreținerea birourilor și echipamentelor Consultantului.
- ##### # prevederi pentru utilizarea și întreținerea unei nave pentru măsurători, a echipamentelor de măsurare și scufundare.

Aceste articole au fost oferite ca sumă globală pe toată durata contractului, iar pentru durata inițială a contractului aceste sume au fost plătite de către Beneficiar conform listelor de cantități.

Reclamanta a susținut că și pentru cele 57 de zile sumele ar trebui plătite în același quantum, deoarece aceste articole au prețuri fixe în Listele de cantități 1 și 5.

În cursul procedurii arbitrate, în administrarea probei cu expertiză contabilă, reclamanta nu a depus înscrisuri care să dovedească întinderea costurilor aferente extinderii de timp cu 57 de zile, respectiv state de salarii, contracte de servicii, care să ateste sumele suportate în această perioadă pentru acest capitol revendicat.

Astfel, expertiza a concluzionat că nu există documente justificative și contabile din care să rezulte că reclamanta a avut costuri suplimentare. în valoare de 4.028.815.32 lei. pentru perioada de 57 de zile.

Susținerea reclamantei potrivit căreia "a avut aceleași costuri pe care le-a avut în cele 165 de zile de extindere ", nu este dovedită documentar pentru cele 57 de zile, așa cum de altfel nu a fost dovedită nici pentru cele 165 de zile de prelungire a perioadei totale a contractului.

Netemeinicia pretențiilor reclamantei privind plata execuției lucrărilor suplimentare, solicitate prin petitul 1.3 din acțiunea arbitrală, respectiv petitul A din acțiunea în anulare:

Prin acțiunea arbitrală modificată, reclamanta solicită obligarea CNAPM la plata sumei de 38.500.01 1.54 lei exclusiv TVA, compusă din:

- 20.368.001.52 lei. cu titlu de diferența dintre prețul unitar de 30.680,22 lei și cel de 902.44 lei, pentru 684 elemente de beton demontate în anii 2013 și 2015, certificate de inginer ca

fiind elemente de beton de sub nivelului apei dar demontate utilizând echipamente de uscat, deci certificate de Inginer și ca atare plătite de Beneficiar la prețul unitar de 902,44 lei;

- 18.132.010,02 lei. reprezentând valoarea la prețul unitar de 30.680,22 Ici a 591 elemente de beton presupuse a fi demontate de sub nivelul apei în anul 2014 (580 Evidate 15t + 11 Stabilopozi 25t) și necertificate de către Inginer.

Din înscrisurile administrate în cursul procedurii arbitrale rezultă că Antreprenorul nu a parcurs procedura de notificare a Inginerului, nu a transmis datele și informațiile necesare fundamentării pretențiilor. Inginerul fiind astfel în imposibilitate să emită o Hotărâre cu privire la revendicarea pretinsă.

Prin adresa nr.28.3285-VODMC-I 14/07.05.2013 - dată la care a fost predată Inspekția subacvatică și Studiul detaliat al fundului mării. Antreprenorul precizează că:

- în zona 1-10 m, a identificat câteva elemente de beton;
- în zona 10-30, câteva elemente de beton; în zona 30-70 m, câteva elemente de beton;
- în zona 70-100 m, tară elemente de beton (numai blocuri de piatră).

Față de această adresă, fundamentată pe Studiile și Inspekțiile efectuate de către Antreprenor, atât Inginerul cât și Proiectantul, au înțeles că în zona de construcție a digului există "câteva elemente de beton", în primii 100 m, iar pentru suprafața totală, nefiind specificată nici o cantitate, deși Inspekția a parcurs și această suprafață, că nu există niciun fel de elemente de beton.

De asemenea, tot prin raportare la adresa de comunicare a Inspekției subacvatice. Beneficiarul a înțeles că aceasta nu are impact asupra evoluției lucrărilor, cantitatea de elemente de beton nefiind susceptibilă de a se încadra în prevederile Sub-clauzei 4.12.

În continuare, prin adresa nr.28.3285/VODMC/474 din 23.08.2013, Antreprenorul precizează, pentru prima dată, că numărul elementelor din beton aflate sub nivelul apei este dificil de cuantificat, însă estimează că numărul acestora este de 194 unități evidate de 15 tone.

## data de 18.10.2013, prin adresa nr.28.3285-VODMC-720, Antreprenorul transmite o planșă detaliată a numărului de evidate de beton, arătând că cele mai bune cantități estimate pe care le are ale blocurilor de beton deja amplasate care trebuie să fie scoase din digul de nord existent, este de 235 de blocuri evidate.

Listele de cantități aferente PT revizuit, întocmite pe baza Inspekției subacvatice și a studiilor predate de Antreprenor până la data revizuirii, prevăd că articolele noi ce constau în excavarea și transportul elementelor de beton de sub nivelul apei este de 364 bucăți.

Ulterior, în Planșa Antreprenorului transmisă CNAPM la data de 10.04.2014, au fost menționate un număr de 447 bucăți blocuri identificabile.

Până la data întocmirii de către Inginer a Raportului său cu privire la revendicarea costurilor de îndepărtare a elementelor de beton de sub nivelul apei, raport transmis prin adresa nr.9V7125/AMPC/LI18/17.04.2014. numărul blocurilor de evidate și stabilopozi a ajuns la 1911 bucăți.

Față de cele prezentate mai sus, este evident că numărul de blocuri și localizarea lor pentru îndepărtare, transmise succesiv de Antreprenor începând cu data de 07.03.2013, este contradictorie, Inginerul fiind pus în imposibilitate de a stabili valoarea estimată a lucrării și de a emite o variantă finală a planșelor proiectului.

Așadar, pretinsul eșec al Inginerului de a furniza planșa este cauzat exclusiv de către Antreprenor, care a transmis date și informații incomplete, nereale, întârziate și nefundamentate.

În concluziile Raportului de expertiză hidrotehnică, completate cu răspunsul la obiecțiuni, referitoare la elementele de beton, au fost evidențiate următoarele:

1). Numărul de elemente de beton de sub nivelul apei, demontate de Antreprenor în anii #####5. a fost de 1343 evidate și 340 stabilopozi, astfel:

- în anul 2013 au fost scoase de sub nivelul apei un număr de 340 evidate;
- în anul 2014 au fost scoase de sub nivelul apei un număr de 590 evidate și 11 stabilopozi, conform Rapoartelor zilnice de lucrări zona de tranziție (DRTZ);
- în anul 2015 au fost scoase de sub nivelul apei un număr de 413 evidate și 11 stabilopozi.

2). Din acestea, au fost certificate de Inginer prin cuprinderea în CIP-uri, facturate de Antreprenor și plătite de Beneficiar un număr de 763 buc. evidate și 329 buc. stabilopozi. rezultând prin diferență că nu au fost certificate 5S0 buc. evidate și 11 buc. stabilopozi.

Referitor la faptul că un număr de elemente de beton scoase de sub nivelul apei au fost certificate de Inginer și plătite de Beneficiar ca fiind de deasupra apei, expertiza hidrotehnică a arătat că încadrarea în elemente aflate sub nivelul apei /deasupra apei, s-a efectuat în funcție de procedura de lucru, respectiv:

i). Dacă elementele de beton au fost scoase cu utilaje terestre (excavator amplasat pe coronamentul digului care le încarcă în auto), au fost încadrate la elemente "până la nivelul apei", prevăzute la articolele ##### și ##### din Listele de cantități.

Expertul hidrotehnic arată că "Această procedură poate fi utilizată și pentru eliminarea elementelor de beton situate pe taluzai digului sub nivelul apei, până la o adâncime la care poate ajunge brațul excavatorului " (pag.20 din răspunsul la obiecțiuni).

ii). Dacă elementele de beton au fost scoase cu utilaje maritime, au fost încadrate la elemente de sub nivelul apei. Respectiv pentru "scoaterea elementelor de beton de sub nivelul apei, situate pe talazul digului dar la adâncimi mari și în banele digului, acolo unde brațul excavatorului amplasat pe coronamentul digului nu poate ajunge ", "Această procedură implică cheltuieli mult mai mari, utilizând nave, utilaje, echipamente și echipaje " fiind prezentat extras din propunerea de procedură de lucru (pag.20 din răspunsul la obiecțiuni).

Menționează că pe documentele suport care consemnează scoaterea elementelor de beton, s-a consemnat și utilajul care a fost utilizat la demontarea acestora.

Rezultă că încadrarea unui articol de lucrări se face funcție de costurile aferente.

Costul este format funcție de elementele componente, printre care și utilajele utilizate și numărul de personal implicat, la care se calculează manopera, fapt ce rezultă cu claritate și din diferența semnificativă între prețul de 902,44 lei pentru demontarea de deasupra apei și prețul de 30.680,22 lei pentru demontarea de sub nivelul apei.

Referitor la motivele necertificării elementelor de beton scoase în anul 2014, respectiv documentele care consemnează aceste lucrări, expertul hidrotehnic desemnat a arătat următoarele:

"Am analizat documentele suport care au sfârșit la baza decontării cantităților de lucrări similare în anul 2013 și în anul 2015 și, am constatat că exista documente de calitate (procese verbale) prin care cantitățile de lucrări executate sunt măsurate și certificate de reprezentatul

Inginerului, responsabil cu cantitățile - dirigințele de șantier. Am verificat și am constatat de asemenea, faptul că pentru toate articolele de lucrări din acest contract, cantitățile acceptate la plată au la bază documente suport:

- măsurători topo din 10 în 10 m, pentru cantitățile de piatră puse în operă;
- proces verbal de recepție calitativă, însoțit de teste de laborator, rapoarte de pușcare, centralizatoare zilnice pentru cantitățile de piatră extrase din carieră:
- procese verbale de transport material din depozit la lucrare, pe sorturi pentru cantitățile de piatră transportate:
- procese verbale de lucrări ascunse, pentru basculare material pietros 1-500 kg, #####  
####, 300-600 kg buc, ##### kg/buc;
- formular de controlul calității-inspecția scafandrului pentru amplasarea elementelor de beton Accropode II, cu coordonatele fiecărui element;
- procese verbale pentru eliminarea și transportul elementelor de beton scoase de sub nivelul apei și de deasupra apei, doar pentru lucrările realizate în anul 2013 și în anul 2015.

Am observat că pentru cantitățile de evidate și stabilopozi eliminate de sub nivelul apei de Antreprenor, nu există niciun document pentru măsurarea și certificarea cantităților realizate în anul 2014. ” (pag. 13-14 din răspunsul la obiecțiuni).

”În anexa la Planul calității sunt prezentate modele de documente utilizate în sistemul calității. Nu există niciun document intitulat sau care să poată fi asimilat eu DRTZ, dar există documente model pentru Procese verbale de inspecție, de calitate, de lucrări ce devin ascunse, condică de betoane, etc....

Raportul zilnic zona de tranziție DRTZ este un document care prezintă o oglindă a activităților realizate în cursul unei zile în zona de tranziție

DRIZ-ul nu este un document prezentat sau care poate fi asimilat eu cele din Planul calității.

Verificarea lucrărilor, măsurarea și certificarea cantităților este un atribut al dirigințelui de șantier (reprezentant al Inginerului), conform legislației românești, iar documentul DRTZ este semnat de Inginer, dar nu este semnat de dirigințele de șantier.

În contract este specificat că toate cantitățile de lucrări realizate și prezentate la plată, trebuie măsurate și trebuie documente justificative.

Acest raționament este valabil și pentru cantitățile de piatră de 0,5-4 to/buc raportate de Antreprenor în 2014.

În baza argumentelor de mai sus, opinia expertului desemnat este aceea că, Rapoartele zilnice din zona de tranziție DRTZ nu reprezintă documente care măsoară și certifică numărul de elemente de beton (Evidate 15 t și Stabilopozi 25 t) demontate de Antreprenor zilnic de sub nivelul apei. ” (pag. 16-17 din răspunsul la obiecțiuni).

De asemenea, din înscrisurile administrate a rezultat că Antreprenorul nu a efectuat înregistrări cu privire la ridicarea și transportul clementelor din beton excavate:

În CIP 29 (în extras în anexa nr. 15.3 raport de expertiză contabilă) sunt prezentate valoric sumele solicitate de Antreprenor, cele certificate de Inginer și diferențele rezultate.

Aplicând tariful unitar aferent fiecărei categorii din listă se obțin cantitățile solicitate, cele certificate și diferențele.

În tabelul de mai jos este prezentată situația elementelor de beton, pe cantitățile solicitate de Antreprenor și cele certificate de Inginer în CIP-uri. pentru cele 2 activități:

- 1) Demontarea, cu încărcare în auto în vederea transportării în depozit temporar;
- 2) Transportul și depozitarea temporară.

Se observă că Antreprenorul a solicitat decontarea pentru demontarea și încărcarea în auto a cantității totale de 1,736 buc, evidatate (din care 378 buc. de deasupra apei și 1.358 buc. de sub apă) și de asemenea a solicitat pentru aceeași cantitate de 1.736 buc, evidatate și decontarea transportului către depozit. Similar, pentru cantitatea totală de 474 stabilopozi. pentru care a solicitat decontarea scoaterii și încărcării, dar și a transportului la depozit.

De asemenea, se observă că Inginerul certifică, cantitatea de 1.011 buc, evidatate pentru demontare și încărcare în auto și tot 1.011 buc, evidatate este certificată ca fiind cantitatea totală transportată la depozit în vederea depozitării. Similar Inginerul certifică 463 buc, stabilopozi care au fost demontați și încărcăți în auto și tot 463 buc, stabilopozi care au fost transportați la depozit.

Reclamanta a solicitat prin cererea arbitrală, pentru 1.107 buc. evidatate și 160 buc. stabilopozi, doar plata contravalorii demontării și încărcării în auto. Reclamanta nu a solicitat și plata transportului acestora, fiind neclară împrejurarea eu privire la ce s-a întâmplat cu aceste elemente de beton demontate și încărcate în auto în vederea depozitării, dar care nu au fost totuși transportate mai departe după ce au fost încărcate în auto.

În răspunsul la obiectivul nr.1 al pârâtei, s-a arătat că pentru demontarea elementelor de beton de sub apă, nu există lucrări certificate de Inginer, care să fie neplătite, în mod corespunzător, nu există nici facturi emise de Antreprenor pentru astfel de lucrări, care să fie neachitate de pârâtă.

S-a arătat că pentru lucrările de demontare și transport elemente de protecție din beton (blocuri Antifer de 15t și stabilopozi de 25t), au fost certificate de Inginer cantitățile menționate în tabelul anexat.

Aceste cantități cuprinse în CIP-uri atestă că lucrările executate au fost măsurate și evaluate de Inginer, în vederea efectuării plății, în conformitate cu sub-clauza 14.1. coroborată cu sub-clauza 12.3.[Evaluarea]. Motivul necertificării de către Inginer a demontării și transportului celorlalte elemente de beton, așa cum este menționat în CIP-uri este : "NU există înregistrări ale planului calității".

Analiza Inginerului prezentată și în Ordinul de Variație nr.3/30.06.2015 privind elementele de beton (în extras în anexa nr. 15.4). a fost expusă în tabelul depus.

Se constată că pentru cele 527 buc. evidatate și 15 buc. stabilopozi, pentru care Antreprenorul a solicitat plata aferentă elementelor aflate sub nivelul apei de 30.680,22 lei, deoarece scoaterea lor s-a realizat cu echipamente terestre (utilizate la scoaterea elementelor de beton de deasupra apei), certificarea și decontarea acestora s-a efectuat la prețul unitar de 902,44 lei, aferent demontării elementelor de beton de deasupra apei.

Însă, în cererea arbitrală (la pag.25), reclamanta, prevalându-se doar de Decizia CSD nr.6/28.03.2016, pentru elementele de beton de sub nivelul apei, afirmă următoarele:

- În ceea ce privește Evidatele de 15t/huc cu toate că a fost demontată cantitatea de 1344 bucăți, a fost certificată și respectiv plătită de către Beneficiar numai demontarea cantității de 237 bucăți (a se vedea pagina 8 din Decizia nr.# CSD). Rezultă că lucrările de demontare pentru

o diferență de 1107 Evidate de 15t/buc, nu au fost certificate de către Inginer și nici nu au fost plătite de către Beneficiar. "

• În ceea ce privește Stabilopozii de 25t/buc. a fost demontată cantitatea de 340 bucăți, dar au fost certificate și respectiv plătite lucrările de demontare aferente cantității de 171 bucăți (a se vedea pagina 9 din Decizia nr.# CSD). Rezultă că lucrările de demontare pentru o diferență de 169 Stabilopozii de 25t/buc, nu au fost certificate de către Inginer și nici nu au fost plătite de către Beneficiar. ”

Se constată că, în cererea arbitrală reclamanta ignoră faptul că din cele 1.344 de evidente și 340 de stabilopozii, cantitățile de 527 buc. evidente și 158 buc. Stabilopozii, au fost deja decontate cu prețul de 902,44 lei, aferent demontării elementelor cu utilizarea echipamentului terestru. Prin urmare, pentru aceste elemente reclamanta ar fi trebuit să solicite prin cererea arbitrală diferența de preț dintre 30.680,22 lei/buc și 902.44 lei/buc.

În cererea completatoare, reclamanta solicită plata diferenței de preț, însă peste termenul până la care poate fi modificată cererea principal, cu încălcarea dispozițiilor art.204 cod proc.civ.

În schimb, reclamanta solicită suma de 38.972.862,70 lei (echivalentul a 1.107 evidente și 169 stabilopozii la prețul de 30.680,22 lei/buc).

În concluzie, Inginerul nu a certificat cantitatea de 1.107 buc evidente și 169 buc stabilopozii scoase de sub nivelul apei și considerate de Antreprenor că trebuiau plătite la prețul de 30.680,22 lei/buc., aceste cantități făcând obiectul capătului 13 din cererea arbitrală formulată de reclamantă.

Însă din aceste 1.107 buc evidente și 169 buc stabilopozii, pentru 526 buc. evidente și 158 buc. stabilopozii. Inginerul le-a certificat și Beneficiarul le-a plătit, cu prețul de 902,44 lei. aferent demontării elementelor cu utilizarea echipamentului terestru. Această decontare era deja efectuată (ultimul CIP 29 care a cuprins elemente de beton a fost achitat la 31.12.2015), atât la data emiterii Deci./ia nr.6 CSD din 28.03.2016, cât și evident la data formulării cererii arbitrale din 08.05.2017.

Astfel, raportat la petitul 3 din cererea de chemare în judecată, prin care reclamanta a solicitat plata c/valorii demontării a 1.107 buc. evidente și 169 buc. Stabilopozii, reclamanta a considerat că aceste cantități sunt suplimentare față de cele 1.011 buc. evidente și 463 buc. stabilopozii certificate și plătite.

Din aceste cantități suplimentare solicitate la plată, de 1.107 buc. evidente și 169 buc. stabilopozii, conform expertizei hidrotehnice, există documente constând în DRTZ-uri, doar pentru 580 buc. evidente și 11 buc. stabilopozii, documente considerate de Inginer și de expertiza hidrotehnică, că nu reprezintă documente care măsoară și certifică numărul elementelor de beton demontate.

În concluzie, pentru sumele cerute la plată prin petitul 3 din cererea arbitrală, reprezentând demontarea a 1107 buc. evidente și 169 buc. Stabilopozii, de sub nivelul apei, nu există documente justificative în sensul Clauzei 14 - Prețul contractului și plățile, din Condițiile generale ale Contractului.

Tribunalul arbitral a reținut în cuprinsul Sentinței, în baza probatoriului administrat, faptul că pârâta nu datorează o diferență de preț pentru lucrările de eliminare a unor elemente de beton de sub nivelul apei desfășurate în cursul anilor 2013 și 2015. întrucât prețul acestor lucrări a fost corect determinat prin raportare la utilajele și costurile efectiv înregistrate de către

Antreprenor, preț ce a fost plătit în integralitate, iar pentru anul 2014 nu au existat documente justificative pentru lucrările pretins executate.

Față de cele mai sus arătate, pârâta din dosarul conexat solicită instanței să dispună respingerea acțiunii în anulare, ca nefondată, cu obligarea reclamantei la plata cheltuielilor de judecată ocazionate de soluționarea cauzei.

În drept, a invocat dispozițiile art. 613 alin.(2) și art.205-208 cod proc.civ.

3.Dosar nr.####/2/2019

Prin cererea înregistrată la Curtea de Apel București, Secția a IX-a C.A.F., sub nr. 2519/2/02.05.2019, reclamantul ##### a chemat în judecată pârâții ### Oord Dredging And Marine Contractors BV și ##### SA Constanța și a solicitat următoarele:

I. Desființarea următoarelor măsuri dispuse de tribunalul arbitral:

1. măsura anulării raportului de expertiza contabilă;
2. "aprecierea" ca expertului contabil nu i se cuvine onorariul stabilit;
3. repartizarea către noul expert desemnat a sumelor deja plătite cu titlu de onorariu expertului desemnat.

II. Modificarea măsurilor în sensul acordării onorariului de expert, integral, în cuantum de 30.000 euro, la cursul BNR din ziua plății, cu obligarea pârâților la plata dobânzii legale penalizatoare aferentă conform art. 3 alin (21) din OG 13/2011.

Prin Adresa nr. 1495/13.07.2018 s-a comunicat faptul că a fost desemnat în calitate de expert contabil în Dosarul arbitral nr. 3/2017, aflat pe rolul Curții de Arbitraj Comercial și Maritim, de pe lângă CCINA Constanța.

## data de 13.07.2019, a depus declarație pe proprie răspundere privind inexistența conflictului de interese.

Prin Adresa nr. 1877/28.08.2018 s-a comunicat faptul că: „urmare a preschimbării termenului din data de 28.08.2018, cu privire la care v-am informat telefonic, s-a stabilit un nou termen de judecată, respectiv 18.09.2018 ora 12.00, la care sunteți invitați să participați " De asemenea în cadrul adresei comunicate se preciza că: „Ședința se va desfășura la sediul Curții de Arbitraj Comercial Internațional de pe lângă CCIR, din București, B-dul ##### nr. 2, etaj 2, sector 3, în vederea audierii prealabile pentru: stabilirea competenței expertului de a răspunde tuturor obiectivelor expertizei, timpul necesar întocmirii raportului de expertiză și onorariul de expert. ## acest termen, se va confirma desemnarea dumneavoastră și se vor definitiva obiectivele la expertiza contabilă. ”

În cadrul audierii desfășurate în ședința de judecată din 18.09.2018, a depus, prin adresa nr.73/18.09.2018, #### de evaluare/estimare a onorariului privind efectuarea expertizei contabile în dosarul arbitraj nr.3/2017 unde s-a estimat ca dată pentru predarea raportului de expertiză 18.02.2019, iar ca onorariu 29.645 Euro (curs BNR, la data numirii/confirmării).

De reținut faptul că deși a estimat data predării 18.02.2019, Tribunalul Arbitral, a dispus pentru celeritate predarea raportului până la data de 30.12.2018, fapt ce s-a materializat datorită eforturilor depuse, și s-a reușit predarea raportului la data de 20.12.2018, fără a se face niciun rabat de la calitatea raportului întocmit și răspunsurilor lămuritoare și clarificatoare furnizate la obiective.



Prin Adresa nr. 2089/20.09.2018 s-a comunicat faptul că, „ prin încheierea de ședință de la termenul din data de 18.09.2018, la care ați participat, Tribunalul arbitraj a încuviințat următoarele:

„a stabilit termen pentru depunerea raportului de expertiză contabilă 30.12.2018.

- a încuviințat onorariul pentru expertiza contabilă, în cuantum de 30.000 euro, cu plata unui avans de 50% în termen de două săptămâni, câte 7.500 euro (curs BNR 18.09.2018) în sarcina fiecărei părți, iar diferența de 50% se va achita ulterior întocmirii raportului de expertiză și după depunerea clarificărilor necesare sau eventual a audierii expertului, dacă va fi cazul.

- a stabilit că onorariul este încuviințat sub rezerva respectării termenului de depunere a raportului de expertiză până la data de 30.12.2018, iar în măsura în care vor fi întârzieri în depunerea expertizei, Tribunalul arbitral va cenzura onorariul și îl va reduce, în raport de eventualele întârzieri.

- nu în ultimul rând, întocmirea raportului de expertiză contabilă se va efectua cu concursul experților consilieri ai părților, astfel cum vi s-a comunicat inițial. ”

## data de 20.12.2018, în conformitate cu dispozițiile art. 336 alin (1) NCPC, a depus raportul de expertiză.

## data de 22.12.2018, prin încheierea din 22.12.2018, tribunalul arbitral a dispus și plata diferenței de onorariu convenit, restul de 15.000 euro, din totalul încuviințat de 30.000 euro.

Ulterior prin încheierea din 04.02.2019 Tribunalul arbitral a dispus anularea raportului de expertiza.

Apoi, în urma solicitării exprese din data de 17.04.2019, Tribunalul arbitral i-a comunicat în data de 19.04.2019 încheierea din 04.02.2019.

Având în vedere că locul arbitrajului este București, la sediul C.A.CI. dpl C.C.I.R, chiar dacă acesta este efectuat de Curtea de Arbitraj Comercial și Maritim de pe lângă Camera de Comerț, Industrie, Navigație și Agricultură Constanța, în conformitate cu dispozițiile art. 610 NCPC, competența de soluționare revine Curții de Apel București.

III. CU PRIVIRE ## MOTIVELE DE NELEGALITATE prevăzute de art. 608 alin (1) lit. g) NCPC (hotărârea arbitrată nu cuprinde dispozitivul și motivele, nu arată data și locul pronunțării ori nu este semnată de arbitri).

Formularea motivării anularii raportului de expertiză de către tribunalul arbitral, în sensul în care acesta invocă ca motiv dispozițiile art. 338 alin (1) NCPC, "Efectuarea unei noi expertize (1) Pentru motive temeinice, instanța poate dispune, la cerere sau din oficiu, efectuarea unei noi expertize de către alt expert" alături de motivarea generală, ambiguă, echivocă, "din împrejurările învederate de ambele părți (care anume împrejurări) există îndoieli rezonabile cu privire la maniera obiectivă de a proceda în efectuarea raportului de expertiza de către expertul desemnat, inclusiv aspectele legate de inițierea documentului, creând un dubiu rezonabil Tribunalului arbitral asupra obiectivității realizării raportului de expertiza " echivalează cu lipsa motivării.

Tribunalul arbitral nu a reușit să releve care sunt faptele sau împrejurările concrete care au creat convingerea că există "îndoieli rezonabile " care au creat "un dubiu rezonabil".

Simpla referire la susținerile părților, care în esență au fost antagonice, în niciun caz concordante, fără a indica care anume din susțineri și probe au determinat adoptarea unei decizii, nu poate fi considerată o motivare.

Având în vedere că măsură anularii este nemotivată, tribunalul arbitral încălcând dispozițiile art. 425 alin. (1) lit. b) noul Cod de procedură civilă care stabilesc obligația instanței de a preciza motivele de fapt și de drept care i-au format convingerea, precum și pe cele pentru care s-au înlăturat cererile părților, prin prisma celor învederate mai sus, în lipsa motivelor, se impune desființarea măsurii anularii raportului de expertiză. (Decizia nr. ##### din 28 iunie 2016 pronunțată în recurs de Secția de a II-a civilă a Înaltei Curți de Casație și Justiție).

Maniera extrem de succintă în care se exprimă considerentele soluției face hotărârea dată criticabilă din perspectiva legalității, în măsură în care nu creează transparența asupra silogismului judiciar care explică și justifică dispozitivul și nu arată, la situația concretă supusă judecării care a fost parcursul logic al concluziei exprimate.

Un proces civil sau o procedura arbitrală, cu garanțiile date de art. 6.1 din Convenția Europeană privind Drepturile Omului, include printre altele dreptul părților de a fi în mod real "ascultate", adică în mod corect examinate de către instanța sesizată. Altfel spus, aceasta implică mai ales în sarcina instanței/tribunalului arbitral obligația de a proceda la un examen efectiv, real și consistent al mijloacelor, argumentelor și elementelor de probă ale părților, cel puțin pentru a le aprecia relevanța în determinarea situației de fapt (a se vedea hot. CEDO din 28.04.2005 în cauza ##### c. României și hot. CEDO din 15.03.2007 în cauza ##### c. României).

Or, în cauză, concluziile tribunalului nu se fundamentează pe stabilirea unei stări de fapt concrete sau pe maniera în care legea devine incidentă în cauză.

Cu privire la celelalte măsuri/constatări subsecvente, respectiv faptul că nu i se cuvine onorariul și repartizarea onorariului către un alt expert, acestea fiind motivate de anularea raportului de expertiză, se impune de asemenea desființarea acestora, conform principiului "sequitur principale".

IV. CU PRIVIRE ## MOTIVELE DE NELEGALITATE prevăzute de art. 608 alin (1) lit. h) NCPC (hotărârea arbitrată încalcă ordinea publică, bunele moravuri ori dispoziții imperative ale legii;)

Cu titlu prealabil și având în vedere motivele acțiunii în anulare, circumscrise de lit. h, se subliniază că nici unul dintre motivele prevăzute de art. 608 ncpc nu dă dreptul instanțelor judecătorești să cerceteze modul în care a fost soluționat fondul pricinii de către tribunalul arbitral, ci numai să verifice dacă au fost respectate condițiile de formă ale arbitrajului, respectiv cele privind existența unei convenții arbitrale legale și posibilitatea ca litigiul să fie soluționat pe calea arbitrajului, constituirea tribunalului arbitral, asigurarea dreptului la apărare al părților, redactarea hotărârii arbitrale și respectarea dispozițiilor imperative ale legii și a normelor care asigură ordinea publică și bunele moravuri.

Acțiunea în anulare are scopul de a realiza un control judecătorec în limitele prevăzute de art. art. 608 lit. a-i. și nu privește reexaminarea hotărârii arbitrale sub aspectului soluționării fondului litigiului, nefiind asimilată apelului.

Motivul de desființare a hotărârii arbitrale invocat, prevăzut de art. 608 lit. h), se referă la situația când hotărârea arbitrată încalcă ordinea publică, bunele moravuri sau dispozițiile imperative ale legii.

Ceea ce interesează în analiza motivului de anulare prevăzut de art. 608 lit. h) din NCPC este dacă norma ce se susține a fi fost încălcată de instanța arbitrală are caracter imperativ sau nu. Norma (fie de drept substanțial, fie de drept procesual) ce ar fi trebuit încălcată de instanța

arbitrală pentru a fi incident motivul de anulare evocat trebuie să prescrie o anumită conduită obligatorie (încălcată de părți, dar acceptată de instanță) sau să interzică imperativ o anumită conduită (pe care instanța să o fi permis).

#### CU PRIVIRE ## DISPOZIȚIILE IMPERATIVE ALE LEGII

În conformitate cu dispozițiile art. 594 alin. (1) lit. b) și alin. (3) NCPC, măsurile, a căror desființare/modificare a solicitat-o, au fost adoptate în lipsa condițiilor prevăzute de lege pentru luarea măsurilor.

În conformitate cu prevederile art.593 alin. (2) lit. c), încheierea de ședință va cuprinde motivele pe care se sprijină măsurile dispuse. Astfel cum a învederat instanței la pct III., nu poate vorbi despre existența unor motive.

Cererea expertului de acordare a onorariului are caracterul unei cereri incidentale procedurii judiciare principale, circumscrisă vădit dispozițiilor art. 30 alin. 2, conjugate cu alin.6 C.pr.civ.(2010)-rep., pentru care legiuitorul instituie minimele reguli procedurale prin norme speciale, respectiv: deslușirea acesteia prin încheiere executorie, dată cu citarea părților - de unde caracterul presupus contencios al unui astfel de incident ce ar exclude compatibilitatea oricărei proceduri grațioase sub auspiciile dispozițiilor art. 531 NCPC.

În speță nu s-a dovedit niciun motiv temeinic de anulare a expertizei și de neîncasare a onorariului. Tribunalul Arbitral și-a însușit această poziție fără a face o cercetare judecătorească, fără a audia expertul și astfel s-a încălcat și dreptul la apărare. În acest context, anularea raportului de expertiză cu consecința neacordării onorariului de expert solicitat și încuviințat, fără citarea expertului pentru a-și putea exercita dreptul la apărare în condiții de contradictorialitate, constituie o încălcare atât a prevederilor Regulilor de procedura arbitrală din 2016, art.7 alin (1) și (2), cât și a principiilor fundamentale ale procesului civil prevăzute de art. 8, art. 12-14, art. 20, art. 22 alin (1), (2), (4), (5) și (6), NCPC.

În conformitate cu dispozițiile art. 589 alin (3) NCPC, Tribunalul arbitral nu poate să recurgă la mijloace de constrângere și nici să aplice sancțiuni martorilor sau experților. Pentru luarea acestor măsuri părțile se pot adresa tribunalului prevăzut la art. 547. Măsură neacordării onorariului, încuviințat inițial odată cu numirea și definitivat în ședința din 22.12.2018, se constituie într-o veritabilă sancțiune, aspect interzis atât de normele de procedură civilă aplicabile arbitrajului, cât și de normele de procedura arbitrală adoptate de Curtea de Arbitraj.

În conformitate cu art. 57 alin 7 din regulile de arbitraj din 2016, aplicabile, tribunalul poate reduce onorariul doar pentru întârzierea gravă și nejustificată a depunerii raportului, sau pentru tergiversarea efectuării probei.

Art. 332 NCPC prevede "Recuzarea expertului(1) Experții pot fi recuzați pentru aceleași motive ca și judecătorii. (2) Recuzarea trebuie să fie cerută în termen de 5 zile de la numirea expertului, dacă motivul ei există la această dată; în celelalte cazuri termenul va curge de la data când s-a ivit motivul de recuzare. (3) Recuzările se judecă cu citarea părților și a expertului." În situația în care s-ar aprecia că încheierea este motivată și este justificată astfel măsură de înlocuire a expertului și de anulare a raportului de expertiză, repartizarea onorariului către alt expert, aceasta "motivare" ar fi corespondentă unei recuzări, față de care nu s-au respectat normele de procedură, în conformitate cu art.58 din Regulile din 2016, aplicabile, eventualele neregularități, inexistente de altfel, invocate de pârâtă, ar fi trebuit invocate la primul termen după apariția acestora, respectiv la termenul din 22.12.2018, nu la cel din 04.02.2019, când

aceste presupuse neregularități s-ar fi acoperit. Ori de câte ori vor exista motive de nulitate relativă sau absolută, partea, respectiv judecătorul/arbitrul, vor trebui să invoce funcție de categoria nulității, neregularitățile raportului de expertiză de îndată ce le sunt cunoscute, nu mai târziu însă de primul termen de judecată după săvârșirea neregularității și înainte de a se pune concluzii pe fond, în cazul nulității relative.

În conformitate cu dispozițiile art. 333 alin (2) NCPC înlocuirea expertului poate avea loc dacă expertul nu se prezintă în urma citării. Având în vedere ca Tribunalul arbitral a operat o veritabilă înlocuire a expertului, aceasta “înlocuire” nu este în conformitate cu dispozițiile legale invocate. Totodată, literatura de specialitate identifică alte 5 cazuri de înlocuire a expertului, respectiv recuzarea, refuzul întemeiat al expertului, decesul sau incapacitatea acestuia, efectuarea unei misiuni în străinătate și abținerea expertului. Niciunul dintre aceste cazuri nu este aplicabil sau invocat în motivare.

Raportul de expertiză nu este un act juridic care cuprinde drepturi și obligații și care este supus anulării în instanță pentru nerespectarea condițiilor legale, ci este un mijloc de probă, iar, în situația în care pârâta îl consideră incomplet, inexact sau întocmit cu nerespectarea dispozițiilor legale, putea formula obiecțiuni la acesta și se putea efectua un supliment de expertiză.

Forța probantă a raportului de expertiză, puterea probantă și valoarea acordată de lege raportului de expertiză și care se impune judecătorului în operațiunea logico - juridică de selectare a probelor și de evaluare a importanței lor pentru dezlegarea pricinii.(conform dicționarului juridic disponibil pe <https://legeaz.net/dictionar-juridic/forta-nrobanta-a-raportului-de-expertiza>).

Instanța nu este legată de concluziile din raportul de expertiză, acestea constituind numai elemente de convingere, lăsate la libera apreciere a judecătorului, ca, de altfel, și celelalte mijloace de probă. Însă, pentru a se putea exercita controlul judiciar, este necesar ca soluția instanței în această privință (primirea sau nu a concluziilor expertului) să fie motivată, mai ales atunci când, ajungând la alte concluzii pe baza celorlalte probe administrate în cauză, instanța înlătură raportul de expertiză ca fiind neconvingător sau îl reține, deși una din părți a cerut înlăturarea lui.

Pot exista situații în care expertiza nu poate fi înlăturată decât printr-un alt mijloc de probă de o valoare științifică egală (de exemplu, expertiza de excludere de la paternitate nu poate fi înlăturată prin depozițiile unor martori).

Când s-au administrat în aceeași pricină două expertize ale căror concluzii sunt contradictorii, instanța, motivat, va accepta una din ele și o va înlătura pe cealaltă sau le va înlătura pe amândouă și va recurge la alte mijloace de probă, având chiar posibilitatea de a admite o nouă expertiză; așadar, dacă raportul primei expertize și raportul celei de a doua expertize sunt contradictorii, instanța nu poate să combine cele două rapoarte pentru a ajunge la un compromis între ele.

Instanța este legată însă de constatările de fapt ale experților, trecute în raportul de expertiză, precum data raportului, indicarea cercetărilor făcute în prezența părților, a susținerilor acestora etc. Aceste mențiuni, cuprinse în raportul de expertiză, fac dovadă până la declararea falsului, deci, pentru combaterea lor, este necesară înscrierea în fals, deoarece experții lucrează

în calitate de delegați ai instanței, iar raportul de expertiză are natura juridică a unui înscris autentic.

Raportul de expertiză, fiind un act de procedură, va putea fi anulat dacă vătămarea pricinuită unei părți nu poate fi înlăturată decât prin anularea raportului de expertiză ce a fost întocmit cu încălcarea prescripțiilor legii. Astfel, când raportul nu a fost semnat de toți experții ori un expert nu și-a motivat părerea, nulitatea poate fi înlăturată prin semnarea ulterioară ori motivarea ulterioară. De asemenea, dacă raportul de expertiză nu cuprinde răspunsurile la unele întrebări puse de către instanța de judecată, aceasta va restitui experților raportul, pentru a se da răspunsurile respective. În cazul în care vătămarea pricinuită părților sau uneia dintre ele, prin nerespectarea de către expert a formelor prevăzute de lege, nu poate fi înlăturată prin îndreptarea neregularității săvârșite, instanța va anula raportul de expertiză, la cererea părții interesate (dacă este vorba de o nulitate relativă) sau chiar și din oficiu ori, dacă este cazul, la cererea procurorului (dacă este vorba de o nulitate absolută).

În temeiul art. 335 alin 1 NCPC Dacă pentru expertiză este nevoie de o lucrare la fața locului sau sunt necesare explicațiile părților, ea nu poate fi făcută decât după citarea părților prin scrisoare recomandată cu conținut declarat și confirmare de primire, în care li se vor indica ziua, ora și locul unde se va face lucrarea. Citația, sub sancțiunea nulității, trebuie comunicată părții cu cel puțin 5 zile înaintea termenului de efectuare a lucrării. În motivarea deciziei de anulare a raportului de expertiza nu s-a invocat acest motiv, astfel ca anularea s-a dispus cu încălcarea prevederilor art. 335.

Un alt motiv de anulare, care deși nu a fost reținut de tribunalul arbitral, dar a fost consemnat în încheiere ca fiind relevant de cererea de anulare, a fost acela ca raportul nu ar fi fost întocmit de reclamant în calitate expert . Pentru anularea raportului de expertiza ar fi fost necesară înscrierea în fals, în condițiile art.270 NCPC, având în vedere natura juridică a raportului de expertiză.

În temeiul art. 338 alin. (2) C. proc. civ. nu se va putea solicita odată cu anularea raportului de expertiză și efectuarea unei noi expertize, deoarece textul legal pleacă de la premisa realizării unei prime expertize în condiții de regularitate procedurală și deci în dosarul instanței de judecată vor coexista două lucrări de specialitate. În acest context, posibilitatea instanței de a dispune, la cerere sau din oficiu, efectuarea unei noi expertize, nu are semnificația anularii raportului inițial, ci ține mai degrabă de libertatea de apreciere asupra probelor și completarea acestora în temeiul art. 254 alin (5) NCPC.

#### CU PRIVIRE ## BUNELE MORAVURI

##### Prevederile NCC relevante în speță

Articolul 1.864 Exigibilitatea prețului(1) Atunci când obiectul contractului este o lucrare, beneficiarul este obligat să îi plătească antreprenorului prețul la data și locul recepției întregii lucrări, dacă prin lege sau contract nu se prevede altfel.(2) în cazul în care lucrarea a pierit ori s-a deteriorat înainte de recepție, fără vina beneficiarului, antreprenorul nu are dreptul la preț atunci când el a dat materialul sau când pieirea ori deteriorarea a avut o altă cauză decât viciile materialului dat de beneficiar. în acest caz, contractul rămâne în ființă, fiind aplicabile dispozițiile art. 1.860.

Articolul 1.862 Recepția lucrării(1) De îndată ce a primit comunicarea prin care antreprenorul Îi înștiințează că lucrarea este finalizată, beneficiarul are obligația ea, într-un

termen rezonabil potrivit naturii lucrării și uzanțelor din domeniu, să o verifice și, dacă aceasta corespunde condițiilor stabilite prin contract, să o recepționeze, precum și, atunci când este cazul, să o ridice.(2) Dacă, fără motive temeinice, beneficiarul nu se prezintă sau nu comunică neîntârziat antreprenorului rezultatul verificării, lucrarea se socotește recepționată fără rezerve. (3) Beneficiarul care a recepționat lucrarea fără rezerve nu mai are dreptul de a invoca viciile aparente ale lucrării sau lipsa aparentă a calităților convenite.

Articolul 1.851 Noțiune (1) Prin contractul de antrepriză, antreprenorul se obligă ca, pe riscul său, să execute o anumită lucrare, materială ori intelectuală, sau să presteze un anumit serviciu pentru beneficiar, în schimbul unui preț.

Astfel, se conturează nașterea unui raport juridic material, o veritabilă convenție de antrepriză intuitu personae (astfel că exclude a priori subantrepriza), așa cum este aceasta este reglementată de dispozițiunile art. 1851 C.civ. (2009), cu preț estimat.

Despre preț sunt indicații relevante ale legiuitorului prin dispozițiunile art. 1854 (preț serios, determinat, măcar determinabil), conjugate cu cele ale art. 1864 (exigibilitatea prețului/executorialitatea încheierii de stabilire a remunerației provizorii, îndreptățirea la remunerație în caz de depunere în termen a raportului de expertiză)-1865 C.civ. (2009) (estimarea prețului și justificarea riguroasă a creșterii prețului - cheltuieli ivite impredictibil pe seama expertului - reluarea comunicărilor cu partea pentru desfășurarea cercetării la fața locului a cărei necesitate a fost conturată rezonabil ulterior stabilirii remunerației provizorii, activitatea suplimentară pentru a răspunde obiecțiunilor încuviințate, ș.a.).

Părțile convenției nu ar putea fi decât judecătorul (instanța de judecată) în calitate de antreprenor și expertul - în calitate de prestator, prețul lucrării de interes pentru pricină fiind suportat de către părțile procedurii - beneficiarii finali, constituind o cheltuială a judecății.

Se poate observa posibilitatea prestatorului de a se îndrepta pentru plata prețului serviciilor prestate direct în contra beneficiarului până la concurența suinei pe care o datorează antreprenorului. Transpusă în planul administrării judiciare a expertizei, formal, acest drept material îndreptățește expertul să pretindă direct plata prețului (remunerației) de la părțile procedurii judiciare în cadrul căreia s-a administrat expertiza judiciară și, deci, s-au prestat serviciile, până la concurența remunerației stabilite de jude (instanța de judecată) prin încheiere executorie.

Nimic nu-l împiedică a pretinde acest preț și de la instanța de judecată care, așa după cum a arătat, ia măsurile ca resursele financiare să fie puse la dispoziție de partea căreia i s-a încuviințat respectivul mijloc de probă ori de la împlicinați, proporțional cu obiectivele concrete propuse și încuviințate de instanța de judecată, în caz de lipsa a unor repere cât de cât obiective de stabilire a unor astfel de proporții, în mod egal, operând cu prezumția de egalitate, astfel cum aceasta în mod util a fost instituită de legiuitor prin dispozițiile art. 1423 C.civ. (2009).

Prin anularea raportului de expertiza, fără o motivare efectivă, urmată de măsurile/constatările subsecvente de apreciere că nu i se cuvine onorariul, respectiv repartizarea onorariului deja încuviințat către un alt expert, consideră reclamantul că tribunalul arbitral a încălcat bunele moravuri. Această afirmație nu este gratuită, este dimpotrivă întărită de invitația adresată părților de tribunalul arbitral ca în termen de o săptămână “față de expertiza care s-a realizat, să facă un punctaj comun și o reconsiderare a obiectivelor, pentru a valorifica ceea ce se poate....”,

Tribunalul arbitral apreciază că este necesar să facă anumite considerații, astfel că invită părțile, ca în termen de o săptămână față de expertiza care s-a realizat, să facă un punctaj comun și o reconsiderare a obiectivelor, pentru a valorifica ceea ce se poate. Arată că în măsura în care ar exista o convenție a părților asupra probelor prin care acestea să își exprime acordul cu privire la puterea doveditoare a unora dintre răspunsurile expertului consemnate în înscrisul constatator al raportului de expertiză anulat, obiectivele ar putea fi reduse, în sensul că nu ar trebui refăcut în totalitate raportul de expertiză.

Conduita tribunalului este vădit una neconformă principiilor bunei credințe, folosindu-se în continuare de concluziile raportului de expertiză întocmit, îndemnând și părțile să folosească drept reper aceste concluzii, scopul fiind realizarea unui raport de expertiză mai ieftin, de către o altă persoană, în detrimentul muncii prestate, și cu vătămarea intereselor financiare, profesionale și de imagine ale reclamantului. Folosirea rezultatului muncii de 3 luni, timp în care a refuzat efectuarea altor expertize și încasarea contravalorii acestora, la solicitarea expresă a tribunalului arbitral de a preda lucrarea în termenul solicitat de instanță, mai scurt decât cel estimat, fără o contraprestație, fără să poată indica în ce a constat culpa reclamantului, nu poate fi calificată ca o conduită morală și legală.

În ce privește desfășurarea lucrărilor expertizei precizează următoarele:

a. S-a comunicat către părțile interesate Adresa nr.1/21.09.2018 referitor la clarificarea obiectivelor și a obiectivelor adăugate și modificate;

b. S-a comunicat către părțile interesate Adresa nr.2/24.09.2018 referitor la clarificarea obiectivelor și a obiectivelor adăugate și modificate;

c. S-a comunicat către părțile interesate Adresa nr.3/28.09.2018 referitor la convocarea tuturor părților interesate pentru data de 04.10.2019 ora 12.00 la sediul C.C.I.N.A. Constanța;

- D-na ##### nu a putut da curs convocării din data de 04.10.2019, ora 12.00 și convocarea a fost reprogramată pentru data de 09.10.2018 ora 12.00.

d. În urma convocării din data de 09.10.2018, s-a încheiat Procesul Verbal/Minuta nr. 4/09.10.2018, din care reținem: „Expertii desemnați și parte/consilieri în concordanță cu ce a dispus Tribunalul arbitral vor da tot concursul și vor colabora pentru efectuarea expertizei și sunt de acord ca raportul să fie depus la data de 20.12.2018.”

e. S-a comunicat către părțile interesate Adresa nr.5/10.10.2018 referitor la Opisul anexă cu cele 1889 pag. cu documente transmise de pârâtă și s-a solicitat comunicarea expertizei tehnice.

f. S-a comunicat către părțile interesate Adresa nr.6/22.10.2018 referitor la comunicarea de documente, respectiv:

- Opinie separată întocmită de expertul parte al Reclamantei, d-na #####;

- Răspuns la obiecțiuni întocmit de dl. Expert dr. ing. #####;

- Opinie separată răspuns la obiecțiuni întocmită de expertul parte al Reclamantei, d-na #####;

g. S-a comunicat către părțile interesate Adresa nr.7/29.10.2018 referitor la comunicarea de documente și lămuriri suplimentare punctuale.

h. S-a comunicat către părțile interesate Adresa nr.8/07.11.2018 referitor la comunicarea de documente, inclusiv solicitarea expertului parte ##### întocmai cum a fost transmisă.

i. S-a comunicat către părțile interesate Adresa nr.9/12.12.2018 referitor la convocarea experților parte pentru data de 20.12.2018, ora 11.00 la sediul Filialei CECCAR Constanța. De asemenea a se reține și faptul că în adresă s-a menționat:

„Vă reamintesc faptul că termenul de predare este 30.12.2018, dar în conformitate cu NCPC și potrivit PV nr. 4/09.10.2018, colectivul de experți și-a asumat răspunderea pentru predarea raportului la data de 20.12.2018, respectiv: „Experții desemnat și parte/consilieri în concordanță cu ce a dispus Tribunalul arbitral vor da tot concursul și vor colabora pentru efectuarea expertizei și sunt de acord ca raportul să fie depus la data de 20.12.2018.”

Pentru a respecta termenele, vă adresez rugămintea ca până cel târziu la data de 19.12.2018 ora 10.00 să comunicați opinia dvs. divergentă sau să comunicați faptul că aveți aceeași opinie, iar dacă sunt observații sau aspecte pe care doriți să le inserați punctual în cadrul răspunsului la obiective să le trimiteți mai devreme decât termenul limită indicat, pentru a avea la dispoziție timpul necesar pentru definitivarea raportului. Vă mulțumesc pentru colaborare și am rugămintea să confirmați primirea adresei privind convocarea, ”

j. S-a comunicat către părțile interesate Adresa nr.10/18.12.2018 referitor la unele corecturi în cadrul raportului și referitor la comunicarea opiniilor separate în timp util pentru a putea fi inserate în cadrul raportului.

Raportul a fost depus cu nr. 11/20.12.2018 la beneficiar, conține un număr de 193 pagini (123 pag. Raportul, la care se adaugă 39 pag. Anexe și 17 pag. Anexe expert parte Reclamant și în continuare 14 pag. Corespondența/Adrese purtate cu părțile/expertii parte/consilier).

Raportul expertizei a fost întocmit, în limita documentelor prezentate de părți aflate la dosarul cauzei și în conformitate cu prevederile prevăzute de:

a. Noul Cod de procedură civilă - Probele, Expertiza - art. ### # ### și Arbitrajul - art. 541 - 621;

b. Reguli de procedură arbitraj ale Curții de Arbitraj Comercial Internațional de pe lângă Camera de Comerț și Industrie a României din 2016, Reguli de procedură arbitrală ale Curții de Arbitraj Comercial Internațional de pe lângă Camera de Comerț și Industrie a României din 17.11.2017, text publicat în M. Of. al României, în vigoare de la 27 decembrie 2017 - cu precădere Art. 8, 34 - 37;

c. O.G. nr. 2/2000, devenită Legea 156/2002, privind experții tehnici judiciari și extrajudiciari;

d. Lg. nr. 178/2009 pentru modificarea și completarea O.G. nr. 2/2000 privind organizarea activității de expertiză tehnică judiciară și extrajudiciară, publicată în M.O. nr. 335/2009, din 23 mai 2009;

e. Legea nr. 208/2010 pentru modificarea și completarea O.G. nr. 2/2000 privind organizarea activității de expertiză tehnică judiciară și extrajudiciară;

f. normele profesionale și deontologice CECCAR, Standardul profesional nr. 35 și Normele nr. 1044/2010, privind activitatea de expertiză contabilă judiciară.

Față de toate motivele de fapt și de drept invocate, solicită admiterea acțiunii în anulare astfel cum a fost formulată, cu obligarea părților la plata cheltuielilor de judecată.

În probațiune, solicită administrarea probei cu înscrisuri

- acvirarea dosarului 3/2017, sau efectuarea unei adrese către Curtea de Arbitraj Comercial și Maritim de pe lângă Camera de Comerț, Industrie, Navigație și Agricultură



Constanța prin care să i se pună în vedere comunicarea în copie conforma cu originalul a întregului dosar.

Pârâta Compania Națională „Administrația Porturilor Maritime” - S.A. Constanța a formulat întâmpinare, prin care a solicitat respingerea acțiunii în anulare ca: inadmisibilă, exercitată de o persoană fără calitate procesuală activă, prematură, tardiv formulată, și nefondată.

În subsidiar, în ipoteza în care instanța de judecată ar aprecia că acțiunea în anulare este întemeiată și va anula încheierea arbitrală, a solicitat trimiterea cauzei spre rejudecare tribunalului arbitral, conform disp. art. 613 alin. 3 lit. b C. proc. civ.

Pârâțul ### Oord Dredging And Marine Contractors BV a formulat întâmpinare, prin care a solicitat următoarele: admiterea excepției necompetenței teritoriale a Curții de Apel București, în conformitate cu prevederile art. 610 C.p.c., și în consecința declinarea competenței de soluționare a cauzei către Curtea de Apel Constanța; admiterea excepției inadmisibilității acțiunii în anulare, întrucât încheierea din 04.02.2019 nu poate fi atacată separat cu acțiune în anulare, conform prevederilor art. 594 alin. (1) C.p.c., admiterea excepției prematurității acțiunii în anulare; respingerea acțiunii în anulare, pe fond, ca fiind neîntemeiată; obligarea reclamantului la plata cheltuielilor de judecată ocazionate de soluționarea prezentului litigiu.

Prin sentința civilă nr. ####/29.10.2019, Curtea de Apel București, secția a IX-a, contencios administrativ și fiscal, a admis excepția necompetenței teritoriale a Curții de Apel București și a declinat cauza, spre competentă soluționare, Curții de Apel Constanța.

## termenul de judecată din data de 15.07.2020, instanța a admis excepția conexității și a dispus conexarea dosarului nr.#####/2/2019 și a dosarului nr.#/36/2020 la dosarul nr.###/36/2019, acesta fiind primul dosar înregistrat pe rolul Curții de Apel Constanța, urmând ca dosarele să fie soluționate împreună, având în vedere că cererile au același obiect, respectiv acțiune în anulare, precum și că vizează aceeași hotărâre arbitrală, nr.16/26.11.2019, pronunțată de Curtea de Arbitraj Comercial și Maritim de pe lângă Camera de Comerț, Industrie, Navigație și Agricultură Constanța în dosarul nr. 3/2017, reclamantii solicitând anularea în tot sau în parte a sentinței arbitrale menționate anterior.

## același termen, instanța a respins, ca inadmisibilă, cererea de sesizare a ICCJ în vederea pronunțării unei hotărâri prealabile, pentru dezlegarea unor chestiuni de drept.

Analizând cererile conexe, instanța reține următoarele:

În prealabil, trebuie subliniat faptul că desființarea unei hotărâri arbitrale este permisă numai pentru motivele prevăzute de art. 608 C. proc. civ. care vizează nelegalitatea acestei hotărâri, derivată din încălcări de ordin procedural sau dacă hotărârea arbitrală încalcă ordinea publică, bunele moravuri ori dispoziții legale cu caracter imperativ ori dacă hotărârea s-a fondat pe dispoziții legale declarate, în anumite condiții, neconstituționale, fiind nepermis, așadar, un control jurisdicțional care să vizeze chestiuni de fond sau de netemeinicie a hotărârii arbitrale.

#### 1. Acțiunea înregistrată sub nr. ###/36/2019

Reclamanta Compania Națională „Administrația Porturilor Maritime” - S.A. Constanța (CNAPMC) a formulat acțiune în anularea sentinței arbitrale nr.16/26.11.2019, pronunțată de către Curtea de Arbitraj Comercial și Maritim de pe lângă Camera de Comerț, Industrie, Navigație și Agricultură Constanța, în dosarul nr.3/2017 și menținerea cauzei spre rejudecare, cu pronunțarea unei hotărâri de respingere în tot a pretențiilor reclamate prin capetele de cerere 1.3,

1.2, II. 1 și III.1 din acțiunea arbitrală, în sensul respingerii pretențiilor reclamantei în sumă de 21.233.848,80 lei, cu titlu de debit principal rezultat din admiterea în parte a pretențiilor din petitele 1.1 și 1.2, a sumei de 366.553,26 lei, cu titlu de daune moratorii solicitate prin capătul de cerere III. 1 și a dobânzilor contractuale solicitate prin capătul de cerere II.1, respectiv obligarea pârâtei la plata cheltuielilor de judecată ocazionate de soluționarea acțiunii în anularea sentinței arbitrale.

Reclamanta contestă hotărârea arbitrală în ce privește următoarele dispoziții:

1. obligarea CNAPMC la plata sumei de 19.320.509.33 lei, cu titlu de daune-interese contractuale, reprezentând costuri aferente timpului de staționare și costuri aferente extensiei de timp cu 165 de zile, solicitate prin capătul de cerere 1.1., precum și a sumei de 1.913.339.52 lei, cu titlu de daune-interese contractuale, reprezentând costuri aferente extensiei de timp cu 57 de zile, solicitate prin capătul de cerere 1.2.;

2. obligarea la plata dobânzii contractuale aferente petitelui 1.1., calculate de la data scadenței fiecărei facturi, până la data plății efective, la plata daunelor moratorii în sumă de 366.553.26 lei, pentru neîndeplinirea obligației de plată a costurilor aferente extensiei de timp cu 57 de zile, până la data pronunțării hotărârii arbitrale.

Reclamanta a invocat, ca motiv de desființare a hotărârii arbitrale, art. 608 alin.1 lit. h C.proc.civ., potrivit căruia hotărârea arbitrală poate fi desființată dacă prin aceasta s-a încălcat ordinea publică, bunele moravuri ori dispozițiile imperative ale legii, susținând că tribunalul arbitral a soluționat cauza cu încălcarea prevederilor art.2 alin.2 și art.25 din OUG nr.34/2006, ale art.2 alin.2 și art.97 din HG nr.925/2006.

Art. 2 alin.2 din OUG nr. 34/2006 dispune:

„(2) Principiile care stau la baza atribuirii contractului de achiziție publică sunt:a) nediscriminarea; b) tratamentul egal; c) recunoașterea reciprocă; d) transparența; e)proportionalitatea; f) eficiența utilizării fondurilor; g) asumarea răspunderii”

În timp ce art. 25 din același act normativ dispune:

„(1) Autoritatea contractantă are obligația de a estima valoarea contractului de achiziție publică pe baza calculării și însumării tuturor sumelor plătibile pentru îndeplinirea contractului respectiv, fără taxa pe valoarea adăugată, luând în considerare orice forme de opțiuni și, în măsura în care acestea pot fi anticipate la momentul estimării, orice eventuale suplimentări sau majorări ale valorii contractului.

(2) În cazul în care autoritatea contractantă a prevăzut, în conformitate cu prevederile prezentei ordonanțe de urgență, posibilitatea de acordare a unor premii/prime pentru candidați/ofertanți, atunci determinarea valorii estimate a contractului de achiziție publică trebuie să includă și valoarea premiilor/primelor respective”.

Art. 2 alin 2 din HG nr. 925/2006 prevede:

„(2) În cazul contractelor a căror atribuire nu intră sub incidența prevederilor ordonanței de urgență, autoritatea contractantă are obligația de a asigura o utilizare eficientă a fondurilor în procesul de atribuire, de a promova concurența dintre operatorii economici, precum și de a garanta nediscriminarea, recunoașterea reciprocă și tratamentul egal al operatorilor economici care participă la atribuirea contractului”

iar art. 97 din același act normativ arată:

„1) Prețul contractului de achiziție publică se poate exprima în lei sau, după caz, în valută.

(2) Pe parcursul îndeplinirii contractului, prețul poate fi ajustat în următoarele situații:

a) au avut loc modificări legislative, modificări ale normelor tehnice sau au fost emise de către autoritățile locale acte administrative care au ca obiect instituirea, modificarea sau renunțarea la anumite taxe/impozite locale, al căror efect se reflectă în creșterea/diminuarea costurilor pe baza cărora s-a fundamentat prețul contractului;

b) pe piață au apărut anumite condiții, în urma cărora s-a constatat creșterea/diminuarea indicilor de preț pentru elemente constitutive ale ofertei, al căror efect se reflectă în creșterea/diminuarea costurilor pe baza cărora s-a fundamentat prețul contractului.

(3) Pentru a se respecta principiul transparenței, posibilitatea de ajustare a prețului trebuie să fie precizată atât în documentația de atribuire, cât și în contractul care urmează să fie încheiat, prin clauze speciale în acest sens. În cazul prevăzut la alin. (2) lit. b), autoritatea contractantă are obligația de a preciza totodată și modul concret de ajustare a prețului, indicii care vor fi utilizați, precum și sursa informațiilor cu privire la evoluția acestora, cum ar fi buletine statistice sau cotații ale burselor de mărfuri. Lipsa, modificarea sau completarea respectivelor informații/clauze determină inaplicabilitatea prevederilor referitoare la posibilitatea de ajustare a prețului contractului de achiziție publică.

(4) Ajustarea prețului fără a fi îndeplinite condițiile prevăzute la alin. (3) este posibilă numai în următoarele cazuri:

a) atunci când survin circumstanțe imprevizibile și independente de voința părților, altele decât cele prevăzute la alin. (2) lit. a) și b); sau

b) atunci când durata de aplicare a procedurii de atribuire se prelungește, în mod neprevăzut, peste perioada preconizată inițial și din motive care exclud orice culpă a ofertantului/contractantului.

(5) În orice situație, prețul contractului nu poate fi majorat decât în măsura strict necesară pentru acoperirea creșterii costurilor pe baza cărora s-a fundamentat prețul contractului. Modul de ajustare a prețului contractului de achiziție publică nu trebuie să conducă în niciun caz la alterarea rezultatului procedurii de atribuire, prin anularea sau diminuarea avantajului competitiv pe baza căruia contractantul respectiv a fost declarat câștigător în urma finalizării respectivei proceduri.

(6) În cazul în care durata de îndeplinire a contractului se prelungește peste termenele stabilite inițial în respectivul contract, din motive care se datorează culpei autorității contractante, nu este posibilă invocarea prevederilor alin. (4), operatorul economic fiind însă îndreptățit să solicite penalități și/sau daune-interese”.

Reclamanta susține că tribunalul arbitral s-a ghidat, la pronunțarea dispozițiilor amintite anterior, după normele instituite de art. 1270, art. 1272, art. 1350 și art. 1527 din noul Cod civil, cu ignorarea legislației specifice ce guvernează contractul dintre părți, respectiv OUG nr. 34/2006 privind contractele de achiziție publică și HG nr. 925/2006, pentru aprobarea normelor de aplicare a OUG nr.34/2006 ori dispozițiile dreptului comunitar relevant.

Ceea ce nemulțumește reclamanta este faptul că prețul ofertei acceptate este de 420.451.165 lei, fără TVA (a se vedea pct. 2.a din acordul contractual), iar tribunalul arbitral a obligat-o la plata unor sume reprezentând costuri aferente timpului de staționare și costuri

aferente extensiei de timp cu 165 de zile, respectiv costuri aferente extensiei de timp cu 57 de zile, deși părțile nu conveniseră nimic în acest sens, potrivit reclamantei.

Din verificarea hotărârii respective, Curtea apreciază că nu se poate reține încălcarea prevederilor legale menționate de către reclamantă.

Astfel, art. 25 din OUG nr. 34/2006 stabilește clar că estimarea valorii contractului are în vedere sumele care pot fi anticipate la momentul estimării, nu și cele ce nu pot fi estimate.

Dispozițiile speciale în materia achizițiilor publice nu derogă de la principiile generale de drept, neputând să se aprecieze că, în situația în care, în cursul derulării contractului, apar cheltuieli care nu au fost cuprinse în contract, nefiind posibilă estimarea acestora anterior, riscul suportării cheltuielilor revine antreprenorului, autoritatea contractantă fiind îndreptățită să beneficieze de servicii suplimentare neachitate, această împrejurare reprezentând o îmbogățire fără justă cauză.

Se susține de către reclamantă că tribunalul arbitral susține, în pofida a ceea ce s-a ofertat și a fost acceptat, ca preț, în procedura de achiziție prin licitație publică, desfășurată cu concursul justiției, că prețul contractului ar fi fost determinabil, nu determinat, pe considerentul vădit nelegal că semnarea unui contract FIDIC exceptează aplicarea prevederilor legale în baza cărora s-a efectuat procedura de atribuire și s-a încheiat contractul de achiziție publică.

Se mai arată că au existat două acte adiționale, prin al doilea act adițional valoarea inițial acceptată a contractului a fost majorată/ajustată de la 420.451.165 Ici plus TVA, la suma de 552.089.409 lei, plus TVA, aceasta fiind suma maximă ce trebuia să fie achitată de către reclamantă.

Se invocă faptul că prețul contractului nu poate depăși valoarea de contract acceptată (VCA), astfel cum a fost modificată prin actul adițional nr.2/02.11.2015, însă reclamanta ignoră faptul că contractul încheiat este unul tip FIDIC ##### - PRIMA EDIȚIE 1999, iar sub-clauza 1.1.4.1 din condițiile generale dispune: „Valoarea de Contract Acceptata înseamnă valoarea acceptată în scrisoarea de acceptare pentru execuția și terminarea lucrărilor și remedierea tuturor defectelor”, în timp ce sub-clauza 14.6 dispune: „Fără a prejudicia niciun drept al Antreprenorului ce decurge din Contract sau în alt mod, Inginerul nu poate emite un Certificat Interimar de Plată care ar face ca valoarea cumulată aprobată pentru plata să depășească VCA sau orice valoare convenită ulterior de Beneficiar și Antreprenor.

Prin urmare, astfel cum susține și pârâta, conform regulii de interpretare stabilite de art.1266 alin.1 Cod Civil, rezultă că voința concordantă a părților a fost de a stabili prin VCA numai o limită în care Inginerul are dreptul de a emite Certificate Interimare de Plată și în niciun caz o limitare a Prețului Contractului care să prejudicieze dreptul Antreprenorului de a primi Prețul Contractului la momentul și maniera prevăzută în Contract.

În consecință, nu se poate reține faptul că hotărârea pronunțată de tribunalul arbitral, în această privință, ar încălca dispozițiile legale invocate de către reclamantă.

Reclamanta mai susține că, în raport de clauzele contractuale și prevederile legale aplicabile, majorarea prețului pe calea acțiunii în despăgubiri, după terminarea lucrărilor, nu este generată de o modificare legislativă sau de o ajustare permisă prin contractul părților, ceea ce face ca pretenția dedusă judecății să nu poată fi primită, iar susținerea tribunalului arbitral, conform căreia: "în cazul contractelor FIDIC, modificările pe care le limitează art.97 din H.G. nr.925/2006 privesc doar prețurile unitare date de antreprenor prin oferta financiară. Ajustarea

acestor prețuri nu putea fi făcută decât în condițiile limitativ prevăzute de art.97 din HG nr.925/2006. în schimb, prețul total al contractului FIDIC nu va putea fi stabilit decât după măsurarea cantităților efectiv executate, aspect asupra căruia prevederea art.97 din HG nr.925/2006 nu are nici o influență” (pct.842)” este vădit în contradicție cu înseși dispozițiile legale excluse din analiză, din moment ce acestea reglementează atât modul de ajustare a prețului, cât și dreptul executantului de a primi daune - interese, fără să fie făcută vreo excepție, în situația anumitor tipuri de contracte.

Prezenta instanță apreciază că respectiva critică nu este fondată, considerând că tribunalul arbitral a apreciat corect cu privire la posibilitatea modificării prețului final, raportat la lucrările efectiv realizate, dacă sunt necesare și acceptate de părți, acesta arătând judicios că „dacă s-ar valida susținerea pârâtei conform căreia pretențiile reclamantei ar trebui respinse, neavând temei contractual deoarece autoritatea contractantă nu a inițiat o procedură nouă de atribuire și nici încheierea unui act adițional la contract, aceasta ar constitui, pe de o parte, o încălcare a principiului juridic nemo auditur propriam turpitudinem allegans, și, pe de altă parte, o validare a unei condiții pur potestative din partea celui care se obligă, atâta vreme cât instruirea unor cantități sau lucrări suplimentare s-a făcut de către inginer potrivit contractului, iar antreprenorul a fost obligat să le execute, în schimb plata urmând să depindă efectiv de voința unilaterală a beneficiarului”.

Toate celelalte probleme, enunțate pe larg de către reclamantă, privesc fondul cauzei și nu pot fi analizate din perspectiva dispozițiilor art. 608 alin.1 lit. h C.proc.civ.

Instanța constată că reclamanta din prezentul dosar nu a dovedit că ar fi incidente dispozițiile art. 608 alin.1 lit.h C.proc.civ., din perspectiva dispozițiilor imperative legale pretins nesocotite, cererea formulată fiind nefondată.

## 2.Acțiunea înregistrată sub nr. #/36/2020

Reclamanta din prezenta cauză, ### Oord Dredging and Marine Contractors BV, care a avut calitatea de reclamantă și în dosarul arbitral, a solicitat, prin acțiunea înregistrată la prezenta instanță sub nr. #/36/2020, următoarele:

I. anularea parțială a încheierii din data de 16.09.2019 cu privire la soluția dată excepției de decădere invocată de către reclamantă;

II. anularea parțială a sentinței arbitrale nr.16/26.11.2019 cu privire soluția dată capetelor de cerere 1.1 și 11.1 și, pe fond:

a) Obligarea pârâtei la plata restului de preț conform facturilor: 28.##### # 02.06.2014, 28.#####7.03.2015, 28.#####7.04.2015, 28.#####10.12.2015, reprezentat de costurile aferente timpului de staționare și costuri aferente extinderii de timp în valoare de 55.293.806,10 RON inclusiv TVA.

b) Obligarea pârâtei la dobânzii contractuale, calculată conform Sub-clauzei 14.8 până la și incluzând data de 02.06.2019, pentru neîndeplinirea de către Beneficiar a obligației de plata a restului de preț de 55.289.806,10 RON, conform facturilor emise, în valoare de 13.200.849,00 RON, și în continuare dobânda contractuală până la data plății efective.

III. anularea parțială a sentinței arbitrale nr.16/26.11.2019 cu privire soluția data capetelor de cerere I.3 și II.3 și pe fond

a) Obligarea Pârâtei la plata restului de preț în cuantum de 20.368.001,52 lei, reprezentând diferența dintre prețul unitar de 30.680,22 lei și cel de 902,44 lei plătit de către pârâta, pentru 684 elemente de beton demontate de sub nivelul apei în anii 2013 și 2015.

b) Obligarea pârâtei la dobânzii contractuale, calculate conform Sub-clauzei 14.8, în raport de scadența facturii #####.11.2015, și în continuare până la data plății efective

I. Referitor la pretinsa nelegalitate a hotărârii arbitrale și a încheierii din data de 16.09.2019, cu privire la dreptul pârâtei CNAPM de a invoca anularea hotărârilor Inginerului, ca apărare de fond, s-a susținut că este incident motivul de anulare prevăzut de art. 608 alin (1) lit. h) CPC.

Reclamanta consideră că pârâta a solicitat, suplimentar față de întâmpinare, prin concluzii scrise, revizuirea și anularea hotărârilor Inginerului prin care au fost stabilite costuri care fac obiectul petitului 1.1 din cererea de arbitraj, precum și certificatele interimare de plată 13, 22, 23, 29 și 30, apărare raportat la care reclamanta a invocat excepția decăderii pârâtei din dreptul a formula cerere reconvențională, apreciind că pârâta putea invoca o astfel de critică doar pe această cale procesuală. S-a considerat că tribunalul arbitral a încălcat dispozițiile art. 1 alin.(6) din Legea nr. 554/2004, din perspectiva prescripției dreptului material la acțiune al pârâtei.

Ceea ce critică reclamanta este faptul că tribunalul arbitral a apreciat că susținerea reclamantei nu poate fi primită, neputând să se constate obligația pârâtei de a formula cerere reconvențională, precum și că instanța arbitrală a apreciat că trebuia să analize apărarea formulată de către pârâta.

Curtea reține că reclamanta nu face dovada încălcării de către tribunalul arbitral a dispozițiilor art. 1 alin.6 din Legea nr. 554/2004, aceasta neputând obliga pârâta să formuleze cerere reconvențională, pentru a o sancționa, cum dorește reclamanta, prin constatarea prescripției dreptului la acțiune.

Nu se verifică nici pretinsa încălcare a art. 28 alin 1 din Legea 554/2004, deoarece susținerile respective nu sunt apte să conducă la constatarea nulității actelor invocate, ci doar la constatarea netemeinicii pretențiilor reclamantei, în condițiile în care tribunalul arbitral are, conform legii, obligația de a analiza cauza sub toate aspectele, pentru lămurirea deplină a problemelor sesizate instanței respective.

Curtea nu poate reține încălcarea prevederilor art. 209 alin (4) din Codul de Procedură Civilă din moment ce pârâta nu a înțeles să formuleze cerere reconvențională, nefiind încălcate nici prevederile art. 11 din Codul Civil, tribunalul arbitral statuând doar că nu poate obliga pârâta să formuleze apărările respective pe calea cererii reconvenționale, precum și că este ținută de art. 9 C.proc.civ. (principiul disponibilității părților), care dispune în sensul că „obiectul și limitele procesului sunt stabilite prin cererile și apărările părților”.

Nu a fost încălcat nici art. 6 din Convenția Europeană a Drepturilor Omului și principiul siguranței circuitului civil, nici principiul neinvocării propriei culpe ca temei de anulare a actului emis, din moment ce nu s-a solicitat să se pronunțe o hotărâre de anulare în parte a hotărârilor Inginerului, nici principiul încrederii legitime a reclamantei în hotărârile și certificatele interimare de plată emise de către Inginer, în situația în care revenea tribunalului arbitral, conform art. 20.6. din condițiile generale de contractare, dreptul de a avea autoritate deplină de a deschide, analiza și revizui orice certificat, stabilire a modului de soluționare, instrucțiune, opinie sau evaluare făcută de inginer și orice decizie a CAD, relevantă pentru soluționarea disputei.

Nu se poate reține nici că au fost încălcate normele morale, fiind nefondată susținerea reclamantei din dosarul conex în sensul că, prin hotărârea arbitrală, s-ar fi creat un regim de favoare pârâtei CNAPM, care, în calitate de autoritate publică, ar stat în pasivitate 5 ani de la data emiterii actelor și ulterior, pe calea ocolită a apărărilor de fond a obținut anularea propriilor acte administrative, din moment ce tribunalul arbitral este cel ce a hotărât asupra hotărârilor inginerilor, conform art. 20.6 din condițiile generale de contractare, astfel cum au fost citate anterior.

Pentru aceste argumente, primul motiv de anulare invocat de către reclamantă va fi respins, nefiind fondat.

II. Reclamanta a mai invocat nelegalitatea hotărârii tribunalului arbitral cu privire la dreptul pârâtei CNAPM de a solicita anularea hotărârilor Inginerului ca apărare de fond nouă, direct prin concluzii scrise fără a pune în discuția părților excepția de drept substanțial relativă la nulitatea hotărârilor inginerului, indicând, ca motiv de anulare, art. 608 alin (1) lit. h) CPC

A susținut reclamanta că au fost astfel încălcate prevederile art.8, 9, 13 și 14 din Codul de Procedură Civilă care reglementează principiile fundamentale ale procesului civil întrucât:

- Revizuirea / anularea hotărârilor Inginerului și a certificatelor interimare aferente nu a fost invocată/solicitată prin întâmpinare;

- Au fost solicitate și administrate probe în raport de cadrul procesual dat de cererea de arbitrare și întâmpinarea formulată;

- Cadrul procesual a fost stabilit prin încheierea din 13.09.2018 raportat strict la întâmpinarea formulată de către pârâtă și cererea de arbitrare formulat de reclamantă;

- Excepția de drept substanțial a nulității hotărârilor nu putea fi invocată direct prin concluziile scrise fără a fi pusă în discuția părților sub aspectul cauzei de nulitate, tipului de nulitate și regimului juridic aplicabil.

- Nu s-a acordat Reclamantei posibilitatea de a formula apărări și de a administra probe în combaterea excepției nulității invocată de pârâtă pentru prima dată prin concluziile scrise.

- Deși nu a pus în discuția părților excepția de nulitate, Tribunalul Arbitral a anulat în parte hotărârile Inginerului.

Se constată că, deși reclamanta a formulat un motiv de anulare aparent distinct, se reiau, de fapt, criticile privind modul în care a înțeles tribunalul arbitral să califice și să analizeze apărările pârâtei relativ la hotărârile inginerului, Curtea considerând că nu se impune reluarea aceluiași argumente care vizează dreptul, recunoscut tribunalului arbitral prin dispozițiile legale și contractuale aplicabile, care îi permite acestuia să lămurească cauza sub toate aspectele, inclusiv să analizeze și să revizuiască orice certificat, stabilire a modului de soluționare, instrucțiune, opinie sau evaluare făcută de inginer și orice decizie a CAD, relevantă pentru soluționarea disputei.

În consecință, nu se poate reține incidența art. 608 alin.1 lit.h CPC.

III. Reclamanta a invocat nelegalitatea hotărârii și a încheierii din data de 16.09.2019 cu privire la imprescriptibilitatea dreptului pârâtei CNAPM de a solicita anularea hotărârilor Inginerului - art. 608 alin. (1) lit. h) CPC, reluând, încă o dată, aceeași problemă, din moment ce refuză să înțeleagă că nu ne aflăm în prezența unor pretenții formulate de către pârâtă, pe calea cererii reconvenționale, situație în care nu se impune analizarea incidenței art.1 alin (6) din

Legea ##### potrivit căruia anularea actelor emise de către autoritatea publică poate fi solicitată în termen de 1 an de la data emiterii actului.

IV. Susține reclamanta și că tribunalul arbitral a modificat contractul de achiziție publică într-o manieră neprevăzută de lege, prin invalidarea sub-clauzei 1.9 și calificarea pretențiilor reclamantei, solicitate prin pct. 1.1 ca daune interese contractuale, apreciind că sunt incidente dispozițiile art. 608 alin (1) lit. h) CPC

Reclamanta a arătat că a investit tribunalul arbitral, în principal, cu o cerere de obligarea a pârâtei la plata prețului reprezentat de costurile de staționare și de costurile de extindere de timp, înregistrate de către reclamantă urmare a îndeplinirii necorespunzătoare de către pârâta CNAPM a obligației de a pune la dispoziție un proiect tehnic final care să reziste la o înălțime a valului de 7.5m și o frecvență a furtunilor de 1/100 și, doar în subsidiar, cu o cerere de plată a unor sume de bani cu titlu de daune interese contractuale, în ipoteza în care este imposibil de executat obligația de plată a prețului solicitat în principal.

Cu toate acestea, tribunalul arbitral ar fi făcut o calificare cererii formulate de către reclamantă, susținând că s-a raportat la temeiurile de fapt și de drept invocate, sens în care a concluzionat că sumele solicitate de reclamantă reprezintă daune interese contractuale, nu preț contractual.

Reclamanta susține că tribunalul arbitral ar fi încălcat prevederile art.18 alin.4 din Legea 554/2004, care enumeră exhaustiv acțiunile ce pot fi formulate de către o autoritate publică și art. 22 din Cpc, potrivit cărora judecătorul este obligat să soluționeze litigiul conform regulilor de drept ce îi sunt aplicabile.

A mai susținut că tribunalul arbitral a refuzat, practic, să soluționeze cererea de arbitraj conform temeiurilor juridice indicate de către reclamantă, prin cererea de arbitraj, respectiv a temeiurilor juridice contractuale și legale din care rezultă obligația pârâtei de a plăti prețul contractului reprezentat de costurile determinate de Inginer prin hotărârile sale, încălcând prevederile art.9 alin.2 Cpc și ale 22 alin (4) Cpc întrucât nu a pus în discuția contradictorie a părților calificarea juridică a costurilor ca daune interese contractuale și invalidarea sub-clauzei 1.9, în contextul în care reclamanta, prin petitul principal le-a denumit și solicitat cu titlu de preț.

Curtea reține faptul că criticile respective nu sunt fondate, în condițiile în care tribunalul arbitral a analizat toate capetele de cerere formulate de către reclamantă și a calificat pretențiile respective ca fiind pretenții ce exced noțiunea de preț, astfel cum acesta a fost definit în condițiile contractuale, apreciind că, dacă perioada de execuție convenită contractual este depășită, din motive care exced culpa antreprenorului, acesta din urmă suferă un prejudiciu prin suportarea unor costuri suplimentare față de cele avute în vedere la convenirea prețului.

Nu rezultă, din motivarea hotărârii arbitrale, că tribunalul arbitral ar fi invalidat clauze contractuale prin înlăturarea sau eliminarea lor din analiză, ci că aceasta a fost modalitatea în care a interpretat pretențiile reclamantei, apreciind că pretențiile respective pot fi primite doar ca daune-interese, nu ca preț contractual, cu atât mai mult cu cât însăși reclamanta a cerut, în subsidiar, obligarea pârâtei la plata sumei respective, cu titlu de daune interese.

În aceste condiții, nu se poate reține că tribunalul arbitral ar fi încălcat principiul disponibilității părților, nici că nu ar fi pus în discuția contradictorie a părților natura juridică a pretențiilor respective, din moment ce însăși reclamanta a solicitat, în subsidiar, acordarea



sumelor cu titlu de daune interese, problema fiind adusă la cunoștința pârâtei, care a avut posibilitatea de a se apăra corespunzător.

Pe cale de consecință, nici cu privire la această critică nu se poate reține incidența dispozițiilor art.608 alin.(1) lit. h) Cpc.

V. Ultimul motiv de anulare invocat de către reclamanta din dosarul conex constă în aceea că tribunalul arbitral ar fi acordat o executare prin echivalent, solicitată în subsidiar de către reclamantă și nu a motivat hotărârea arbitrală cu privire la imposibilitatea executării în natură a obligației de plată a prețului, executare solicită în principal de către reclamantă, apreciindu-se că sunt incidente dispozițiile art. 608 alin (1) lit. h) și g) CPC.

Pretinde reclamanta că hotărârea tribunalului arbitral nu ar fi motivată sub acest aspect, ceea ce nu este adevărat, acesta motivând amplu hotărârea sub aspectele învederate, în cuprinsul paragrafelor ##### din hotărârea arbitrală.

Curtea a arătat deja, la pct. IV, că nu se poate reține susținerea reclamantei conform căreia tribunalul arbitral nu a examinat capătul de cerere principal cu care a fost investit, respectiv executarea de către pârâtă a obligației de a plăti prețul contractual reprezentat de costurile stabilite prin hotărârile Inginerului, însă hotărârea arbitrală a fost amplu motivată sub acest aspect, tribunalul arbitral conchizând în sensul că nu se poate aprecia că sumele solicitate ar putea reprezenta preț contractual, fiind considerate daune contractuale.

Față de considerentele expuse pe larg în paragrafele precedente, instanța consideră că reclamanta nu a făcut dovada incidenței în cauză a motivelor de anulare invocate, astfel încât va dispune respingerea acțiunii în anulare, ca nefondată.

Constatând că reclamantii din cauzele înregistrate sub nr. ###/36/2019 și #/36/2020 au pierdut procesele deschise, iar fiecare pârât din cauzele respective solicită cheltuieli de judecată, fiind îndreptățit la obținerea respectivelor cheltuieli, instanța va dispune, în temeiul art. 451 alin.2 C.proc.civ. și al art. 453 alin.1 C.proc.civ., obligarea reclamantei din dosarul nr. ###/36/2019, Compania Națională „Administrația Porturilor Maritime” S.A. Constanța, la plata către pârâta din acest dosar, ### Oord Dredging and Marine Contractors BV, a sumei de 10.000 lei, cu titlu de cheltuieli de judecată (onorariu avocațial redus), respectiv va obliga reclamanta din dosarul conex nr. #/36/2020, ### Oord Dredging and Marine Contractors BV, la plata către pârâta din acest dosar, Compania Națională „Administrația Porturilor Maritime” S.A. Constanța, a sumei de 10.000 lei, cu titlu de cheltuieli de judecată (onorariu avocațial redus).

Curtea de Apel consideră că, raportat la munca depusă de avocați în cauză, la termenele de judecată și pentru redactarea cererilor de chemare în judecată și a întâmpinărilor depuse în cele două dosare, onorariul de 10.000 lei este echitabil, sumele ce exced valoarea respectivă nefiind justificate, din perspectiva suportării cu titlu de cheltuielă de judecată.

În aceste condiții, instanța va face aplicarea dispozițiilor art. 453 alin. 2 C.proc.civ. și va dispune compensarea cheltuielilor de judecată stabilite în paragraful precedent.

### 3.Acțiunea înregistrată sub nr. #####/2/2019

Prin această acțiune, reclamantul ##### a chemat în judecată pârâții ### Oord Dredging And Marine Contractors BV și ##### SA Constanța și a solicitat desființarea măsurii anulării raportului de expertiza

contabilă, „aprecierea” că expertului contabil nu i se cuvine onorariul stabilit, repartizarea către noul expert desemnat a sumelor deja plătite cu titlu de onorariu expertului desemnat, modificarea măsurilor respective, în sensul acordării onorariului de expert, integral, în cuantum de 30.000 euro, la cursul BNR din ziua plății, cu obligarea părților la plata dobânzii legale penalizatoare aferentă conform art. 3 alin (21) din OG 13/2011.

Instanța va analiza cu prioritate excepțiile inadmisibilității, a prematurității și a tardivității formulării acțiunii în anulare ce face obiectul dosarului conex nr. #####/2/2019, conform art. 248 alin.1 C.proc.civ.

Intimații motivează excepția inadmisibilității din perspectiva neîncadrării cererii în situațiile expres enumerate în art. 594 alin. 1 C.pr.civ. și din perspectiva calității acestuia de a formula acțiunea.

Potrivit art. 594 C.pr.civ.:

(1) „Pot fi atacate separat cu acțiunea în anulare prevăzută la art. 608 încheierile tribunalului arbitral prin care s-au luat următoarele măsuri:

- a) a fost suspendat cursul arbitrajului, potrivit art. 412 și 413;
- b) au fost luate măsuri asigurătorii sau provizorii, potrivit art. 585;
- c) a fost respinsă, ca inadmisibilă, cererea de sesizare a Curții Constituționale privind constituționalitatea unei dispoziții legale.

(2) Dispozițiile art. ### # ### se aplică în mod corespunzător, în măsura în care prezentul articol nu prevede altfel.

(3) În afara motivelor prevăzute la art. 608, în acțiunea în anulare se poate invoca și lipsa condițiilor prevăzute de lege pentru luarea măsurilor dispuse prin încheiere.

(4) Acțiunea în anulare poate fi introdusă în termen de 5 zile de la comunicare, cu excepția cazului prevăzut la alin. (1) lit. a), când poate fi formulată cât timp durează suspendarea.

(5) În cazurile prevăzute la alin. (1) lit. b) și c), acțiunea în anulare nu suspendă cursul arbitrajului.

(6) Soluționând acțiunea în anulare, curtea de apel poate, după caz, să mențină, să modifice sau să desființeze măsurile dispuse de tribunalul arbitral prin încheiere. Hotărârea curții de apel este definitivă”.

Conform art. 608 C.pr.civ.:

(1) „Hotărârea arbitrală poate fi desființată numai prin acțiune în anulare pentru unul dintre următoarele motive:

- a) litigiul nu era susceptibil de soluționare pe calea arbitrajului;
- b) tribunalul arbitral a soluționat litigiul fără să existe o convenție arbitrală sau în temeiul unei convenții nule ori inoperante;
- c) tribunalul arbitral nu a fost constituit în conformitate cu convenția arbitrală;
- d) partea a lipsit la termenul la care au avut loc dezbaterile și procedura de citare nu a fost legal îndeplinită;
- e) hotărârea a fost pronunțată după expirarea termenului arbitrajului prevăzut la art. 567, deși cel puțin una dintre părți a declarat că înțelege să invoce caducitatea, iar părțile nu au fost de acord cu continuarea judecății, potrivit art. 568 alin. (1) și (2);
- f) tribunalul arbitral s-a pronunțat asupra unor lucruri care nu s-au cerut ori a dat mai mult decât s-a cerut;

g) hotărârea arbitrală nu cuprinde dispozitivul și motivele, nu arată data și locul pronunțării ori nu este semnată de arbitri;

h) hotărârea arbitrală încalcă ordinea publică, bunele moravuri ori dispoziții imperative ale legii;

i) dacă, după pronunțarea hotărârii arbitrale, Curtea Constituțională s-a pronunțat asupra excepției invocate în acea cauză, declarând neconstituțională legea, ordonanța ori o dispoziție dintr-o lege sau dintr-o ordonanță care a făcut obiectul acelei excepții ori alte dispoziții din actul atacat, care, în mod necesar și evident, nu pot fi dissociate de prevederile menționate în sesizare.

(2) Nu mai pot fi invocate ca motive pentru anularea hotărârii arbitrale neregularitățile care nu au fost ridicate potrivit art. 592 alin. (1) și (3) sau care pot fi remediate pe calea prevăzută la art. 604.

(3) Pentru dovedirea motivelor de anulare nu pot fi aduse ca probe noi decât înscrisuri”.

Din coroborarea art. 594 cu prevederile art. 608 C.pr.civ., rezultă că toate hotărârile arbitrale pot fi atacate pentru motivele expres și limitativ enumerate la art. 608 C.pr.civ., putând fi atacate și anumite încheieri premergătoare, enumerate la art. 594 alin. 1, pentru motivele enumerate la art. 608.

Cu toate acestea, art. 594 alin. 3 C.pr.civ. vorbește despre faptul că, în afara motivelor prevăzute la art. 608, în acțiunea în anulare se poate invoca și lipsa condițiilor prevăzute de lege pentru luarea măsurilor dispuse prin încheiere, fără a se limita a vorbi despre anumite încheieri premergătoare.

Instanța mai reține că dacă s-a aprecia că încheierile premergătoare de timpul celor atacate de către reclamant nu pot fi atacate separat, nu s-ar putea vorbi despre respectarea liberului acces la justiție, care constituie un principiu fundamental al organizării oricărui sistem judiciar democratic.

Ca o garanție a respectării drepturilor omului, Convenția Europeană a Drepturilor Omului prevede, în art. 6 alin. 1, dreptul oricărei persoane la un proces echitabil: ”Orice persoană are dreptul de a-i fi examinată cauza în mod echitabil, public și într-un termen rezonabil, de către un tribunal independent și imparțial, stabilit prin lege, care va hotărî fie asupra încălcării drepturilor și obligațiilor cu caracter civil...”

Pornind de la premisa că drepturile fundamentale trebuie garantate într-o manieră concretă și reală, iar nu iluzorie și teoretică, imposibilitatea concretă de sesizare a unei instanțe de către persoana interesată constituie o încălcare a dreptului acesteia de acces la justiție.

Prin urmare, instanța nu va interpreta într-o manieră restrictivă dispozițiile art. 594 C.proc.civ., apreciind că reclamantul trebuie să aibă posibilitatea de a formula, în fața unei instanțe de judecată, criticile pe care înțelege să le aducă încheierilor prin care a fost înlocuit și s-a dispus ca acesta să restituie onorariul de expert încasat, excepția inadmisibilității acțiunii, din toate perspectivele invocate, inclusiv în ce privește calitatea procesuală activă a acestuia, neputând fi admisă.

Referitor la excepția prematurității formulării acțiunii în anulare, invocată de ambele părâte, aceasta este strâns legată de formularea de către reclamant a unei cereri de revizuire a încheierii arbitrale prin care s-a dispus ca acesta să restituie onorariul de expertiză, însă o astfel de cerere de revizuire nu este reglementată de Codul de procedură civilă și nu poate determina

amânarea momentului dreptului reclamantului de a formula acțiunea de față, neexistând nicio reglementare legală în acest sens.

Prin urmare, excepția invocată nu este fondată.

##### SA Constanța a invocat și excepția tardivității formulării acțiunii, susținând că aceasta nu ar fi fost formulată în termen de 5 zile de la comunicarea încheierii atacate, se reține faptul că, astfel cum susține însăși pârâta, încheierea atacată i-a fost comunicată reclamantului la data de 19.04.2019, iar acesta depus acțiunea, la poștă, în data de 24.04.2019, înainte de împlinirea termenului de 5 zile, stabilit de art. 594 alin.4 C.proc.civ.

În consecință, excepția nu este întemeiată, urmând a fi respinsă.

Pe fond, se constată că reclamantul a fost desemnat în calitate de expert contabil în dosarul arbitral nr. 3/2017, aflat pe rolul Curții de Arbitraj Comercial și Maritim, de pe lângă CCINA Constanța, că, la data de 13.07.2019, a depus declarație pe proprie răspundere privind inexistența conflictului de interese, iar la data de 18.09.2018, ora 12.00, a fost invocat să participe la termenul de judecată, în vederea audierii prealabile, la acea dată fiind estimat un onorariu de 29.645 Euro (curs BNR, la data numirii/confirmării), ulterior modificat la 30.000 Euro.

Termenul stabilit pentru efectuarea și predarea expertizei a fost 18.02.2019, apoi s-a stabilit să fie depus până la data de 30.12.2018.

Expertul a arătat că a reușit predarea raportului la data de 20.12.2018, fiindu-i achitat în întregime onorariul stabilit, în cuantum de 30.000 Euro

Prin încheierea din 04.02.2019, Tribunalul arbitral a dispus anularea raportului de expertiza, încheierea fiind comunicată acestuia la data de 19.04.2019.

Reclamantul a invocat, ca motiv de nulitate, dispozițiile prevăzute de art. 608 alin (1) lit. g) NCPC (hotărârea arbitrată nu cuprinde dispozitivul și motivele, nu arată data și locul pronunțării ori nu este semnată de arbitri), susținând că motivarea anulării raportului de expertiză de către tribunalul arbitral, în sensul în care acesta invocă, ca motiv, dispozițiile art. 338 alin (1) NCPC, "Efectuarea unei noi expertize (I) Pentru motive temeinice, instanța poate dispune, la cerere sau din oficiu, efectuarea unei noi expertize de către alt expert", este generala, ambigua, echivocă.

Curtea reține că tribunalul arbitral a reținut faptul că, din împrejurările învederate de ambele părți, există îndoieli rezonabile cu privire la maniera obiectivă de a proceda în efectuarea raportului de expertiza de către expertul desemnat, inclusiv aspectele legate de inițierea documentului, creând un dubiu rezonabil Tribunalului arbitral asupra obiectivității realizării raportului de expertiză.

Reclamantul consideră că tribunalul arbitral a încălcat dispozițiile art. 425 alin. (1) lit. b) noul Cod de procedură civilă, care stabilesc obligația instanței de a preciza motivele de fapt și de drept care i-au format convingerea, precum și pe cele pentru care s-au înlăturat cererile părților, prin prisma celor învederate mai sus, în lipsa motivelor, se impune desființarea măsurii anularii raportului de expertiză.

Curtea constată că, deși nu se menționează expres, în paragraful în care se ia decizia de anulare a raportului de expertiză, tot ce a avut în vedere, este evident că sancțiunea a fost aplicată deoarece documentul comunicat de către reclamant părților, la data de 12.12.2018, apare ca fiind

semnat de către expertul parte al reclamantei, ##### Lelioara, ceea ce naște îndoiala obiectivă că raportul ar fi fost întocmit de către reclamant, personal.

În consecință, chiar dacă măsura anulării raportului de expertiză este succint motivată, se înțelege care sunt argumentele avute în vedere de tribunalul arbitral, neputând să se reține că măsura respectivă nu este motivată.

Consecința firească a anulării raportului de expertiză o reprezintă restituirea de către expertul desemnat a onorariului încasat.

Reclamantul a mai invocat și dispozițiile art. 608 alin (1) lit. h) NCPC (hotărârea arbitrală încalcă ordinea publică, bunele moravuri ori dispoziții imperative ale legii)

Ser invocă nerespectarea art. 589 alin (3) NCPC, Tribunalul arbitral nu poate să recurgă la mijloace de constrângere și nici să aplice sancțiuni martorilor sau experților, însă se reține că o astfel de măsură nu a fost dispusă, în contra reclamantului, restituirea onorariului fiind dispusă ca urmare a anulării raportului de expertiză efectuat de acesta.

Se invocă și art. 57 alin 7 din regulile de arbitraj din 2016, aplicabile, tribunalul poate reduce onorariul doar pentru întârzierea gravă și nejustificată a depunerii raportului, sau pentru tergiversarea efectuării probei, reclamantul omițând faptul că restituirea onorariului nu s-a produs ca urmare a reducerii cuantumului acestuia.

Se susține că a fost încălcat art. 332 NCPC, care reglementează instituția recuzării expertului, reclamantul ignorând faptul că anularea raportului de expertiză s-a făcut ca urmare a constatării unor grave erori în redactarea acestuia, nu ca urmare a admiterii unei cereri de recuzare, nefiind invocat și probat vreun motiv ce putea atrage recuzarea sa.

Nici regulile instituite prin art. 333 alin (2) NCPC nu sunt aplicabile, înlocuirea expertului fiind făcută din alte motive, nu pentru că acesta nu și-ar fi îndeplinit la timp obligațiile.

Reclamantul mai susține că ar fi fost necesară înscrierea în fals, în condițiile art.270 NCPC, pentru a se putea consemna că expertiza nu a fost efectuată de el, acesta ignorând faptul că problema analizată de tribunalul arbitral nu viza întocmirea și semnarea raportului de către o altă persoană ci faptul că reclamantul nu ar fi fost imparțial, în timpul efectuării expertizei și la momentul consemnării concluziilor în cuprinsul raportului de expertiză.

În ce privește bunele moravuri, se reține că reclamantul invocă dispozițiile aplicabile contractului de antrepriză, susținând că se conturează nașterea unui raport juridic material, o veritabilă convenție de antrepriză intuitu personae.

O astfel de concepție nu poate fi primită de instanța de judecată, neputând să fie acceptat că tribunalul arbitral ar fi trebuit să aibă în vedere dispozițiile de drept materiale invocate de către reclamant, expertiza dispusă fiind un mijloc de probă, iar instanța arbitrală putea și trebuia să aplice dispozițiile Codului de procedură civilă în ce privește raporturile dintre părți și expertul desemnat.

Nu se poate aprecia că hotărârea tribunalului arbitral, de înlocuire a expertului tehnic desemnat și de retragere a onorariului încasat de acesta, în condițiile în care raportul de expertiză a fost anulat datorită culpei reclamantului din dosarul conex, ar încălca bunele moravuri pentru că expertul este lipsit de onorariul de expert încasat. Obligația expertului este să execute în termenul stabilit de instanță lucrarea de expertiză, să fie imparțial și să clarifice, din perspectiva cunoștințelor sale de specialitate, elementele pe care instanța nu le poate înțelege, datorită lipsei

cunoștințelor necesare. Dacă expertul își încalcă atribuțiile legale și dă dovadă de lipsă de imparțialitate, schimbarea acestuia și lipsirea sa de onorariul de expert sunt consecințe firești și legale, neputând să se vorbească despre o încălcare a bunelor moravuri.

Pentru toate aceste considerente, instanța va respinge, ca nefondată, acțiunea în anulare ce face obiectul dosarului conex nr. #####/2/2019.

Constatând că reclamantul a pierdut procesul, Curtea îl va obliga pe acesta ca, în temeiul art. 453 alin.1 C.proc.civ., să plătească pârâtei ### Oord Dredging and Marine Contractors BV suma de 1.705 lei, cu titlu de cheltuieli de judecată, reprezentând onorariu de avocat.

PENTRU ACESTE MOTIVE,  
ÎN NUMELE LEGII  
HOTĂRĂȘTE:

Respinge, ca nefondate, acțiunile în anulare ce fac obiectul dosarului nr. ###/36/2019 și al dosarului conex nr. #/36/2020.

Respinge, ca nefondate, excepția inadmisibilității, cea a prematurității și cea a tardivității formulării acțiunii în anulare ce face obiectul dosarului conex nr. #####/2/2019.

Respinge, ca nefondată, acțiunea în anulare ce face obiectul dosarului conex nr. #####/2/2019.

În temeiul art. 451 alin.2 C.proc.civ. și al art. 453 alin.1 C.proc.civ., obligă reclamanta din dosarul nr. ###/36/2019, Compania Națională „Administrația Porturilor Maritime” S.A. Constanța, cu sediul procesual ales, pentru comunicarea actelor de procedură, la SCA ### și Asociației, în sector 3, București, B-dul. ##### ###, nr. 35, ### ###, ### #, ### #, ap. 16-18, la plata către pârâta din acest dosar, ### Oord Dredging and Marine Contractors BV, cu sediul în Constanța, ##### ##### ### #, ##### #####, a sumei de 10.000 lei, cu titlu de cheltuieli de judecată (onorariu avocațial redus), respectiv obligă reclamanta din dosarul conex nr. #/36/2020, ### Oord Dredging and Marine Contractors BV, la plata către pârâta din acest dosar, Compania Națională „Administrația Porturilor Maritime” S.A. Constanța, a sumei de 10.000 lei, cu titlu de cheltuieli de judecată (onorariu avocațial redus).

În temeiul art. 453 alin. 2 C.proc.civ., dispune compensarea cheltuielilor de judecată stabilite în paragraful precedent.

În temeiul art. 453 alin.1 C.proc.civ., dispune obligarea reclamantului din dosarul conex nr. #####/2/2019, ##### ###, cu domiciliul ales la Cab.Av. ##### ##### în Constanța, ##### ##### ###, #####, #####, #####, jud. Constanța, la plata către pârâta ### Oord Dredging and Marine Contractors BV a sumei de 1.705 lei, cu titlu de cheltuieli de judecată (onorariu avocațial).

Cu recurs în termen de 30 de zile de la comunicare.

Recursul se va depune la Curtea de Apel Constanța, sub sancțiunea nulității.

Pronunțată astăzi, 12.08.2020, prin punerea soluției la dispoziția părților prin mijlocirea grefei instanței.

Președinte,  
#####

Grefier,  
#####

Red. ##### ## #####/2 ex./05.07.2021  
Emis 3 com./