



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C. N. S. C.

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

În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) și ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr. 675 / C3 / 514

Data: 01.04.2021

Prin contestația FN (fără număr de înregistrare la emitent), transmisă prin mijloace electronice (e-mail), cu semnătură electronică, și ulterior prin scrisoare poștală, în original, înregistrată la Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 11321/08.03.2021, depusă de MULTIPLAND SRL, cu sediul în Odorheiul Secuiesc, str. Budvar, nr. 35, județul Harghita, și adresa aleasă pentru comunicarea actelor de procedură la reprezentanta convențională S.C.A. „GAL, GHILASI, PROCOPCIUC”, Brașov, b-dul Griviței, nr. 90, bloc 12, scara A, apartament 8, județul Brașov, număr de înregistrare la registrul comerțului J19/778/1994, CUI 6178970, privind procedura de licitație deschisă pentru încheierea unui acord-cadru de lucrări de întreținere curentă și periodică – plombări și covoare bituminoase – pe drumurile județene din județul Harghita, pentru perioada 2021-2022, cod CPV 45233141-9, cu data-limită de depunere a ofertelor 08.04.2021, anunț de participare nr. CN1028848/01.03.2021, organizată de JUDEȚUL HARGHITA, cu sediul în Miercurea-Ciuc, Piața Libertății, nr. 5, județul Harghita, în calitate de autoritate contractantă, contestatoarea a solicitat:

1. „Consiliului să dispună suspendarea procedurii de atribuire până la soluționarea contestației, în temeiul art. 22 din Legea nr. 101/2016;
2. contestăm clauza de la art. 10.6 pct. 24 din modelul de contract subsecvent de lucrări având următorul conținut: "În cazul neregulilor constatate ulterior finalizării lucrării care constituie obiectul prezentului contract de către organele abilitate pentru verificare și control,

Executantul are obligația ca în termen de 15 zile de la primirea notificării din partea Achizitorului să restituie sumele încasate necuvenit în urma neregulilor menționate mai sus. Contestarea temeiniciei solicitării ori a constatărilor organelor de control nu înlătură obligația de restituire a executantului privind suma notificată."; în consecință:

o în principal, în temeiul art. 26 alin. (2) lit. a) din Legea nr. 101/2016, solicităm Consiliului să dispună anularea clauzei contestate;

o în subsidiar, în temeiul art. 26 alin. (2) lit. b) din Legea nr. 101/2016, solicităm Consiliului să oblige autoritatea contractantă:

- să elimine clauza contestată și să publice în SEAP o variantă a modelului de contract subsecvent de lucrări având eliminată această clauză; precum și
- să prelungească termenul de depunere a ofertelor, pentru a fi respectate principiile și prevederile Legii nr. 98/2016 (inclusiv prevederile art. 153 și art. 161);

3. contestăm și următoarele clauze (în integralitatea lor):

3.1 art. 4.6 din modelul acordului cadru:

"Promitentul - executant se obligă să-l despăgubească pe promitentul- achizitor împotriva oricărui:

- a) reclamații și acțiuni în justiție, ce rezultă din încălcarea unor drepturi, de proprietate intelectuală (brevete, nume, mărci înregistrate etc.), legate de echipamentele, materialele, instalațiile sau utilajele folosite pentru sau în legătură cu serviciile prestate, și
- b) daune-interese, costuri, taxe și cheltuieli de orice natură, aferente, cu excepția situației în care o astfel de încălcare rezultă din respectarea caietului de sarcini întocmit de către achizitor."

3.2 art. 10.1 pct. 1 și 6 din modelul contractului subsecvent:

"1. Executantul va acționa întotdeauna loial, imparțial și ca un consilier de încredere pentru Achizitor conform regulilor și/sau codului de conduită al profesiei sale, precum și cu discreția necesară. Se va abține să facă afirmații publice în legătură cu proiectul sau lucrările executate fără să aibă aprobarea prealabilă a achizitorului, precum și să participe în orice activități care sunt în conflict cu obligațiile sale contractuale. Nu va angaja Achizitorul în niciun fel, fără a avea acordul prealabil scris al acestuia și va prezenta această obligație în mod clar terților, dacă va fi cazul. (...)

6. Executantul și personalul său vor respecta secretul profesional, pe perioada executării Contractului, inclusiv pe perioada oricărei prelungiri precum și după încetarea acestuia. În acest sens, cu excepția cazului în care se obține acordul scris prealabil al Achizitorului, Executantul și personalul său, salariat ori contractat de acesta, incluzând conducerea și salariații din teritoriu, nu vor divulga niciodată oricărei alte persoane sau entități, nicio

informație confidențială divulgată lor sau despre care au luat cunoștință și nu vor face publică nicio informație referitoare la recomandările primite în cursul sau ca rezultat al derulării prezentului contract. Totodată, Executantul și personalul său nu vor utiliza în daună Achizitorului informațiile ce le-au fost furnizate sau rezultatul studiilor, testelor, cercetărilor desfășurate în cursul sau în scopul executării prezentului Contract."

3.3 art. 10.4 din modelul contractului subsecvent:

"Executantul va asigura și va întreține toate cele necesare pentru cazare precum și facilitățile sociale pentru personalul său. De asemenea, executantul va asigura facilități și pentru personalul achizitorului responsabil pentru buna derulare a contractului."

3.4 art. 10.5 pct. 1, 2 și 5 din modelul contractului subsecvent:

- "1. Executantul va numi un responsabil care va răspunde pentru securitatea și prevenirea accidentelor pe șantier. Această persoană trebuie să fie calificată pentru o astfel de răspundere și să aibă autoritatea de a emite dispoziții și de a lua măsurile necesare pentru prevenirea accidentelor.
2. Pe parcursul execuției lucrărilor, executantul are obligația de a sprijini activitatea persoanei responsabile cu prevenirea accidentelor, în scopul exercitării răspunderii și autorității sale. (...)
5. Executantul va păstra un registru și va întocmi rapoarte privind sănătatea, securitatea și facilitățile sociale ale persoanelor, conform cerințelor persoanei autorizate de achizitor."

3.5 art. 10.6 pct. 2, 3, 8, 15 alin. (3) și 20 din modelul contractului subsecvent:

2. Persoana autorizată de achizitor poate solicita executantului să înlăture (sau să dispună să fie înlăturat) orice persoană angajată pe șantier, care:
 - a. persistă în purtare necorespunzătoare sau în lipsă de responsabilitate;
 - b. îndeplinește îndatoririle sale cu incompetență sau neglijență;
 - c. nu respectă oricare din prevederile prezentului contract;
 - d. persistă într-un comportament care periclitizează siguranța și sănătatea sau protecția mediului.
3. Executantul va transmite persoanei autorizate de achizitor detalii privind fiecare categorie de personal precum și al fiecărui tip de utilaj existent pe șantier. (...)
8. Executantul are obligația de a respecta și executa dispozițiile achizitorului în orice problemă, menționată sau nu în contract, referitoare la lucrare. În cazul în care executantul consideră că dispozițiile achizitorului sunt nejustificate sau inoportune, acesta are dreptul de a ridica obiecții, în scris, fără ca obiecțiile respective să îl absolve de obligația de a executa dispozițiile

primite, cu excepția cazului în care acestea contravin prevederilor legale. (...)

15. (...)

(3) În cazul în care se produc deteriorări sau distrugeri ale oricărui pod sau drum care comunică cu sau care se află pe traseul șantierului, datorită transportului materialelor, echipamentelor, instalațiilor sau altora asemenea, executantul are obligația de a despăgubi achizitorul împotriva tuturor reclamațiilor privind avarierea respectivelor poduri sau drumuri.

20. Executantul are obligația de a asigura transportul responsabilului cu urmărirea lucrărilor, din cadrul Consiliului Județean Harghita, de la sediul instituției la punctul de lucru unde se execută lucrările și înapoi la sediu, ori de câte ori este necesar. Această solicitare se va aduce la cunoștința executantului de către Achizitor cu 24 de ore înainte.

3.6 art. 15.1 alin. (2) din modelul contractului subsecvent:

"(2) Prin excepție de la prevederile alin. (1) durata de execuție nu se va prelungi în cazul în care acesta a constituit factor de evaluare a ofertei."

3.7 art. 20 "Asigurări" din modelul contractului subsecvent:

"20.1 (1) Executantul are obligația de a încheia, înainte de începerea lucrărilor, o asigurare ce va cuprinde toate riscurile ce ar putea apărea privind lucrările executate, utilajele, instalațiile de lucru, echipamentele, materialele pe stoc, personalul propriu și reprezentanții împuterniciți să verifice, să testeze sau să recepționeze lucrările, precum și daunele sau prejudiciile aduse către terțe persoane fizice sau juridice.

(2) Asigurarea se va încheia cu o agenție de asigurare autorizată. Contravaloarea primelor de asigurare va fi suportată de către executant. (clauza art. 20 continuă)"

În consecință:

o în principal, în temeiul art. 26 alin. (2) lit. a) din Legea nr. 101/2016, solicităm Consiliului să dispună anularea clauzelor contestate;

o în subsidiar, în temeiul art. 26 alin. (2) lit. b) din Legea nr. 101/2016, solicităm Consiliului să oblige autoritatea contractantă:

- să elimine clauzele contestate și să publice în SEAP o variantă a modelelor de contract având eliminate aceste clauze; precum și
- să prelungească termenul de depunere a ofertelor, pentru a fi respectate principiile și prevederile Legii nr. 98/2016 (inclusiv prevederile art. 153 și art. 161);

4. obligarea autorității contractante la plata cheltuielilor de judecată ocazionate de judecata prezentei contestații, în temeiul art. 26 alin. (9) din Legea nr. 101/2016;"

Prin încheierea nr. 594/C3/514/11.03.2021, Consiliul s-a pronunțat asupra capătului de cerere de suspendare a procedurii de atribuire, respingându-l, ca nefondat.

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

Pentru aceste motive,
în baza legii, cu majoritate de voturi,
CONSILIUL DECIDE:

Admite contestația MULTIPLAND SRL, în contradictoriu cu JUDEȚUL HARGHITA, privind acordul-cadru și modelele contractelor subsecvente din documentația de atribuire.

Sunt anulate și vor fi eliminate din documentație, în 15 zile, cu prelungirea termenului de depunere a ofertelor, clauzele 10.4, 10.6 pct. 24, 10.6 pct. 15 alin. (3) și pct. 20, dar și clauza 15.1 alin. (2) din modelul de contract subsecvent de lucrări, precum și art. 4.6 din modelul acordului-cadru, dar și expresia "conform cerințelor persoanei autorizate de achizitor" din cadrul punctului 5 al clauzei 10.5.

Vor fi reformulate condițiile de decontare de la clauza 20.1 alin. (2) din modelul contractului subsecvent, conform motivării de mai sus.

Cererile similare, împotriva celorlalte clauze atacate, sunt respinse, ca nefondate, conform celor reținute în motivarea de mai sus.

Respinge capătul de cerere privind cheltuielile de judecată, ca nefondat.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, dar împotriva ei se poate formula plângere, în termen de 10 zile de la comunicare, în conformitate cu dispozițiile art. 28 alin. (1) și art. 29 din Legea nr. 101/2016, cu modificările la zi.

PREȘEDINTE,

MEMBRU,

OPINIE SEPARATĂ,

Suntem de acord cu soluția exprimată de majoritatea membrilor completului – de admitere parțială a contestației SC Multipland SRL, cu eliminarea sau reformularea anumitor clauze din modelele puse la dispoziție de Județul Harghita – cu unele amendamente, care ne determină să recurgem la prezenta opinie divergentă.

Cu titlu preliminar, se cuvine a fi punctat că autoarea contestației se încadrează în categoria profesioniștilor, astfel cum sunt ei determinați de art. 3 alin. (2) și (3) C. civ., citite împreună cu art. 8 alin. (1) din Legea

nr. 71/2011 pentru punerea în aplicare a Legii nr. 287/2009 privind Codul civil. De asemenea, ea este prezumată a fi un profesionist și în materia procedurilor de atribuire a contractelor publice la care participă, având o capacitate de analiză și interpretare ridicată, specifică profesioniștilor materiei, dincolo de exprimările potențial deficitare regăsite în documentația de atribuire. Pe de altă parte, documentația de licitație pusă la dispoziție de autoritatea achizitoare trebuie să fie în măsură să permită tuturor ofertanților mediu informați și care dau dovadă de o diligență normală să înțeleagă întinderea exactă a cerințelor acesteia, inclusiv a clauzelor contractuale, și să le interpreteze în același fel (relevantă este, spre pildă, *mutatis mutandis*, Hotărârea din 12 martie 2008 a Tribunalului de Primă Instanță, cauza T-345/03, *Evropaiki Dynamiki – Proigmena Systimata Tilepikoinonion Pliroforikis kai Tilematikis AE împotriva Comisiei Comunităților Europene*, punctul 145).

Una dintre clauzele de care se plânge reclamanta constă în art. 10.4 din modelul contractului subsecvent: *„Executantul va asigura și va întreține toate cele necesare pentru cazare precum și facilitățile sociale pentru personalul său. De asemenea, executantul va asigura facilități și pentru personalul achizitorului responsabil pentru buna derulare a contractului.”*, față de care forul administrativ de jurisdicție a dispus eliminarea, măsură de care ne detașăm. Din perspectiva noastră, ea nu trebuia eliminată ci doar clarificată de către unitatea administrativ-teritorială, nu se înțelege întinderea obligațiilor executantului și cum intervine răspunderea acestuia dacă nu asigură sau nu întreține toate cele necesare pentru cazare și facilitățile sociale pentru personalul său. În plus, județul organizator ar fi trebuit să clarifice semnificația expresiei *„executantul vă asigura facilități și pentru personalul achizitorului responsabil pentru buna derulare a contractului”*, respectiv la ce facilități se referă, cum vor fi ele determinate și incluse în ofertă și ulterior decontate, respectiv pentru ce personal.

Clauza nu este invalidată nici de faptul că anumite obligații ale executantului față de personalul său se regăsesc la art. 10.3 *Legislația Muncii și Programul de lucru. 1. Executantul va respecta întreaga legislație a muncii care se aplică personalului, inclusiv legislația în vigoare privind angajarea, programul de lucru, sănătate, securitatea muncii, asistență socială, emigrare și repatriere, și îi va asigura acestuia toate drepturile legale.*, art. 10.3 având altă sferă de cuprindere. Este plauzibil și foarte probabil ca, prin textul criticat, voința investitorului și, totodată, a finanțatorului lucrărilor să depășească cadrul delimitat de art. 10.3. În acest sens trebuia reținută și obligația de asigurare a facilităților și pentru personalul responsabil cu derularea lucrării din partea achizitorului, obligație ce presupunea lămuriri, nicidecum eliminare. Titularul obiectului achiziției este județul achizitor, singurul în măsură să îl stabilească în funcție de propriile necesități și oportunități, iar nu un terț, fie el viitor ofertant sau o instanță jurisdicțională. Excluderea unei categorii de

servicii – necesare autorității, precum cele legate de accesul la șantier și direct la lucrările de execuție – din domeniul contractului pe cale jurisdicțională reprezintă o intruziune în sfera autonomiei autorității administrative, nepermisă chiar de primul articol al Legii fundamentale, coroborat cu art. 1.169 C. civ. și nu numai.

Separat de aceste argumente, se cuvine a fi observat că respectiva clauză este des uzitată în contractele de lucrări (o simplă căutare pe internet confirmă concluzia), iar uzurile profesionale (uzanțe) au valoare de izvoare în drept – art. 1 C. civ.

Nu susținem nici eliminarea expresiei „*conform cerințelor persoanei autorizate de achizitor*” din cadrul pct. 5 al art. 10.5, care nu apare a fi nici nelegală și nici disproporționată. Regulile prescrise de Codul civil sunt pe deplin aplicabile:

Art. 14. - (1) Orice persoană fizică sau persoană juridică trebuie să își exercite drepturile și să își execute obligațiile civile cu bună-credință, în acord cu ordinea publică și bunele moravuri.

(2) Buna-credință se prezumă până la proba contrară.

Art. 1.170. - Părțile trebuie să acționeze cu bună-credință atât la negocierea și încheierea contractului, cât și pe tot timpul executării sale. Ele nu pot înlătura sau limita această obligație.

Art. 1.267. - Clauzele se interpretează unele prin altele, dând fiecăreia înțelesul ce rezultă din ansamblul contractului.

Art. 1.268. - (1) Clauzele susceptibile de mai multe înțelesuri se interpretează în sensul ce se potrivește cel mai bine naturii și obiectului contractului.

Din perspectiva noastră, expresia în discuție trebuie interpretată în spiritul în care ea corespunde cel mai bine naturii contractului și voinței părților, cu excluderea prezumției de abuz al autorității, care, la rândul ei, este ținută să acționeze cu bună-credință, adică nu abuziv.

Vizavi de eliminarea pct. 20 al clauzei 10.6, nu o împărtășim, pentru argumentele deja expuse, conform cărora nu intră în atribuțiile organului administrativ-jurisdicțional interzicerea achiziționării de servicii de transport *in situ* pentru angajații responsabili cu derularea lucrărilor. Însă, clauza de asigurare a transportului responsabilului cu urmărirea lucrărilor, din cadrul Consiliului Județean Harghita, de la sediul instituției la punctul de lucru unde se execută lucrările și înapoi, ori de câte ori este necesar, presupunea clarificări în direcția precizării, pentru acest transport, a modalității de determinare a costurilor, că se vor include în ofertă, la categoria cheltuieli ce va fi indicată de autoritate, și că vor fi decontate ulterior de către aceasta.

În fine, poziția noastră este că nu se impunea reformularea „condițiilor de decontare de la clauza 20.1 alin. (2) din modelul contractului subsecvent”, ci clarificarea clauzei, cu păstrarea actualei redactări.

Pentru toate aceste rațiuni nu am putut subscrie opiniei majorității, considerând, totodată, necesar să formulăm prezenta opinie separată.

MEMBRU,

Redactat în 4 exemplare originale, conține 25 pagini.