

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. ...

Data: ...

Prin contestația înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 42550/13.08.2021, depusă de către SC ... SRL cu sediul în ..., având număr de înregistrare la Oficiul Registrului Comerțului ... și Cod Unic de Înregistrare ..., reprezentată convențional prin ...cu sediul ales în ... formulată împotriva procedurii de licitație deschisă online privind atribuirea contractului având ca obiect „*Întreținere curentă pe timp de iarnă a drumurilor județene din județul Harghita, în perioada 2021-2024*”, organizată de către ... cu sediul în ..., în calitate de autoritate contractantă, s-a solicitat:

- suspendarea procedurii de atribuire, până la soluționarea contestației,
- în principal, anularea/modificarea clauzelor/cerințelor contestate;
- în subsidiar, obligarea autorității contractante:
 - să elimine / modifice clauzele / cerințele contestate și să publice în SEAP o variantă a documentației având eliminate / modificate aceste clauze / cerințe; 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);
- obligarea autorității contractante la plata cheltuielilor de judecată ocazionate de judecata prezentei contestații.

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

Prin contestația înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 42550/13.08.2021, SC ... SRL, în calitate de operator economic interesat de participarea la procedura de atribuire în cauză, critică o serie de prevederi ale documentației de atribuire.

1. Contestatoarea contestă documentația de atribuire în considerarea faptului că deși documentația de atribuire solicită serviciu de permanență (a se vedea clauza 5.1 și 9.7 din contractul subsecvent și pct. 1.12, 5.14, 3.13 din caietul de sarcini), totuși documentația de

atribuire nu solicită ofertarea unui tarif pentru această activitate la un nivel de 24h/zi în perioada 15 noiembrie - 15 martie;

În consecință:

- solicită anularea limitărilor privind plata staționării în bază la 8 ore/zi/utilaj, inclusiv pct. 9.7.5 din caietul de sarcini: "Staționarea în bază se va plăti în limita a 8 ore/zi/utilaj" și
- obligarea autorității contractante să publice formule adecvate pentru tariful serviciului de permanență.

2. De asemenea, se contestă următoarele clauze din modelul de acord cadru:

Clauza de la art. 6.3:

"6.3 Promitentul-prestator se obligă să despăgubească 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."

Se solicită anularea clauzei sau cel puțin modificarea în sensul că "dacă acestea rezultă din încălcarea contractului".

3. Se contestă următoarele clauze din modelul de contract subsecvent:

Clauza de la art. 9.4:

"Prestatorul poartă toată răspunderea pe durata de îndeplinire a contractului, pentru eventualele accidente, pagube sau efecte negative ca urmare a nerespectării prevederilor din „Normativ privind prevenirea și combaterea înzăpezirii drumurilor publice” indicativ AND nr. 525-2013, aprobat prin Ordinul nr. 2170 din 18.06.2013, emis de Ministerul Dezvoltării Regionale și Administrației Publice, publicat în Monitorul Oficial al României nr. 395 din 1 iulie 2013;"

În consecință, se solicită modificarea clauzei în sensul adăugării următoarei precizări la finalul clauzei: "dacă acestea rezultă din nerespectarea contractului"

Clauza de la art. 9.8:

"Auto-utilajele oferite proprii și închiriate pot fi înlocuite de către prestator doar cu acordul scris al beneficiarului;"

Clauza de la art. 9.10:

"9.10. Prestatorul va răspunde de orice prejudiciu creat drumului (definitiv potrivit art. 2 și 14-17 din OG nr. 43/1997, republicată și modificată) în executarea contractului, prin acțiunea sau inacțiunea sa, precum și pentru orice accidente, pagube, prejudicii cauzate terților de starea necorespunzătoare a drumurilor și neasigurarea condițiilor de circulație corespunzătoare, pe perioada de execuție a contractului."

În consecință, se solicită modificarea clauzei în sensul adăugării următoarei precizări la finalul clauzei: "dacă acestea rezultă din nerespectarea contractului"

Clauza de la art. 9.28 și 10.12:

"9.28 Pentru asigurarea monitorizării serviciilor, Achizitorul poate dispune din resursele proprii instalarea de sisteme de monitorizare GPS pe utilajele de deszăpezire folosite (proprii și închiriate), prestatorul este obligat să permită montarea de către beneficiar a sistemelor de monitorizare prin sisteme GPS pentru utilajele angrenate în aceasta activitate și să permită publicarea datelor GPS (inclusiv numărul de înmatriculare a utilajului) în timp real pe site-ul propriu al Consiliului Județean Harghita."

"10.12 Achizitorul își rezervă dreptul de a monta sisteme de monitorizare GPS pe autovehiculele și utilajele angrenate în activitatea de deszăpezire."

Clauzele 10.10 și 16.2 pct. 5 și 6:

"10.10 (1) Prestatorul este răspunzător de corectitudinea și exactitatea datelor înscrise în documentele depuse în vederea decontării și se obligă să restituie, atât sumele încasate în plus, cât și foloasele necuvenite aferente acestora, constatate de organe de control financiar intern, sau de alte organe de control abilitate prin lege.

(2) Sumele achitate în plus și foloasele necuvenite se vor recupera prin reținere din orice alte sume datorate prestatorului, sau prin depunerea sumelor de către prestator în contul achizitorului, în termen de maxim 15 zile de la data constatării și înștiințării lui."

"16.2 Plăți (...)

5. Prestatorul este răspunzător de corectitudinea și exactitatea datelor înscrise în facturi și se obligă să restituie atât sumele încasate în plus cât și foloasele realizate necuvenit, aferente acestora. Sumele încasate în plus, cât și foloasele necuvenite aferente acestora (pe perioada de la încasare până la constatarea lor) se vor stabili în urma verificărilor executate de organele de control financiar intern ale achizitorului sau de alte organe abilitate de lege.

6. Sumele determinate se vor recupera astfel:

6.1. Sumele achitate în plus și foloasele necuvenite se vor recupera prin reținere din orice alte sume datorate prestatorului.

6.2. în imposibilitatea compensării, prestatorul se obligă să restituie sumele datorate în termen de 15 zile de la data constatării și înștiințării lui, achitarea efectuându-se prin mijloace de plată obișnuite, în contul achizitorului."

Clauza art. 14.4 alin. (2):

"Prestatorul are obligația de a asigura instrumentele, utilajele și materialele necesare pentru verificarea serviciilor. Costul verificărilor, inclusiv manopera aferentă acestora, revin prestatorului."

Clauza art. 16.1 alin. (2):

"Prestatorul va prezenta orice alt document justificativ referitor la serviciile prestate solicitat de către achizitor."

Clauza art. 16.2 pct. 4 în sensul completării acesteia cu sintagma: *"dacă modificarea nu este generată de modificări legislative conform art. 17.1"*

Clauzele de la art. 21.1 și art. 21.2, precum și prima parte a clauzei 21.3 care face referire la cauza de încetare de la art. 21.1:

"21.1 Prezentul contract va înceta automat dacă nu a generat nici o plată într-o perioadă de 12 luni de la semnarea sa de către părți. Încetarea va opera de plin drept, fără necesitatea vreunei formalități sau intervenția autorităților sau a instanței de judecată."

21.2 Încetarea prezentului contract de servicii în condițiile art. 21.1 nu va produce niciun fel de efecte asupra altor drepturi ale achizitorului și prestatorului dobândite în baza prezentului contract."

21.3 - Suplimentar față de cauza de încetare definită la art. 21.1 (...)"

Clauzele de la art. 21.3 lit. a), b), g) și lit. k) din contractul subsecvent:

"21.3 - Suplimentar față de cauza de încetare definită la art. 21.1 Achizitorul are dreptul să considere contractul reziliat de plin drept fără nici o altă formalitate și fără nici o altă procedură judiciară sau extrajudiciară în oricare dintre situațiile următoare, dar nelimitându-se la acestea:

a) prestatorul nu execută contractul în conformitate cu obligațiile asumate, abandonează serviciile sau nu respectă instrucțiunile motivate ale achizitorului;

b) prestatorul refuză sau omite să aducă la îndeplinire dispozițiile emise de către achizitor sau de către reprezentantul său autorizat;

(...)

g) are loc orice modificare organizațională care implică o schimbare cu privire la personalitatea juridică, natura sau controlul prestatorului, cu excepția situației în care asemenea modificări sunt înregistrate într-un act adițional la prezentul contract; (...)

k) apariția unor circumstanțe care nu au putut fi prevăzute la data încheierii contractului și care conduc la modificarea clauzelor contractuale în așa măsură încât îndeplinirea contractului respectiv ar fi contrară interesului public;"

Clauza de la pct. 22:

"22. Denunțarea unilaterală a contractului de către autoritatea contractantă

(1) Achizitorul își rezervă dreptul de a denunța unilateral contractul, printr-o notificare scrisă adresată prestatorului cu cel puțin 30 de zile înainte de momentul la care achizitorul dorește să înceteze contractul, fără nicio compensație, fără nicio formalitate și fără nicio altă procedură judiciară sau extrajudiciară. În acest caz, prestatorul are

dreptul de a pretinde numai plata corespunzătoare pentru partea din contract îndeplinită până la data la care are loc încetarea efectivă a contractului, ca urmare a denunțării unilaterale a acestuia de către achizitor.

(2) Autoritatea contractantă are dreptul de a denunța unilateral contractul de servicii în perioada de valabilitate a acestuia în una dintre următoarele situații:

a) contractantul se află, la momentul atribuirii contractului, în una dintre situațiile care ar fi determinat excluderea sa din procedura de atribuire potrivit art. 164 -167;

b) contractul nu ar fi trebuit să fie atribuit contractantului respectiv, având în vedere o încălcare gravă a obligațiilor care rezultă din legislația europeană relevantă și care a fost constatată printr-o decizie a Curții de Justiție a Uniunii Europene."

Clauza de la pct. 29.3:

"Prestatorul va despăgubi achizitorul în cazul oricăror pretenții și acțiuni în justiție rezultate din orice încălcări ale prevederilor în vigoare de către acesta, personalul său, salariat sau contractat de acesta, inclusiv conducerea sa, subordonații acestuia, precum și salariații din teritoriu."

Totodată se contestă următoarele cerințe din caietul de sarcini:

Pct. 1.10:

"Prestatorul poartă răspunderea, pe toată durata Acordului-cadru de buna desfășurare a activității de prevenire și combaterea poleiului și înzăpezirii drumurilor județene pe toată rețeaua de drumuri județene, fiind direct răspunzător pentru eventualele accidente sau pagube produse."

Se solicită modificarea cerinței după cum urmează:

"Prestatorul poartă răspunderea, pe toată durata Acordului-cadru de buna desfășurare a activității de prevenire și combaterea poleiului și înzăpezirii drumurilor județene pe rețeaua de drumuri județene ce face obiectul contractului, fiind direct răspunzător pentru eventualele accidente sau pagube produse, dacă acestea au rezultat din nerespectarea contractului."

Pct. 1.13, teza a doua:

"Datele de contact ale bazei de dezăpezire/Dispecerat a Prestatorului, respectiv nr. de telefon, email, fax vor fi considerate date publice și vor fi publicate fără restricții pe pagina de internet a Beneficiarului, la dispoziția oricăror persoane interesate."

Se solicită anularea clauzei.

Pct. 5.10:

"Prestatorul poartă întreaga răspundere pentru eventualele accidente, pagube sau efecte negative ca urmare a nerespectării prevederilor din: "Normativul privind prevenirea și combaterea înzăpezirii drumurilor publice", indicativ AND 525-2013."

Se solicită modificarea clauzei în sensul adăugării următoarei precizări la finalul acesteia: "dacă acestea rezultă din nerespectarea contractului".

Pct. 5.12:

"Prestatorul va răspunde de orice prejudiciu creat drumului, în executarea contractului, prin acțiunea sa, precum și de eventualele accidente produse ca urmare a neîndeplinirii sarcinilor contractuale;"

Se solicită modificarea clauzei în sensul adăugării următoarei precizări la finalul acesteia: "dacă acestea rezultă din nerespectarea contractului".

Contestatoarea învederează că clauzele / cerințele contestate încalcă limitele dreptului autorității contractante de a fixa clauzele contractului de achiziție publică.

Contestatoarea prezintă anumite limite (minime) cu privire la dreptul autorității contractante de a fixa clauzele contractului de achiziție publică / situații care permit cenzurarea acestora de către organul jurisdicțional competent, iar clauzele contestate încalcă toate sau o parte din aceste limite:

Oportunitatea implică o justificare legală

Potrivit art. 2 lit. c¹) din Legea nr. 554/2004: *"sunt asimilate actelor administrative, în sensul prezentei legi, si contractele încheiate de autoritățile publice care au ca obiect punerea în valoare a bunurilor proprietate publică, executarea lucrărilor de interes public, prestarea serviciilor publice, achizițiile publice; prin legi speciale pot fi prevăzute si alte categorii de contracte administrative;"*

Astfel, legiuitorul asimilează contractul de achiziție publică, actelor administrative, din această calificare rezultând o serie de consecințe cu privire la limitele dreptului autorității contractante de a fixa clauzele contractului de achiziție publică.

Legea nr. 554/2004, la art. 2 lin. n) explică semnificația termenului de exces de putere ca fiind:

"exercitarea dreptului de apreciere al autorităților publice prin încălcarea limitelor competenței prevăzute de lege sau prin încălcarea drepturilor si libertăților cetățenilor;"

Prin această prevedere legală, legiuitorul a creat un minim cadru ce ar trebui respectat de către autoritatea administrației publice pentru a nu depăși limitele oportunității, respectiv ce permite interpretarea și soluționarea aspectelor de oportunitate, de la caz la caz, de către instanța de contencios administrativ.

Raportat la cele de mai sus, situația este exact inversă, respectiv pot fi introduse clauzele în speță doar dacă există vreo justificare legală pentru opțiunea sa.

Principiul proporționalității:

Sistemul achizițiilor publice este centrat pe anumite principii fundamentale, printre care și principiile "poportionalității" și "asumării

răspunderii" de la care autoritatea contractantă nu poate abdica prin modul în care acesta fixează clauzele contractuale.

De aceea, ori de câte ori clauzele sunt "disproporționate" raportat la obiectul contractului, natura contractului, prețul contractului, necesitățile autorității contractante, prevederilor legale care reglementează activitatea autorității / operatorului etc, pot fi cenzurate de instanțele competente.

Principiul eficienței.

Autoritatea contractantă, prin modul în care acesta fixează clauzele contractuale nu poate abdica nici de la scopul stabilit de legiuitor la art. 2 alin. (1) din Legea nr. 98/2016:

"Scopul prezentei legi îl constituie asigurarea cadrului legal necesar pentru a realiza achiziționarea de bunuri, servicii și lucrări în condiții de eficiență economică și socială."

Sistemul achizițiilor publice a fost instituit, printre altele, având la bază necesitatea ca autoritatea contractantă să obțină în cadrul fiecărei proceduri de atribuire valoarea optimă pentru banii cheltuiți deziderat ce nu poate fi obținut decât prin atragerea din piață a celor mai oferte/ofertanți.

În acest sens, este necesar ca respectarea interesului public să se întrepătrundă cu asigurarea unui grad relevant de atractivitate comercială a proiectului public.

Din acest punct de vedere, includerea clauzelor contestate este de natură să împiedice un eventual ofertant să răspundă licitației, ofertant care ar fi avut capacitatea tehnică necesară pentru realizarea proiectului pentru ofertarea unui preț mai mic față de alți eventuali ofertanți, în considerarea clauzelor contestate față de caracterul dezavantajos / disproporționat / sau neclar care pune ofertantul să răspundă pentru eventuale fapte culpabile ale beneficiarului / eventualelor ne reguli săvârșite de acesta la decontare, neverificarea documentelor justificative, etc.

Aceasta, pentru simplul motiv că un asemenea ofertant se va vedea expus ulterior unor "interpelări" abuzive în baza clauzelor contestate, în sensul restituirii unor sume pe care respectivul ofertant s-a bazat la momentul execuției / recepției, depunerii ofertei, unor cerințe abuzive în baza clauzelor respective, etc.

Așadar și din acest punct de vedere, clauzele fixate de autoritatea contractantă pot fi cenzurate de instanțele judecătorești competente.

Caracterul nerezonabil

De asemenea, trebuie întotdeauna avute în vedere dispozițiile art. 15 din noul Cod Civil potrivit cărora "niciun drept nu poate fi exercitat în scopul de a vătăma sau păgubi pe altul ori într-un mod excesiv și nerezonabil, contrar bunei-credințe".

În prezenta procedură de atribuire însă, autoritatea contractantă a inserat anumite clauze inadecvate/abuzive/nerezonabile/neclare, ce

exced prerogativelor conferite de lege, clauze ce nu sunt de natură să conducă la asigurarea cadrului imperativ avut în vedere de legiuitor ci, mai mult, are potențialul de a elimina din competiție actori economici ce pot asigura acea valoare optimă în schimbul fondurilor publice cheltuite, ducând astfel la încălcarea principiului eficienței.

Caracterul neoportun pentru ofertant, dacă propunerea de eliminare nu este evident dezavantajoasă pentru autoritatea contractantă

Potrivit art. 137 alin. (3) lit b) din Normele metodologice privind Legea nr. 98/2016: *"(3) Oferta este considerată neconformă în următoarele situații: [...] b) conține propuneri de modificare a clauzelor contractuale pe care le-a stabilit autoritatea contractantă în cadrul documentației de atribuire, care sunt în mod evident dezavantajoase pentru aceasta din urmă, iar ofertantul, deși a fost informat cu privire la respectiva situație, nu acceptă renunțarea la clauzele respective;"*.

Dacă potrivit legii, o asemenea propunere de modificare poate fi inclusă în ofertă, cu atât mai mult acesta o poate supune atenției instanței / Consiliului în cadrul contestației pentru a putea fi analizat caracterul oportun pentru ambele părți.

Pe cale de consecință, rezultă că un ofertant poate propune modificări a clauzelor, fără ca legiuitorul să solicite justificarea unui caracter "nelegal" al clauzei contestate, pe principiul că dacă autoritatea contractantă a avut libertatea de a o stabili și operatorul economic trebuie să aibă libertatea de a solicita eliminarea ei, cu condiția ca propunerea de modificare să nu fie în mod evident dezavantajoasă pentru autoritatea contractantă.

Din acest punct de vedere, instanța de judecată poate cenzura clauzele stabilite de autoritatea contractantă și pentru rațiuni de oportunitate din partea operatorilor economici, nu doar pentru rațiuni de nelegalitate / exces de putere / disproporționalitate / caracter nerezonabil, etc.

Față de aceste prevederi, eliminarea clauzelor contestate prin intervenția CNSC / instanței nu numai că este posibilă, dar este și recomandată, pentru a se asigura un tratament egal pentru toți ceilalți operatori economici (pentru ca eventualului câștigător să i se aplice modelul de contract modificat prin eliminarea clauzei contestate).

Prevederile contractuale contestate nu numai că nu sunt dezavantajoase pentru autoritate (este în schimb deosebit de dezavantajoasă pentru viitorul câștigător al procedurii de atribuire, după cum am arătat), dar contravine și unor prevederi legale, motiv pentru care se impune, cu atât mai mult, să fie anulate.

Limite ce rezultă din Legea nr. 72/2013

Clauzele nu pot fi abuzive din perspectiva Legii nr. 72/2013 privind măsurile pentru combaterea întârzierii în executarea obligațiilor de plată

a unor sume de bani rezultând din contracte încheiate între profesioniști și între aceștia și autorități contractante.

Conform art. 13 din această lege:

În determinarea caracterului abuziv al unei clauze sau practici, instanța ține cont de toate circumstanțele cauzei, în special de:

a) abaterile grave de la practicile statornicite între părți sau de la uzanțele conforme ordinii publice sau bunelor moravuri;

b) nerespectarea principiului bunei-credințe și a principiilor de diligență în executarea obligațiilor;

c) natura bunurilor sau serviciilor;

d) neprevăderea motivelor obiective de derogare de la termenele de plată sau de la rata dobânzii, potrivit prezentei legi;

e) poziția dominantă a cocontractantului în raport cu o întreprindere mică sau mijlocie."

Toate clauzele contestate sunt impuse de Achizitor profitând de poziția sa dominantă, pe principiul "acceptă sau pleacă" și fără o legătură rezonabilă cu natura contractului licitat, clauzele impunând executantului respectarea unor obligații excesive și neuzuale pentru un contract de prestări servicii precum cel ce face obiectul cauzei.

Cu privire la tariful pentru serviciul de permanență

Deși documentația de atribuire solicită serviciu de permanență (a se vedea clauza 5.1 și 9.7 din contractul subsecvent și pct. 1.12, 5.14, 3.13 din caietul de sarcini), totuși documentația de atribuire nu solicită ofertarea unui tarif pentru această activitate la un nivel de 24h/zi în perioada 15 noiembrie - 15 martie.

Dimpotrivă, caietul de sarcini impune limitarea plății staționării la 8 ore/zi/utilaj. În acest sens, a se vedea pct. 9.7.5 din caietul de sarcini.

De asemenea, documentația de atribuire nu cuprinde formulare adecvate pentru ofertarea serviciului de permanență solicitat prin documentația de atribuire 24h/24h în perioada 15 noiembrie - 15 martie, cu serviciu de dispecerat inclusiv.

A. Sunt încălcate prevederile art. 3 alin. (1) lit. l) din Legea nr. 98/2016.

Din definiția contractului de achiziție, coroborată cu modul în care este definită oferta (lit. h) și cu modul de determinare a prețului contractului potrivit legislației achizițiilor publice, rezultă că legiuitorul tratează contractul de achiziție publică ca fiind un contract cu titlu oneros.

Acest aspect rezultă dincolo de orice dubiu și din prevederile dreptului comun care reglementează contractul de antrepriză, conform art. 1851 Cod civil: *"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."*

Or, documentația de atribuire, astfel cum este publicată impune executantului să presteze pe gratis serviciul de permanență pentru partea ce depășește 8 ore/zi/utilaj.

B. Lipsa cauzei

Scopul imediat (causa proxima), numit și scopul obligației, este un element abstract (fiind rezultatul unui proces de generalizare) și invariabil (întrucât este același, este comun), în cadrul unei anumite categorii de acte juridice.

În contractele sinalagmatice (cum este cazul contractului ce face obiectul prezentei cauze), cauza consimțământului fiecărei părți constă în reprezentarea, în prefigurarea mintală a contraprestației (o parte se obligă știind că și cealaltă parte se va obliga, la rândul ei).

Or, documentația de atribuire, astfel cum este publicată nu stabilește o contraprestație pentru serviciul de permanență pentru partea ce depășește 8 ore/zi/utilaj.

Conform art. 1236 Cod civil, pentru a fi valabilă, cauza actului juridic civil trebuie să îndeplinească următoarele cerințe, cumulativ: să existe, să fie licită, să fie morală.

Cu privire la clauzele contestate din modelul de acord cadru

Dacă încălcarea la care face referire clauza este imputabilă executantului, potrivit prevederilor legale aplicabile (art. 1349 și/sau 1350 Cod civil), acesta va fi singurul responsabil față de terțul prejudiciat, nefiind necesară o clauză contractuală care să "arunce" vina asupra executantului.

De aceea, clauza este nejustificată / abuzivă / nelegală. De asemenea, clauza contravine principiului personalității sancțiunilor.

Cu privire la clauzele contestate din modelul de contract subsecvent Cu privire la clauzele de la art. 9.4, 9.10 și 29.3

Conținutul clauzei 9.4 și 9.10:

"Prestatorul poartă toată răspunderea pe durata de îndeplinire a contractului, pentru eventualele accidente, pagube sau efecte negative ca urmare a nerespectării prevederilor din „Normativ privind prevenirea și combaterea înzăpezirii drumurilor publice” indicativ AND nr. 525-2013, aprobat prin Ordinul nr. 2170 din 18.06.2013, emis de Ministerul Dezvoltării Regionale și Administrației Publice, publicat în Monitorul Oficial al României nr. 395 din 1 iulie 2013;"

Conținutul clauzei 9:10:

"Prestatorul va răspunde de orice prejudiciu creat drumului (definitiv potrivit art. 2 si 14-17 din OG nr. 43/1997, republicată si modificată) în executarea contractului, prin acțiunea sau inacțiunea sa, precum si pentru orice accidente, pagube, prejudicii cauzate terților de starea necorespunzătoare a drumurilor si neasigurarea condițiilor de circulație corespunzătoare, pe perioada de execuție a contractului."

Conținutul clauzei de la pct. 29.3:

"Prestatorul va despăgubi achizitorul în cazul oricăror pretenții și acțiuni în justiție rezultate din orice încălcări ale prevederilor în vigoare de către acesta, personalul său, salariat sau contractat de acesta, inclusiv conducerea sa, subordonații acestuia, precum și salariații din teritoriu."

Se solicită modificarea clauzelor în sensul adăugării următoarei precizări la finalul acestora: "dacă acestea rezultă din nerespectarea contractului"

Normativul AND nr. 525- 2013 include obligați ce depășesc obiectul contractului, serviciile plătite de beneficiar, în plus, Normativul AND nr. 525- 2013 prevede în special obligații pentru administratorul drumului (autoritatea contractantă).

Încheierea contractului nu poate conduce la preluarea tuturor obligațiilor autorității de către SC ... SRL, decât în limitele ce fac obiectul contractului / plătite de aceasta.

În caz contrar, lipsind contraprestația, contractului îi va lipsi cauza și s -ar încălca caracterul oneros al contractului de achiziție publică.

De aceea, clauza este nejustificată / abuzivă / nelegală. De asemenea, clauza contravine principiului personalității sancțiunilor.

Principiul personalității aplicării sancțiunii constă în aceea că pentru fapta ilicită va purta răspundere doar autorul ei cu toate împrejurările obiective și subiective din cazul săvârșirii faptei.

Principiul caracterului personal al sancțiunilor constituie regula potrivit căreia atât obligația, ce decurge dintr-o anumită normă, de a avea o anumită conduită, cât și răspunderea ce decurge din nesocotirea acelei obligații, revin persoanei care nu și-a respectat obligația, săvârșind fapta interzisă, și nu alteia sau unui grup de persoane.

Cu privire la clauza de la art. 9.8

Conținutul clauzei:

"Auto-utilajele oferite proprii și închiriate pot fi înlocuite de către prestator doar cu acordul scris al beneficiarului;"

Autoritatea contractantă nu urmărește încheierea unui contract de furnizare utilaje, ci încheierea unui contract de prestări servicii, unde interesează capacitatea ofertantului de a folosi utilajele menționate de autoritatea contractantă astfel încât lucrările ce fac obiectul contractului să poată fi executate, fiind invocată în acest sens Decizia CNSC nr.

Pentru perioada de execuție, clauza în redactarea inițială este incompatibilă cu obiectul contractului, împiedicând birocratic executarea contractului, în situații precum defectarea utilajelor, blocajul acestora într-o anumită zonă, dauna totală a utilajului, necesitatea schimbării flotei, etc.

În subsidiar, clauza trebuie să precizeze cel puțin faptul că acordul poate fi obținut și ulterior înlocuirii, iar acordul nu poate fi refuzat în mod nerezonabil raportat la obiectul contractului.

Cu privire la clauzele de la art. 9.28 și 10.12

Conținutul clauzelor de la art. 9.28 și 10.12:

"9.28 Pentru asigurarea monitorizării serviciilor, Achizitorul poate dispune din resursele proprii instalarea de sisteme de monitorizare GPS pe utilajele de deszăpezire folosite (proprii și închiriate), prestatorul este obligat să permită montarea de către beneficiar a sistemelor de monitorizare prin sisteme GPS pentru utilajele angrenate în aceasta activitate și să permită publicarea datelor GPS (inclusiv numărul de înmatriculare a utilajului) în timp real pe site-ul propriu al Consiliului Județean Harghita."

"10.12 Achizitorul își rezervă dreptul de a monta sisteme de monitorizare GPS pe autovehiculele și utilajele angrenate în activitatea de deszăpezire."

Aceste clauze sunt excesive raportat la obiectul contractului și la existența obligației de la art. 9.11:

"Utilajele de deszăpezire (proprii, în leasing și închiriate) vor fi dotate cu GPS (pentru monitorizare și evidența activității) și cu softul aferent, cu obligativitatea ca Beneficiarul să aibă acces la acesta, după cum urmează: Foaia de activitate zilnică;"

Dacă prestatorul are deja obligația să doteze utilajele cu GPS, dotarea cu un GPS suplimentar de către Achizitor este nejustificată.

De asemenea, contractul de față nu are ca obiect promovarea eficienței administrației publice locale în fața populației pentru ca astfel de date să fie publicate pe site-ul CJ Harghita în timp real.

Cu privire la clauzele de la art. 1.10 și 16.2 pct. 5 și 6:

Conținutul clauzelor de la art. 1.10 și 16.2 pct. 5 și 6:

"10.10 (1) Prestatorul este răspunzător de corectitudinea și exactitatea datelor înscrise în documentele depuse în vederea decontării și se obligă să restituie, atât sumele încasate în plus, cât și foloasele necuvenite aferente acestora, constatate de organe de control financiar intern, sau de alte organe de control abilitate prin lege.

(2) Sumele achitate în plus și foloasele necuvenite se vor recupera prin reținere din orice alte sume datorate prestatorului, sau prin depunerea sumelor de către prestator în contul achizitorului, în termen de maxim 15 zile de la data constatării și înștiințării lui."

"16.2 Plăți (...)

5. Prestatorul este răspunzător de corectitudinea și exactitatea datelor înscrise în facturi și se obligă să restituie atât sumele încasate în plus cât și foloasele realizate necuvenit, aferente acestora. Sumele încasate în plus, cât și foloasele necuvenite aferente acestora (pe perioada de la încasare până la constatarea lor) se vor stabili în urma verificărilor executate de organele de control financiar intern ale achizitorului sau de alte organe abilitate de lege.

6. Sumele determinate se vor recupera astfel:

6.1. Sumele achitate în plus și foloasele necuvenite se vor recupera prin reținere din orice alte sume datorate prestatorului.

6.2. *În imposibilitatea compensării, prestatorul se obligă să restituie sumele datorate în termen de 15 zile de la data constatării și înștiințării lui, achitarea efectuându-se prin mijloace de plată obișnuite, în contul achizitorului.*"

Aceste clauze sunt excesive și nerezonabile pentru că dau un drept discreționar beneficiarului de a reține sume în baza unei aprecieri proprii și subiective privind caracterul de sume "încasate în plus" sau "necuenvenit".

Prin aceste clauze, autoritatea urmărește să "scape" de obținerea unui titlu executoriu, dacă consideră că este îndreptățită la o anumită sumă.

Pe de altă parte, SC ... SRL nu are un asemenea remediu, fiind încălcate principiile nediscriminării, tratamentului egal, egalității armelor, asumării răspunderii, etc.

De asemenea, aceste clauze sunt nelegale și raportat la următoarele:

C. Clauza este lipsită de cauză juridică pentru executant

Scopul imediat (causa proxima), numit și scopul obligației, este un element abstract (fiind rezultatul unui proces de generalizare) și invariabil (întrucât este același, este comun), în cadrul unei anumite categorii de acte juridice.

În contractele sinalagmatice (cum este cazul contractului ce face obiectul prezentei cauze), cauza consimțământului fiecărei părți constă în reprezentarea, în prefigurarea mintală a contraprestației (o parte se obligă știind că și cealaltă parte se va obliga, la rândul ei).

Clauza contestată stabilește o contraprestație viitoare și incertă (cu privire la moment și quantum) din partea executantului, fără să existe o contraprestație a autorității contractante.

Conform art. 1236 Cod civil, pentru a fi valabilă, cauza actului juridic civil trebuie să îndeplinească următoarele cerințe, cumulativ: să existe, să fie licită, să fie morală.

Cauza nu există atunci când partea nu are aptitudinea de a-și reprezenta (prefigura) corect faptele sale ori consecințele acestora. Or, în speță, executantul nu poate nici estima (cu atât mai puțin să determine), consecințele viitoare ale clauzei contestate.

De asemenea, conform art. 1238 alin. (1) Cod Civil, lipsa cauzei atrage anulabilitatea contractului.

D. Clauza contravine principiului asumării răspunderii reglementat de art. 2 alin. (2) lit. f) din Legea nr. 98/2016

Principiul asumării răspunderii presupune determinarea clară a sarcinilor și responsabilităților persoanelor implicate în procesul de achiziție publică, asigurându-se profesionalismul, imparțialitatea și independența deciziilor adoptate pe parcursul acestui proces.

Or, clauză contestată transferă responsabilitatea reprezentanților beneficiarului față de "organele abilitate" care le auditează activitatea

(privind recepția lucrărilor, decontarea lucrărilor, verificarea documentațiilor aferente, legalitatea angajamentului, etc.) în sarcina executantului, încălcându-se principiul asumării răspunderii reglementat de Legea nr. 98/2016.

E. Clauza contravine principiului personalității sancțiunilor

Principiul personalității aplicării sancțiunii constă în aceea că pentru fapta ilicită va purta răspundere doar autorul ei cu toate împrejurările obiective și subiective din cazul săvârșirii faptei.

Principiul caracterului personal al sancțiunilor constituie regula potrivit căreia atât obligația, ce decurge dintr-o anumită normă, de a avea o anumită conduită, cât și răspunderea ce decurge din nesocotirea acelei obligații, revin persoanei care nu și -a respectat obligația, săvârșind fapta interzisă, și nu alteia sau unui grup de persoane.

Acest principiu rezultă din modul în care este reglementat orice fel de răspundere juridică (civilă, administrativă, contravențională, penală), fiecare dintre acestea comportând dovedirea vinovăției în persoana autorului faptei interzise de lege.

Corolarul principiului răspunderii juridice este principiul caracterului personal al sancțiunilor, conform căruia pedeapsa nu poate fi aplicată decât aceluia care a săvârșit fapta prevăzută de lege.

Or, clauza contestată încalcă acest principiu, transferând executantului aspecte ce țin de culpa reprezentanților autorității contractante față de normele care le reglementează activitatea.

F. Clauza încalcă principiul *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*

Prin decizia RIL nr. 19/03.06.2019 ÎCCJ a analizat efectul actului de control al unui organ de audit cu privire la momentul de început al prescripției acțiunii declanșate de entitatea auditată, ocazie cu care reține și următoarele considerente relevante și pentru contestația de față:

"(...) în condițiile în care nu există certitudinea datei unui posibil control al Curții de Conturi sau al unui alt organ cu atribuții de control, entitatea publică nu poate sta în pasivitate, așteptând verificarea ulterioară a resurselor bugetare prin actul de control, ci trebuie să depună toate diligențele pentru depistarea existenței unor eventuale pagube cauzate de salariați în privința acelor resurse."

Or, clauza contestată determină pasivitatea beneficiarului în verificarea regularității decontărilor, deși obligațiile legale îi aparțin în acest sens, iar în cazul în care se descoperă (la un eventual control), pasează răspunderea către executant, indiferent dacă există sau nu culpa acestuia, încălcându-se principiul *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*.

G. Clauza transformă raportul organelor de control în izvoare de obligații pentru executant, deși destinatarul acestor rapoarte nu este executantul, ci însăși autoritatea contractantă. »

(96) Prin decizia RIL nr. 19/03.06.2019 ÎCCJ a reținut și următoarele considerente relevante și pentru contestația de față:

"57. Paguba constatată, preexistentă raportului Curții de Conturi sau al unui alt organ cu atribuții de control, trebuia să fie cunoscută independent de constatările organului de control, cu atât mai mult cu cât raportul a fost efectuat în baza actelor aflate în posesia entității controlate.

58. Prin urmare, paguba este rezultatul exclusiv al propriei culpe cu privire la modalitatea de gestionare a resurselor financiare ale entității controlate, care, potrivit legii, trebuia să declanșeze mecanisme interne în ceea ce privește controlul de gestiune financiară, precum controlul de legalitate, controlul financiar preventiv, controlul financiar intern sau auditul.

59. Constatările Curții de Conturi sau ale unui alt organ cu atribuții de control, precum și măsurile dispuse în sarcina entității controlate sunt obligatorii exclusiv pentru aceasta din urmă, în condițiile în care raportul de control constată doar producerea pagubei, fără să constituie, prin el însuși, izvor al creanței.

60. Izvorul obligației debitorului nu îl reprezintă actul de control al Curții de Conturi sau al unui alt organ cu atribuții de control, ci actul sau faptul juridic ce a generat paguba invocată."

În contextul în care raportul organului de audit se adresează în mod exclusiv autorității, nu executantului, clauza contestată care "pune la adăpost" autoritatea față de propriile obligații legale, nu poate fi considerată decât abuzivă, nerezonabilă și nelegală.

Clauza contestată răstoarnă orice eventuala nerespectare a unor obligații legale ale autorității contractante, în sarcina executantului, cu consecințe deosebit de prejudiciabile pentru acesta.

Mai mult decât atât, autoritatea contractantă / reprezentanții acesteia se îmbogățeste / îmbogățesc fără just temei (nemaifiind obligată / obligați să acopere prejudiciul cauzat de propria faptă).

Clauza poate reprezenta sursa unor nenumărate abuzuri din partea autorității contractante, motiv pentru care trebuie eliminată.

Cu privire la clauza 14.4 alin. (2)

Conținutul clauzei:

"Prestatorul are obligația de a asigura instrumentele, utilajele și materialele necesare pentru verificarea serviciilor. Costul verificărilor, inclusiv manopera aferentă acestora, revin prestatorului."

Clauza trebuie eliminată pentru că nu stabilește ce presupune "verificarea serviciilor", iar ofertanții nu pot estima costurile pe care această obligație le poate genera, costurile pentru "a asigura instrumentele, utilajele și materialele necesare pentru verificarea serviciilor".

În plus, clauza nu are contraprestație din partea Achizitorului, impunându-se suportarea unor costuri, fără contraprestație, încălcându-se caracterul oneros al contractului de achiziție publică.

Clauza art. 16.1 alin. (2)

Conținutul clauzei:

"Prestatorul va prezenta orice alt document justificativ referitor la serviciile prestate solicitat de către achizitor."

Documentele necesare sunt stabilite de anexa 1 la contractul subsecvent, conform alin. (1) al art. 16.1.

Prezentarea oricărui alt "document justificativ" este o obligație neclară, netransparentă, clauza fiind nelegală.

Conform art. 1236 Cod civil, pentru a fi valabilă, cauza actului juridic civil trebuie să îndeplinească următoarele cerințe, cumulativ: să existe, să fie licită, să fie morală.

Cauza nu există atunci când partea nu are aptitudinea de a-și reprezenta (prefigura) corect faptele sale ori consecințele acestora. Or, în speță, executantul nu poate nici estima (cu atât mai puțin să determine), consecințele viitoare ale clauzei contestate.

De asemenea, conform art. 1238 alin. (1) Cod Civil, lipsa cauzei atrage anulabilitatea contractului.

Clauza art. 16.2 pct. 4

Conținutul clauzei:

"Pe parcursul execuției contractului nu este permisă modificarea prețurilor din ofertă în funcție de variațiile prețurilor practicate de furnizorii de la care contractantul se aprovizionează. Din punct de vedere al documentelor justificative necesare pentru efectuarea plăților se consideră suficiente facturile emise de contractant, a căror valoare trebuie să corespundă cu valoarea ofertată inițial sau, după caz, cu valoarea ofertată actualizată conform prevederilor documentelor de achiziție inițiale și contractului."

În contextul în care clauza 17.1 permite modificarea prețurilor ca urmare a unor modificări legislative, al căror efect se reflectă în creșterea sau diminuarea costurilor pe baza căror s-au fundamentat, pentru claritate, clauza art. 16.2 pct. 4 trebuie completată în sensul completării acesteia cu sintagma: "dacă modificarea nu este generată de modificări legislative conform art. 17.1"

Cu privire la clauzele de la art. 21.1 și art. 21.2, precum și prima parte a clauzei 21.3 care face referire la cauza de încetare de la art. 21.1, dar și cu privire la clauza de la art. 22:

Conținutul clauzelor:

"21.1 Prezentul contract va înceta automat dacă nu a generat nici o plată într-o perioadă de 12 luni de la semnarea sa de către părți. Încetarea va opera de plin drept, fără necesitatea vreunei formalități sau intervenția autorităților sau a instanței de judecată."

21.2 Încetarea prezentului contract de servicii în condițiile art. 21.1 nu va produce niciun fel de efecte asupra altor drepturi ale achizitorului și prestatorului dobândite în baza prezentului contract.

21.3 - Suplimentar față de cauza de încetare definită la art. 21.1 (...)"

"22. Denunțarea unilaterală a contractului de către autoritatea contractantă

(1) Achizitorul își rezervă dreptul de a denunța unilateral contractul, printr-o notificare scrisă adresată prestatorului cu cel puțin 30 de zile înainte de momentul la care achizitorul dorește să înceteze contractul, fără nicio compensație, fără nicio formalitate și fără nicio altă procedură judiciară sau extrajudiciară. În acest caz, prestatorul are dreptul de a pretinde numai plata corespunzătoare pentru partea din contract îndeplinită până la data la care are loc încetarea efectivă a contractului, ca urmare a denunțării unilaterale a acestuia de către achizitor.

(2) Autoritatea contractantă are dreptul de a denunța unilateral contractul de servicii în perioada de valabilitate a acestuia în una dintre următoarele situații:

a) contractantul se află, la momentul atribuirii contractului, în una dintre situațiile care ar fi determinat excluderea sa din procedura de atribuire potrivit art. 164 -167;

b) contractul nu ar fi trebuit să fie atribuit contractantului respectiv, având în vedere o încălcare gravă a obligațiilor care rezultă din legislația europeană relevantă și care a fost constatată printr-o decizie a Curții de Justiție a Uniunii Europene."

Clauzele sunt incompatibile cu intenția de a contracta a autorității contractante și cu caracterul ferm al ofertei de a contracta exprimate prin publicarea documentației de atribuire.

Clauzele maschează o denunțare unilaterală din partea Achizitorului.

Ofertantul declarat câștigător beneficiară de un "bun" în sensul CEDO, astfel că încetarea contractului, în lipsă de culpă, fără compensație, nu poate fi rezonabilă, pentru că ofertantul declarat câștigător implică numeroase resurse pentru a fi capabil să execute contractul pentru care a licitat.

Clauza permite achizitorului să nu solicite serviciile o anumită perioadă, urmând ca după 12 luni deja să aibă dreptul de a înceta contractul, fără compensație pentru prejudiciile create.

În plus, clauza de denunțare unilaterală nu este una uzuală (raportat la prevederile Codului civil) pentru contractele pe durată determinată (cum este cazul în speță), ci pentru contractele pe durată nedeterminată.

Cu privire la clauzele de la art. 21.3 lit. a), b), g) și lit. k) din contractul subsecvent:

"21.3 - Suplimentar față de cauza de încetare definită la art. 21.1 Achizitorul are dreptul să considere contractul reziliat de plin drept fără nici o altă formalitate și fără nici o altă procedură judiciară sau extrajudiciară în oricare dintre situațiile următoare, dar nelimitându-se la acestea:

a) prestatorul nu execută contractul în conformitate cu obligațiile asumate, abandonează serviciile sau nu respectă instrucțiunile motivate ale achizitorului;

b) prestatorul refuză sau omite să aducă la îndeplinire dispozițiile emise de către achizitor sau de către reprezentantul său autorizat;

(...)

g) are loc orice modificare organizațională care implică o schimbare cu privire la personalitatea juridică, natura sau controlul prestatorului, cu excepția situației în care asemenea modificări sunt înregistrate într-un act adițional la prezentul contract; (...)

k) apariția unor circumstanțe care nu au putut fi prevăzute la data încheierii contractului și care conduc la modificarea clauzelor contractuale în așa măsură încât îndeplinirea contractului respectiv ar fi contrară interesului public;"

Cu privire la lit. a)

Pentru ca această clauză să fie legală, este necesară modificarea în sensul următor:

"a) prestatorul nu execută contractul în conformitate cu obligațiile esențiale asumate, abandonează serviciile sau nu respectă instrucțiunile motivate ale achizitorului, dacă acestea corespund obligațiilor din contract;

Rezilierea se aplică pentru obligațiile esențiale, raportat la prevederile art. 1551 Cod civil: "Creditorul nu are dreptul la rezoluțiune atunci când neexecutarea este de mică însemnătate".

De asemenea, conform art. 1553 Cod civil: *"Pactul comisoriu produce efecte dacă prevede, în mod expres, obligațiile a căror neexecutare atrage rezoluțiunea sau rezilierea de drept a contractului."*

Nefiind indicate în concret obligațiile care atrag rezilierea, clauza trebuie modificată în sensul că doar obligațiile esențiale vor atrage această sancțiune.

De asemenea, nu orice instrucțiuni ale Achizitorului pot atrage această sancțiune, ci doar dacă respectivele instrucțiuni sunt conforme cu prevederile contractuale.

Cu privire la lit. b)

Se solicită modificarea clauzei în sensul adăugării la finalul clauzei a următoarei precizări: *"dacă acestea corespund obligațiilor din contract"*.

Nu orice instrucțiuni ale Achizitorului pot atrage sancțiunea rezilierii, ci doar dacă respectivele instrucțiuni sunt conforme cu prevederile contractuale.

Cu privire la lit. g) și k)

Sanctiunea rezilierii implică culpa prestatorului, or lit. g) si k) nu implică o culpă a acestuia.

În plus, schimbarea acționariatului unei firme este un eveniment uzual în viața comercială, nefiind rezonabilă sanctiunea încetării contractului pentru un asemenea aspect.

De fapt, clauza stabilește un drept de denunțare unilaterală într-un asemenea caz, clauză neuzuală, după cum rezultă din art. 1203 Cod civil.

De asemenea, clauza de la lit. k) este foarte neclară, lăsând autorității un drept discreționar de încetare a contractului.

În plus, clauzele contractuale nu se modifică când se modifică realitatea de fapt, doar părțile putând modifica clauzele contractuale prin acord. De aceea, clauza este si lipsita de logica juridica.

De asemenea, sunt criticate și următoarele cerințe din caietul de sarcini:

Cu privire la pct. 1.10:

"Prestatorul poartă răspunderea, pe toată durata Acordului-cadru de buna desfășurare a activității de prevenire si combaterea poleiului si înzăpezirii drumurilor județene pe toată rețeaua de drumuri județene, fiind direct răspunzător pentru eventualele accidente sau pagube produse."

Pentru a nu se încălca principiul proporționalității, caracterul oneros al contractului de achiziție publică, etc, răspunderea nu poate fi extinsă pentru toată rețeaua de drumuri județene.

Se solicită modificarea cerinței după cum urmează:

"Prestatorul poartă răspunderea, pe toată durata Acordului-cadru de buna desfășurare a activității de prevenire si combaterea poleiului si înzăpezirii drumurilor județene pe rețeaua de drumuri județene ce face obiectul contractului, fiind direct răspunzător pentru eventualele accidente sau pagube produse, dacă acestea au rezultat din nerespectarea contractului."

Normativul AND nr. 525- 2013 include obligați ce depășesc obiectul contractului, serviciile plătite de beneficiar, în plus, Normativul AND nr. 525- 2013 prevede în special obligații pentru administratorul drumului (autoritatea contractantă).

Încheierea contractului nu poate conduce la preluarea tuturor obligațiilor autorității de către SC ... SRL decât în limitele ce fac obiectul contractului / plătit e de aceasta.

În caz contrar, lipsind contraprestația, contractului îi va lipsi cauza și s-ar încălca caracterul oneros al contractului de achiziție publică.

De aceea, clauza este nejustificată / abuzivă / nelegală. De asemenea, clauza contravine principiului personalității sancțiunilor.

Principiul personalității aplicării sancțiunii constă în aceea că pentru fapta ilicită va purta răspundere doar autorul ei cu toate împrejurările obiective și subiective din cazul săvârșirii faptei.

Principiul caracterului personal al sancțiunilor constituie regula potrivit căreia atât obligația, ce decurge dintr-o anumită normă, de a avea o anumită conduită, cât și răspunderea ce decurge din nesocotirea acelei obligații, revin persoanei care nu și-a respectat obligația, săvârșind fapta interzisă, și nu alteia sau unui grup de persoane.

Acest principiu rezultă din modul în care este reglementat orice fel de răspundere juridică (civilă, administrativă, contravențională, penală), fiecare dintre acestea comportând dovedirea vinovăției în persoana autorului faptei interzise de lege.

Corolarul principiului răspunderii juridice este principiul caracterului personal al sancțiunilor, conform căruia pedeapsa nu poate fi aplicată decât aceluia care a săvârșit fapta prevăzută de lege.

Or, clauza contestată încalcă acest principiu, transferând executantului aspecte ce țin de culpa reprezentanților autorității contractante față de normele care le reglementează activitatea.

Cu privire la pct. 1.13, teza a doua:

"Datele de contact ale bazei de dezăpezire/Dispecerat a Prestatorului, respectiv nr. de telefon, email, fax vor fi considerate date publice si vor fi publicate fără restricții pe pagina de internet a Beneficiarului, la dispoziția oricăror persoane interesate."

Clauza este nerezonabilă raportat la obiectul contractului. În contextul în care activitatea prestatorului este limitată la prevederile contractului (nu se concesiunează activitatea de administrator al drumului aparținând Achizitorului), nu este rezonabilă extinderea activității prestatorului și la lucrul cu populația din zonă.

O asemenea activitate nu are contraprestație în documentația de atribuire, astfel că această clauză trebuie anulată, neavând echivalent în tarife.

Cu privire la pct. 5.10 si 5.12

"5.10 Prestatorul poartă întreaga răspundere pentru eventualele accidente, pagube sau efecte negative ca urmare a nerespectării prevederilor din: "Normativul privind prevenirea si combaterea înzăpezirii drumurilor publice", indicativ AND 525-2013."

"5.12 Prestatorul va răspunde de orice prejudiciu creat drumului, în executarea contractului, prin acțiunea sa, precum si de eventualele accidente produse ca urmare a neîndeplinirii sarcinilor contractuale;"

Se solicită modificarea clauzelor în sensul adăugării următoarei precizări la finalul acestora: *"dacă acestea rezultă din nerespectarea contractului"*

Normativul AND nr. 525- 2013 include obligați ce depășesc obiectul contractului, serviciile plătite de beneficiar, în plus, Normativul AND nr. 525- 2013 prevede în special obligații pentru administratorul drumului (autoritatea contractantă).

Încheierea contractului nu poate conduce la preluarea tuturor obligațiilor autorității de către prestator, decât în limitele ce fac obiectul contractului / plătite de aceasta.

În caz contrar, lipsind contraprestația, contractului îi va lipsi cauza și s-ar încălca caracterul oneros al contractului de achiziție publică.

De aceea, clauza este nejustificată / abuzivă / nelegală. De asemenea, clauza contravine principiului personalității sancțiunilor.

Autoritatea contractantă a depus în copie dosarul achiziției, anexat punctului de vedere înregistrat la Consiliu sub nr. 43654/20.08.2021, cu privire la contestația formulată de către SC ... SRL.

Cu privire la clauza contestată de ... SRL „...deși documentația de atribuire solicită serviciu de permanență (a se vedea clauza 5.1 și 9.7 din contractul subsecvent și pct. 1.12, 5.14, 3.13 din caietul de sarcini), totuși documentația de atribuire nu solicită ofertarea unui tarif pentru această activitate la un nivel de 24h/zi în perioada 15 noiembrie -15 martie”, autoritatea contractantă menționează că în calitate de administrator al drumurilor județene, organizează prestarea serviciilor de întreținere a drumurilor județene pe timp de iarnă conform prevederilor normativului indicativ AND nr. 525- 2013. Scopul serviciilor este asigurarea viabilității drumurilor județene cu asigurarea condițiilor de siguranță a circulației, în condiții de eficiență economică.

Potrivit prevederilor caietului de sarcini, precum și cele din modelul de contract subsecvent, autoritatea contractantă nu solicită serviciul de permanență, așa cum se susține de către contestatară, singura solicitare fiind ca prestatorul să asigure și să organizeze activitățile pregătitoare ce presupun informarea asupra stării drumurilor în vederea acționării, menținerea utilajelor/echipamentelor în stare operativă. Faptul că utilajele staționează în incinta bazelor de dezăpezire organizate nu presupune automat un serviciu de permanență și nu poate fi obligată autoritatea contractantă la plata parcurii utilajelor aflate în starea de repaus sau la plata unor servicii nesolicitate.

Serviciile și contraprestațiile sunt regăsite în pct. 5.1 din contractul subsecvent și toate acestea sunt solicitări ale autorității contractante. În cadrul Consiliului Județean Harghita serviciul de permanență se organizează prin asigurarea cu mijloace de comunicare electronică a responsabililor de contract, nefiind necesară organizarea unei locații cu destinația de dispecerat permanent. Formularul Centralizatorul Financiar-întreținerea curentă pe timp de iarnă pe drumurilor județene din județul Harghita, în perioada 2021-2024, la poziția 1 prevede decontarea Staționării utilajelor la nivel de 8 ore pe zi. În afara acestor 8 ore în care utilajul nu are activitate, prestatorului îi sunt decontate separat toate intervențiile din acea zi. Normativul nu prevede obligativitatea unui serviciu de permanentă la nivel de 24 de ore ci doar intervenția concretă pe fiecare drum conform nivelului de viabilitate aferent. Deci este la latitudinea autorității contractante de a organiza întreținerea drumurilor

pe timp de iarnă conform normativului, dar în condiții de eficiență economică. Autoritatea contractantă consideră că decontarea a 24 de ore/zi pentru staționare plus decontarea intervențiilor zilnice reprezintă o cheltuială nejustificată, astfel se poate ajunge la situația absurdă ca pentru un utilaj să se deconteze mai mult de 24 ore pe zi.

Cu privire la clauza de la art. 6.3, din modelul de acord cadru contestată, autoritatea contractantă menționează că caietul de sarcini prezintă în detaliu toate serviciile ce trebuie prestate pe parcursul executării contractului. Formularea din Modelul de contract este corectă, deoarece în cazul producerii unor eventuale daune, se face trimitere directă la caietul de sarcini identificându-se direct situația/situațiile care au reprezentat cauza acestora.

Privind modul în care a fost formulată obiecția, contestarea acestei clauze nu prezintă importanță vitală pentru contestator, el fiind gata chiar să renunțe la punctul a) *„Solicităm anularea clauzei sau cel puțin modificarea în sensul că dacă acestea rezultă din încălcarea contractului.*

Însuși sensul introducerii alineatului respectiv ar dispărea, dacă s-ar reformula clauza respectivă, în prezenta formă, ultima teză reprezintă de fapt o clauză de exonerare de răspundere în cazul în care se produce orice fel de prejudiciu datorită faptului că prestatorul a executat întocmai prevederile contractuale.

Clauza nu se modifică, nu se elimină.

Cu privire la clauza de la art. 9.4 din modelul de contract subsecvent contestat autoritatea contractantă menționează că potrivit articolului 8. Documentele contractului/litera b) Normativul privind prevenirea și combaterea înzăpezirii drumurilor publice" indicativ AND nr. 525- 2013, aprobat prin Ordinul nr. 2170 din 18.06.2013, emis de Ministerul Dezvoltării Regionale și Administrației Publice, publicat în Monitorul Oficial al României nr. 395 din 1 iulie 2013;" este parte a contractului. Astfel formularea clauzei de la art. 9.4 este corectă fiind în conformitate cu prevederile art. 8.1.

Propunerea de modificare înaintată de contestator se regăsește în prevederile art 9.3. „Prestatorul poartă răspunderea pentru modul în care își desfășoară activitatea pe toată durata contractului, inclusiv pentru prejudiciile care decurg din modul de prestare a serviciilor, sau pentru eventuale accidente produse ca urmare a nerespectării contractului".

Pentru orice accidente, pagube sau efecte negative care au loc pe parcursul prestării serviciilor prevăzute în caietul de sarcini (care este parte a contractului) așa cum acestea sunt definite în Normativul 525-2013, răspunderea o poartă prestatorul. Din moment ce caietul de sarcini și clauzele contractuale se bazează pe Normativul 525- 2013, această solicitare de modificare este inutilă. Este o modificare pur formală, fără fond. Clauza nu se modifică.

Cu privire la clauza de la art. 9.8, contestată, autoritatea contractantă menționează că potrivit prevederilor caietului de sarcini, pe toată perioada contractelor subsecvente, utilajele aferente unei baze de dezăpezire nu vor părăsi baza decât în scopul prestării serviciilor contractate.

Autoritatea contractantă verifică la încheierea Acordului cadru dacă utilajele declarate în propunerea tehnică de către prestator corespund cu cele care deserveșc baza de dezăpezire. Pentru a preveni riscul ca un utilaj conform să fie înlocuit cu un utilaj mai puțin performant sau cu unul care în mod normal deservește o altă bază, sau prestatorul nu justifică forma de deținere asupra noului utilaj(toate acestea pot duce la discontinuități în prestarea serviciilor), este logic a se prevedea în contract necesitatea acordului autorității contractante în cazul înlocuirii unui utilaj. În situația expusă există un risc real ca serviciile să fie prestate cu mai puține utilaje sau cu utilaje mai puțin performante.

În condițiile actuale, comunicarea și obținerea acordului scris în timp util nu prezintă un impediment în respectarea cerinței. Prezentarea de către contestator a speței CNSC este nerelevantă, căci prin cerința în cauză, înlocuirea unui utilaj nu este interzisă ci doar supusă condiției de înștiințare și aprobare (implicit verificare) din partea autorității contractante.

Clauza nu se modifică, nu se elimină.

Cu privire la clauza de la art. 9.10 contestată, autoritatea contractantă menționează că din conținutul articolului rezultă clar că eventualele prejudicii de care s-ar putea face răspunzător sunt cele provocate în timpul executării contractului. „Prestatorul va răspunde de orice prejudiciu creat drumului (definitiv potrivit art. 2 și 14-17 din OG nr. 43/1997, republicată și modificată) în executarea contractului,...” „...starea necorespunzătoare a drumurilor și neasigurarea condițiilor de circulație corespunzătoare, pe perioada de execuție a contractului”, rezultă tocmai din nerespectarea contractului. Prevederile articolului sunt echivalente cu cele din modificarea solicitată. Este o modificare pur formală, fără fond.

Clauza nu se modifică.

Cu privire la clauza de la art. 9.28 și 10.12 contestată, autoritatea contractantă menționează că, clauza 9.28 se referă la situația când constată că utilajele implicate nu sunt dotate cu sistem GPS și dispune dotarea acestora cu un astfel de sistem pe perioada executării contractului.

Articolul 9.11 „Utilajele de dezăpezire (proprie, în leasing și închiriate) vor fi dotate cu GPS (pentru monitorizare și evidența activității) și cu softul aferent, cu obligativitatea ca Beneficiarul să aibă acces la acesta, după cum urmează: Foaia de activitate zilnică;” se referă la obligativitatea dotării tuturor utilajelor cu GPS, indiferent dacă acestea sunt instalate de prestator, de autoritatea contractantă sau în

comun, prestatorul fiind doar obligat să asigure accesul autorității contractante la datele furnizate de GPS.

Nicidecum nu este vorba de o dotare suplimentară cu echipament GPS, cum în mod eronat afirmă contestatorul.

În condițiile în care prestatorul își îndeplinește în mod corect sarcinile contractuale, aceste informații transmise în timp real sunt un sprijin în sensul că asigură participanților la trafic informații concrete despre modul de acționare a utilajelor și implicit asupra nivelului de circulabilitate a unui anumit sector de drum.

Această clauză mai are menirea și de a ridica gradul de transparență cu privire la deciziile autorității contractante. Fiind vorba despre un serviciu public, este și interesul cetățeanului să poată urmări îndeplinirea obligațiilor AC de a oferi servicii publice de calitate.

Clauza nu se modifică și nu se elimină.

Cu privire la clauzele 10.10 și 16.2 pct. 5 și 6 contestate, autoritatea contractantă menționează că aceste clauze nu sunt excesive și nerezonabile, deoarece aprecierea reținerii sumelor nu este proprie ci este dictată prin rapoarte de control de către servicii sau organisme abilitate cu acest drept legal (audit financiar intern, Curtea de conturi).

Afirmația este cel puțin tendențioasă, deoarece sugerează complicitatea organismelor mai sus menționate în reținerea ilegală de la plată de către autoritatea contractantă a unor sume de altfel convenite prestatorului.

Nu este vorba despre un drept discreționar, așa cum afirmă contestatorul, aceștia intervin doar în anumite ipoteze precis definite.

Clauzele nu se modifică și nu se elimină.

Cu privire la clauza art. 14.4 alin. (2) contestată, autoritatea contractantă menționează condițiile în care se face verificarea serviciilor sunt prevăzute la nivelul caietului de sarcini:

-Art. 9.3.9.16 - verifica respectarea condițiilor tehnice de realizare a amestecului antiderapant

-Cap. 10, Verificări. Decontări

În nici un caz astfel de detalii tehnice nu se prevăd la nivel de clauză contractuală. Articolul 9.3.9.16 a fost introdus tocmai pentru a contracara o practică curentă a prestatorilor, aceea de a nu respecta concentrația de sare din materialul antiderapant folosit. Clauza incriminată (14.4) poate fi aplicată în cazul prelevării de probe din materialul antiderapant, și dispunerea unor analize de laborator pentru verificarea concentrației de sare. Dacă laboratorul constată că aceasta este sub cea prevăzută de normativ, toate costurile aferente prelevării și analizelor de laborator cad în sarcina prestatorului.

Clauza nu se elimină.

Cu privire la clauza art. 16.1 alin. (2) contestată, autoritatea contractantă menționează că, aceasta este greșit interpretată de contestator, care și în această situație își demonstrează incapacitatea de

a interpreta corect, în sensul lor real aspectele tehnice cuprinse în clauzele contractuale. Pe parcursul prestării serviciilor pot interveni anumite situații care pot fi clarificate de autoritatea contractantă doar prin solicitarea unor acte justificative. Astfel de situații pot fi:

- Simularea de către mecanicul de utilaj a intervenției de dezăpezire prin parcurgerea unui traseu cu lama ridicată, într-o treaptă de viteză superioară, fără a îndepărta zăpada și fără a împrăști antiderapant, în scopul de a economisi timp și carburant, fapt sesizat de martori către autoritatea contractantă.

- Prestarea serviciilor cu utilaje care nu au fost înregistrate de către autoritatea contractantă (nu aparțin prestatorului, sunt prestate cu un utilaj a cărui înlocuire nu are aprobarea autorității contractante) și care nu aparțin bazei de dezăpezire aferente sectorului de drum respectiv.

- orice alte aspecte tehnice care în urma verificărilor care pot duce la acceptarea sau refuzul la plată a anumitor prestații.

Având în vedere că toate comunicările se fac în scris, transmiterea prin mijloace electronice autoritatea contractantă asigurând o comunicare în timp util, are obligația de a solicita prestatorului documente justificative.

Clauza nu se elimină.

Cu privire la clauza art. 16.2 pct. 4 în sensul completării acesteia cu sintagma: "dacă modificarea nu este generată de modificări legislative conform art. 17.1", autoritatea contractantă menționează că, clauza 17.1 conține următoarele: „Prețurile oferite se pot modifica ca urmare a unor modificări legislative, a căror efect se reflectă în creșterea sau diminuarea costurilor pe baza cărora s-au fundamentat(CAS, fond șomaj,fond sănătate TVA, etc)".

Modificările legislative prevăzute la clauza 17.1 vizează modificări privind cote procentuale de impozitare care se raportează la manoperă. Modificarea TVA nu influențează oferta, prețul acesteia fiind exprimat în lei fără TVA. Clauza 16.2 se referă la faptul că nu este permisă modificarea prețurilor din ofertă în funcție de variațiile prețurilor practicate de furnizorii de la care contractantul se aprovizionează, aceste modificări de preț nu pot fi generate de modificările legislative conform art. 17.1.

Clauza nu se modifică.

Cu privire la clauzele de la art. 21.1 și art. 21.2 precum și prima parte a clauzei 21.3 care face referire la cauza de încetare de la art. 21.1, autoritatea contractantă menționează că, clauzele contestate corespund cu obiectul contractului.

Comentariile contestatoarei sunt simple speculații ce denotă neînțelegerea din partea constatatorului asupra caracterului specific al contractului, respectiv că dezăpezirea drumurilor județene reprezintă un serviciu public obligatoriu a fi prestat, care derivă din calitatea autorității contractante de administrator al rețelei de drumuri județene și nu este

supus voinței sale de a solicita sau nu serviciile. Prestarea acestor servicii are un caracter sezonier, nu se face la cererea autorității contractante și acoperă întreaga perioadă stabilită prin contract, prestatorul intervenind întotdeauna atunci când condițiile climatice specifice sezonului rece o cer.

Autoritatea contractantă solicită prestarea serviciilor de dezăpezire doar în situații extreme, atunci când fenomene meteorologice specifice iernii au loc în afara perioadei de dezăpezire stabilite în contract, în situația în care prestatorul în mod repetat nu își execută obligațiile contractuale, punând în pericol siguranța participanților la trafic, aplicarea clauzelor contractuale referitor la reziliere, așa cum au fost ele formulate în modelul de contract subsecvent. Având în vedere caracterul contractului, în situația executării dovedit necorespunzătoare a contractului reprezintă o situație de extremă urgență, autoritatea contractantă fiind obligată să recurgă la toate mijloacele legale pentru înlocuirea prestatorului în culpă, înlocuirea acestuia cu un alt operator economic. Pentru a putea asigura continuitatea serviciilor de dezăpezire, prima condiție este rezilierea acordului cadru și a contractului subsecvent aferent.

Dacă autoritatea contractantă ar aprecia că nu este nevoie de contractarea unor servicii, atunci nici nu ar mai parcurge prezenta procedură. Prin urmare, autoritatea contractantă are interesul, ba chiar mai mult, obligația de a presta anumite servicii publice, astfel nu-și poate permite ca în termen de 12 luni să întrerupă furnizarea acestor servicii.

Cu privire la clauzele de la art. 21.3 lit. a), b), g) și lit. k) din contractul subsecvent contestate, autoritatea contractantă, referitor la litera a), menționează că obligațiile ce revin prestatorului de servicii de dezăpezire sunt prevăzute în caietul de sarcini și au ca scop circulația pe drumurile județene în condiții de siguranță. În situația în care nerespectarea de către prestator a tuturor prevederilor normativului de specialitate, poate duce la pagube materiale, răni grave sau chiar decesul participanților la trafic, fără a fi specificate în mod special la nivel de documentație, toate aceste prevederi au un caracter esențial. A alege din toate prevederile caietului de sarcini care sunt mai „esențiale” (doar în scopul de a apăra prestatorul de o reziliere unilaterală în situația neexecutării contractului la parametri ceruți) reprezintă o decizie arbitrară, ce în situația de față nu are acoperire legală.

Sintagma Instrucțiunea motivată a achizitorului este echivalentă cu sintagma „conforme cu prevederile contractuale”. Această modalitate de încetare a contractului este justificată de principiul priorității interesului public, iar prevederile Codului civil se aplică doar în măsura în care sunt compatibile cu caracterele actelor/contractelor administrative.

Clauza nu se modifică.

Cu privire la clauza de la pct. 22, autoritatea contractantă menționează că această clauză din contract este foarte clară și are la bază articolele 164,167 și 167 din Legea 98/2016 privind achizițiile publice. Dacă în faza de desfășurare a licitației publice un ofertant este exclus dacă se încadrează la situațiile descrise la articolele mai sus menționate, este absolut logic ca după încheierea contractului, acesta să fie reziliat unilateral de autoritatea contractantă în situația în care se demonstrează încadrarea prestatorului

A afirma că „această clauză este incompatibilă cu intenția de a contracta a autorității contractante” și „maschează o denunțare unilaterală din partea Achizitorului” denotă o neînțelegere a esenței și caracterului contractului. Acest tip de contract trebuie desfășurat în mod obligatoriu conform normativelor și în condiții legale, serviciile de dezapezire a drumurilor județene fiind o obligație a autorității contractante. Un prestator care după încheierea contractului ajunge în una sau mai multe din situațiile descrise mai sus, reprezintă pentru autoritatea contractantă un risc real pentru executarea în condiții legale a contractului. Orice speculație a contestatorului privind clauza denotă cel puțin neînțelegerea caracterului contractului în cauză.

Această modalitate de încetare a contractului este justificată de principiul priorității interesului public, iar prevederile Codului civil se aplică doar în măsura în care sunt compatibile cu caracterele actelor/contractelor administrative.

Clauza nu se elimină.

Cu privire la clauza de la pct. 29.3, autoritatea contractantă menționează că această clauză se regăsește în modelul de contract subsecvent la Capitolul 29. Legea aplicabilă contractului. Este foarte clar că toate aceste încălcări ale prevederilor în vigoare se referă la legislația și normativele tehnice care guvernează contractul.

Este o propunere pur formală și nu de fond.

Clauza nu se modifică.

Cu privire la pct. 1.10 din caietul de sarcini contestat, autoritatea contractantă menționează că se subînțelege că este vorba de drumurile județene pentru care se încheie contractul/contractele de întreținere pe timp de iarnă. Acordul cadru este pe loturi, pentru fiecare lot fiind atașată o listă a drumurilor județene, anexă la caietul de sarcină. Astfel introducerea expresiei „ce face obiectul contractului” este inutilă, prevederea din caietul de sarcini nu este una generală ci se referă strict la drumurile din lista drumurilor aferente lotului/loturilor pentru care au fost încheiate Acorduri cadru și contractele subsecvente aferente.

Este o modificare pur formală, fără fond.

Nu se acceptă modificarea

Cu privire la pct. 1.13, teza a doua din caietul de sarcini contestat, autoritatea contractantă menționează că serviciile de întreținere a drumurilor publice reprezintă un serviciu public și deservește pe toți

participanții la traficul rutier. Este dreptul fiecărui cetățean interesat de a reclama deficiențele constatate, atât administratorului, cât și prestatorului. Pentru aceasta, datele de contact ale acestora trebuie să fie publice. Solicitarea de eliminarea a clauzei are scopul de a feri prestatorul de eventualele reclamații sosite din partea participanților la trafic. Chiar dacă nu se concesionează activitatea de administrator al drumului, ofertantul declarat câștigător prestează un serviciu public, astfel trebuie să suporte anumite consecințe.

Clauza nu se elimină.

Cu privire la pct. 5.10, din caietul de sarcini contestat, autoritatea contractantă menționează că potrivit articolului 8. Documentele contractului/litera b) Normativul privind prevenirea și combaterea înzăpezirii drumurilor publice" indicativ AND nr. 525- 2013, aprobat prin Ordinul nr. 2170 din 18.06.2013, emis de Ministerul Dezvoltării Regionale și Administrației Publice, publicat în Monitorul Oficial al României nr. 395 din 1 iulie 2013;" este parte a contractului.

Nerespectarea prevederilor referitoare la prestarea serviciilor de întreținere este echivalentă cu nerespectarea contractului. Este o modificare pur formală, fără fond.

Clauza nu se modifică.

Cu privire la pct. 5.12, din caietul de sarcini contestat, autoritatea contractantă menționează că sintagma din art 5.12 din caietul de sarcini „(...)ca urmare a neîndeplinirii sarcinilor contractuale" este sinonimă cu complectarea solicitată de contestator, respectiv „dacă acestea rezultă din nerespectarea contractului". Este o modificare pur formală, fără fond.

Clauza nu se modifică

Având în vedere cele prezentate anterior, autoritatea contractantă solicită respingerea contestației formulată de către SC MULTIPLAND SRL, ca nefondată, în temeiul art. 26, alin. (6) din Legea nr. 101/2016.

Analizând documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarele:

..., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura de licitație deschisă online privind atribuirea contractului având ca obiect „Întreținere curentă pe timp de iarnă a drumurilor județene din județul Harghita, în perioada 2021-2024". În acest sens a elaborat documentația de atribuire aferentă și a publicat în SEAP anunțul de participare nr. CN1033609/06.08.2021, valoarea estimată a procedurii fiind de 26.438.194,53 lei.

Ca urmare a publicării documentației de atribuire, a formulat contestație împotriva prevederilor acesteia SC ... SRL, criticând prevederile caietului de sarcini și ale modelului de contract.

După depunerea contestației, contestatoarea a depus dovada constituirii cauțiunii în valoare de 220.000 lei, prin recipisa de

consemnare nr. 207430524/1/17.08.2021, emisă de CEC Bank, Sucursala Miercurea Ciuc.

Cauțiunea constituită se va restitui contestatoarei, la cerere, nu mai devreme de 30 de zile de la data rămânerii definitivă a hotărârii, în temeiul art. 61¹ alin. (5), (6) și (7) din Legea nr. 101/2016, astfel cum a fost modificată și completată.

Pe fondul contestației, Consiliul reține că societatea contestatoare critică o serie de prevederi din modelul de contract, acestea urmând a fi analizate în cele ce urmează:

Contestatoarea consideră că documentația de atribuire solicită serviciu de permanență (a se vedea clauza 5.1 și 9.7 din contractul subsecvent și pct. 1.12, 5.14, 3.13 din caietul de sarcini), și totuși limitează plata staționării în bază la 8 ore/zi/utilaj, atât la pct. 5.1 din modelul de contract subsecvent, cât și la pct. 9.7.5 din caietul de sarcini: "Staționarea în bază se va plăti în limita a 8 ore/zi/utilaj".

Consiliul reține că atât prevederile contractuale, cât și prevederile caietului de sarcini obligă prestatorul să asigure permanent serviciul de staționare în perioada 15 noiembrie (an curent) – 15 martie (an următor), dar și să asigure, la fiecare bază de deszăpezire, un serviciu operativ cu caracter permanent, în scopul coordonării utilajelor și a echipelor de intervenție, cu un sistem informațional propriu (radio, telefon, telefon mobil, stații de emisie recepție), să cunoască în orice moment situația reală de pe teren, organizând în acest scop modalitatea considerată oportună de obținere a informațiilor din teren.

În condițiile date, deși dorește rezervarea permanentă a mașinilor în acest interval și existența unei infrastructuri la bază și în teren, dorește ca aceste servicii să fie plătite pentru un interval de 8 ore. Consiliul reține că pe lângă faptul că documentația de atribuire este dezechilibrată în defavoarea prestatorului, oricum nu îi aduce un avantaj autorității, în condițiile în care operatorii vor introduce valoarea serviciilor nedecontate pe celelalte tarife. În egală măsură, dezechilibrul contractual poate crea premisele imposibilității obiective a ofertantului de a duce la bun sfârșit contractul, aspect care va crea probleme atât autorității contractante și cetățenilor din unitatea administrativ-teritorială, dar și operatorului economic. Astfel, nu este de interes pentru niciuna dintre părți să subvalueze contractul, ci prețul trebuie să fie unul corect, întreaga legislație a achizițiilor bazându-se pe echilibrul contraprestațiilor, și nu pe spolierea prestatorilor.

Prin urmare, Consiliul reține că autoritatea contractantă trebuie să își adapteze modelul de contract astfel încât tariful de staționare să fie achitat corespunzător, pe toată perioada aferentă. Consiliul reține că astfel de contracte sunt semnate și de alte autorități, respectiv Compania Națională de Autostrăzi și Infrastructură Rutieră, aceasta decontând integral tariful de staționare.

În ceea ce privește clauza de la art. 6.3 din modelul de acord cadru, *"6.3 Promitentul-prestator se obligă să despăgubească promitentul-achizitor împotriva oricăror:*

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." se solicită anularea clauzei sau cel puțin modificarea în sensul că "dacă acestea rezultă din încălcarea contractului".

Consiliul reține că serviciile care urmează a se desfășura sunt unele de complexitate intelectuală scăzută, nu cuprind elemente de inovație, drepturi de autor sau altele asemenea. În ipoteza în care, *in extremis*, s-ar ivi o asemenea situație, este clar că regimul daunelor interese presupune existența unei vinovății din partea prestatorului, aceasta nelimitându-se la răspunderea contractuală, fiind inclusă și răspunderea delictuală, atât pentru fapta sa, cât și a prepușilor săi. Situația practică acoperită de clauza respectivă este atât de improbabilă într-un contract de dezăpezire, încât aceasta mai mult complică relațiile dintre părți decât să stabilească o conduită a părților. Prin urmare, Consiliul va admite critica și a dispune eliminarea clauzei respective.

În ceea ce privește clauza de la art. 9.4 din modelul de contract subsecvent, *"Prestatorul poartă toată răspunderea pe durata de îndeplinire a contractului, pentru eventualele accidente, pagube sau efecte negative ca urmare a nerespectării prevederilor din „Normativ privind prevenirea și combaterea înzăpezirii drumurilor publice" indicativ AND nr. 525- 2013, aprobat prin Ordinul nr. 2170 din 18.06.2013, emis de Ministerul Dezvoltării Regionale și Administrației Publice, publicat în Monitorul Oficial al României nr. 395 din 1 iulie 2013;"* se solicită modificarea clauzei în sensul adăugării următoarei precizări la finalul clauzei: "dacă acestea rezultă din nerespectarea contractului".

Consiliul va respinge respectiva critică, fiind relevante apărările autorității contractante potrivit căroră articolului la 8. Documentele contractului/litera b), este menționat Normativul privind prevenirea și combaterea înzăpezirii drumurilor publice indicativ AND nr. 525- 2013, aprobat prin Ordinul nr. 2170 din 18.06.2013, emis de Ministerul Dezvoltării Regionale și Administrației Publice, publicat în Monitorul Oficial al României nr. 395 din 1 iulie 2013, este parte a contractului. Astfel formularea clauzei de la art. 9.4 este corectă fiind în conformitate cu prevederile art. 8.1. Pe de altă parte, vinovăția într-un accident de circulație nu este cauzată doar de starea drumului, ci și de prudența participanților la trafic, clauza respectivă din modelul de contract urmând a fi interpretată în contextul întregii legislații.

Aceeași situație este reținută de Consiliu și în ceea ce privește clauza "9.10. Prestatorul va răspunde de orice prejudiciu creat drumului (definitiv potrivit art. 2 și 14-17 din OG nr. 43/1997, republicată și modificată) în executarea contractului, prin acțiunea sau inacțiunea sa, precum și pentru orice accidente, pagube, prejudicii cauzate terților de starea necorespunzătoare a drumurilor și neasigurarea condițiilor de circulație corespunzătoare, pe perioada de execuție a contractului."

În ceea ce privește clauza de la art. 9.8, "Auto-utilajele oferite proprii și închiriate pot fi înlocuite de către prestator doar cu acordul scris al beneficiarului", contestatoarea arată că autoritatea contractantă nu urmărește încheierea unui contract de furnizare utilaje, ci încheierea unui contract de prestări servicii, unde interesează capacitatea ofertantului de a folosi utilajele menționate de autoritatea contractantă astfel încât lucrările ce fac obiectul contractului să poată fi executate, fiind incompatibilă cu obiectul contractului, împiedicând birocratic executarea contractului, în situații precum defectarea utilajelor, blocajul acestora într-o anumită zonă, dauna totală a utilajului, necesitatea schimbării flotei etc.

Consiliul reține că respectiva clauză a fost introdusă cu scopul ca operatorii să nu fie puși pe perioada execuției contractului, în situația de a nu mai avea utilaje proprii desfășurării activității, respectiv să utilizeze utilajele folosite ca și dotare pentru dovedirea capacității tehnice în acest contract, pentru alte lucrări. Sub acest aspect, cerința este justificată. Pe de altă parte, contestatoarea aduce un argument pertinent, respectiv nevoia operatorului de dezăpezire de a acționa rapid, atunci când se defectează un utilaj. Astfel, dacă un asemenea eveniment are loc în week-end, de sărbători sau pe timpul nopții, situații cu grad mare de probabilitate, operatorul nu poate aștepta aprobarea, deoarece exact această situație poate conduce la nerespectarea contractului. Deci, autoritatea trebuie să echilibreze clauza, astfel încât operatorul să aibă posibilitatea înlocuirii rapide a utilajului defect, cu un utilaj cel puțin cu aceleași performanțe, urmând a aduce la cunoștința autorității evenimentul respectiv în cel mai scurt timp.

În ceea ce privește clauza 9.28 și 10.12, "9.28 Pentru asigurarea monitorizării serviciilor, Achizitorul poate dispune din resursele proprii instalarea de sisteme de monitorizare GPS pe utilajele de dezăpezire folosite (proprii și închiriate), prestatorul este obligat să permită montarea de către beneficiar a sistemelor de monitorizare prin sisteme GPS pentru utilajele angrenate în aceasta activitate și să permită publicarea datelor GPS (inclusiv numărul de înmatriculare a utilajului) în timp real pe site-ul propriu al Consiliului Județean Harghita."

"10.12 Achizitorul își rezervă dreptul de a monta sisteme de monitorizare GPS pe autovehiculele și utilajele angrenate în activitatea de dezăpezire.", contestatoarea consideră că Aceste clauze sunt

excesive raportat la obiectul contractului și la existența obligației de la art. 9.11:

"Utilajele de deszăpezire (proprie, în leasing și închiriate) vor fi dotate cu GPS (pentru monitorizare și evidența activității) și cu softul aferent, cu obligativitatea ca Beneficiarul să aibă acces la acesta, după cum urmează: Foaia de activitate zilnică;"

Astfel, contestatoarea arată că în măsura în care prestatorul are deja obligația să doteze utilajele cu GPS, dotarea cu un GPS suplimentar de către Achizitor este nejustificată, iar contractul de față nu are ca obiect promovarea eficienței administrației publice locale în fața populației pentru ca astfel de date să fie publicate pe site-ul CJ Harghita în timp real.

Consiliul reține că autoritatea contractantă a justificat pe deplin clauzele respectivă, arătând că se referă la situația când constată că utilajele implicate nu sunt dotate cu sistem GPS și dispune dotarea acestora cu un astfel de sistem pe perioada executării contractului, iar clauza 9.11 se referă la obligativitatea dotării tuturor utilajelor cu GPS, indiferent dacă acestea sunt instalate de prestator, de autoritatea contractantă sau în comun, prestatorul fiind doar obligat să asigure accesul autorității contractante la datele furnizate de GPS, că nicidecum nu este vorba de o dotare suplimentară cu echipament GPS, cum în mod eronat afirmă contestatorul. Această clauză mai are menirea și de a ridica gradul de transparență cu privire la deciziile autorității contractante. Fiind vorba despre un serviciu public, este și interesul cetățeanului să poată urmări îndeplinirea obligațiilor AC de a oferi servicii publice de calitate.

Consiliul reține că explicațiile autorității contractante sunt pertinente. Orice contract public trebuie derulat transparent, transparența nu poate fi cenzurată de Consiliu, ci dimpotrivă, doar lipsa transparenței este un motiv de cenzură. Prin urmare, faptul că informațiile referitoare la starea drumurilor sunt unele de interes pentru comunitate, și, în același timp, comunitatea poate sesiza autoritatea contractantă legat de îndeplinirea defectuoasă de către prestator a serviciilor respective. În măsura în care contestatoarea dorește să accedă la semnarea contractului, trebuie să își asume că prestarea unui serviciu de interes public presupune transparență deplină. Pe de altă parte, orice contract public are ca scop secundar promovarea eficienței administrației publice locale în fața populației, în condițiile în care serviciile publice se realizează pentru populație, aceasta fiind beneficiarul în fapt.

Prin urmare, critica respectivă va fi respinsă ca nefondată.

În ceea ce privește clauzele 10.10 și 16.2 pct 5 și 6, *"10.10 (1) Prestatorul este răspunzător de corectitudinea și exactitatea datelor înscrise în documentele depuse în vederea decontării și se obligă să restituie, atât sumele încasate în plus, cât și foloasele necuvenite*

aferente acestora, constatate de organe de control financiar intern, sau de alte organe de control abilitate prin lege.

(2) Sumele achitate în plus și foloasele necuvenite se vor recupera prin reținere din orice alte sume datorate prestatorului, sau prin depunerea sumelor de către prestator în contul achizitorului, în termen de maxim 15 zile de la data constatării și înștiințării lui."

"16.2 Plăți (...)

5. Prestatorul este răspunzător de corectitudinea și exactitatea datelor înscrise în facturi și se obligă să restituie atât sumele încasate în plus cât și foloasele realizate necuvenit, aferente acestora. Sumele încasate în plus, cât și foloasele necuvenite aferente acestora (pe perioada de la încasare până la constatarea lor) se vor stabili în urma verificărilor executate de organele de control financiar intern ale achizitorului sau de alte organe abilitate de lege.

6. Sumele determinate se vor recupera astfel:

6.1. Sumele achitate în plus și foloasele necuvenite se vor recupera prin reținere din orice alte sume datorate prestatorului.

6.2. În imposibilitatea compensării, prestatorul se obligă să restituie sumele datorate în termen de 15 zile de la data constatării și înștiințării lui, achitarea efectuându-se prin mijloace de plată obișnuite, în contul achizitorului", Consiliul reține că societatea contestatoare susține caracterul abuziv al respectivelor clauze, că ar fi excesive și nerezonabile pentru că dau un drept discreționar beneficiarului de a reține sume în baza unei aprecieri proprii și subiective privind caracterul de sume "încasate în plus" sau "necuvenit".

Consiliul reține că în general, situațiile de lucrări se avizează de beneficiar potrivit prevederilor contractuale, la anumite intervale de timp, respectiv lunar, bilunar etc, așa cum părțile stabilesc în contact. În cazul acestui contract, la art. 13 sunt prevăzute activitățile de verificare de către responsabilul de contract. Astfel, potrivit acestui articol, prestatorul prezintă raport de activitate zilnică, foaie de activitate zilnică, listată din aplicația on-line, bonuri de consum zilnice pentru materiale antiderapante, jurnal de activitate pe timp de iarnă, acceptat și vizat de responsabilul de contract, centralizator pe drum județean, centralizator pe lot.

Plata se face lunar, aspect care presupune că toate documentele avizate zilnic de responsabilul de contract se centralizează și se depune lunar.

Contestatoarea critică mecanismul de compensare a sumelor plătite necuvenit, precizând că ar fi vorba de o executare silită fără titlu. În realitate, aceste clauze privesc erori de centralizare, respectiv introducerea greșită a unor date, cum ar fi: introducerea acelorași documente de mai multe ori în decontare, respectiv pe același drum județean sau pe mai multe drumuri, inexistența unor bonuri pentru materialele antiderapante sau decontarea unor sume mai mari decât

documentele justificative, orice altă situație care poate să apară din eroare sau din culpă, situație care atrage compensarea sumelor plătite în plus. Obligația facturării oneste este una generală, subînțeleasă în orice raport contractual, compensarea activului cu pasivul realizându-se în mod uzual.

Cu toate acestea, mecanismul stabilit în contract poate crea aparența unui abuz de putere, refuzul la plată a unor astfel de situații de lucrări și facturi încărcate trebuind justificate către emitentul lor. Prin urmare, înainte de a compensa sumele respective, autoritatea contractantă trebuie să aducă la cunoștința operatorului erorile constatate, astfel încât și acesta să aibă posibilitatea verificării propriilor situații. Bugetul public nu este un loc din care anumiți operatori să se îndestuleze fără a presta ceea ce susțin că au prestat, iar autoritatea contractantă, ca și orice particular, se poate opune solicitării unor sume excesive, plătind în limita actelor doveditoare. Astfel, faptul că s-a emis și s-a achitat o anumită factură, iar ulterior se constată că există sume dublate în conținutul său, nu echivalează cu faptul că autoritatea, acceptând suma, nu mai are dreptul să o conteste ulterior. Similar, orice particular are dreptul să conteste orice factură, fie de utilități sau orice alt serviciu, având dreptul să plătească, până la finalizarea verificărilor, doar ceea ce consideră a fi corect. Aceasta este și situația reglementată de respectivele articole, cu mențiunea că autoritatea contractantă trebuie să aducă la cunoștința operatorului situația care a generat reținerea sumei respective, astfel încât părțile să încerce medierea conflictului, pentru ca apoi, în situația în care nu ajung la înțelegere, să soluționeze litigiul în instanță. Practica este aceea că cel ce pretinde sume în plus merge la instanță, în calitate de reclamant, și nu invers.

Trebuie ținut seama că autoritatea contractantă este o autoritate publică, obligată la cheltuirea prudentă și diligentă a fondurilor publice, nefiind legală decontarea unor sume necuvenite, în condițiile în care are cunoștință de încărcarea facturilor de către prestator. Contractul a cărui atribuire se urmărește este unul de drept public, fondurile angajate sunt unele de asemenea, publice, bugetare, fiind aplicabile dispozițiile legale în această materie, respectiv Legea nr. 273/2006 din 29 iunie 2006 privind finanțele publice locale, care stabilește următoarele:

-art. 2 Definiții

2. angajament bugetar - actul prin care o autoritate publică competentă, potrivit legii, afectează fonduri publice unei anumite destinații, în limita creditelor bugetare aprobate;

3. angajament legal - faza din procesul execuției bugetare, reprezentând orice act juridic din care rezultă sau ar putea rezulta o obligație pe seama fondurilor publice;

41. lichidarea cheltuielilor - faza din procesul execuției bugetare, în care se verifică existența angajamentelor, se determină sau se verifică realitatea sumei datorate, se verifică condițiile de exigibilitate a

angajamentului, pe baza documentelor justificative care să ateste operațiunile respective;

43. ordonanțarea cheltuielilor - faza din procesul execuției bugetare, în care se confirmă că livrările de bunuri și servicii au fost efectuate sau alte creanțe au fost verificate și că plata poate fi realizată;

44. plata cheltuielilor - faza din procesul execuției bugetare, reprezentând actul final prin care instituția publică achită obligațiile sale față de terți;

-art. 14 (3) **Nicio cheltuială nu poate fi înscrisă în bugetele prevăzute la art. 1 alin. (2) și nici nu poate fi angajată și efectuată din aceste bugete, dacă nu există baza legală pentru respectiva cheltuială.**

-art. 20 Rolul, competențele și responsabilitățile autorităților administrației publice locale

(1) Autoritățile administrației publice locale au următoarele competențe și responsabilități în ceea ce privește finanțele publice locale:

d) **stabilirea și urmărirea modului de prestare a activităților din domeniul serviciilor publice de interes local**, inclusiv opțiunea trecerii sau nu a acestor servicii în răspunderea unor operatori economici specializați ori servicii publice de interes local, urmărindu-se eficientizarea acestora în beneficiul colectivităților locale;

e) administrarea eficientă a bunurilor din proprietatea publică și privată a unităților administrativ-teritoriale;

h) **administrarea fondurilor publice locale pe parcursul execuției bugetare, în condiții de eficiență”.**

Deci, instituția publică nu poate fi obligată să plătească niște sume necuvenite, ci dimpotrivă, legislația specifică o obligă să le compenseze.

Aceste clauze nu pun în discuție discriminarea, tratamentul egal, egalitatea armelor, așa cum greșit susține contestatoarea, ci presupune asumarea și îndeplinirea funcției publice a oricărei autorități locale. Fiind vorba de un contract administrativ, părțile nu vor fi niciodată pe poziții de egalitate. În acest sens, prezintă relevanță dispozițiile art. 2 din Legea nr. 554/2004 privind contenciosul administrativ, care stabilesc următoarele:

„b) autoritate publică - orice organ de stat sau al unităților administrativ-teritoriale **care acționează, în regim de putere publică**, pentru satisfacerea unui interes legitim public; sunt asimilate autorităților publice, în sensul prezentei legi, persoanele juridice de drept privat care, potrivit legii, au obținut statut de utilitate publică sau sunt autorizate să presteze un serviciu public, în regim de putere publică;

c) act administrativ - actul unilateral **cu caracter individual** sau normativ **emis de o autoritate publică, în regim de putere publică**,

în vederea organizării executării legii sau a executării în concret a legii, care dă naștere, modifică sau stinge raporturi juridice;".

c¹) **sunt asimilate actelor administrative, în sensul prezentei legi, și contractele încheiate de autoritățile publice care au ca obiect punerea în valoare a bunurilor proprietate publică, executarea lucrărilor de interes public, prestarea serviciilor publice, achizițiile publice**; prin legi speciale pot fi prevăzute și alte categorii de contracte administrative".

Prin urmare, Consiliul va admite în parte critica, urmând a dispune completarea clauzei 16.2 cu obligația de înștiințare a prestatorului înainte de a compensa sumele datorate de autoritatea publică cu cele plătite în plus, astfel încât acesta să aibă dreptul de a le verifica și contesta, în concordanță cu prevederile art. 10.10 alin. (2) din modelul de contract subsecvent.

În ceea ce privește Clauza art. 14.4 alin. (2), *"Prestatorul are obligația de a asigura instrumentele, utilajele și materialele necesare pentru verificarea serviciilor. Costul verificărilor, inclusiv manopera aferentă acestora, revin prestatorului"*, contestatoarea apreciază clauza drept excesivă, că trebuie eliminată, pentru că nu stabilește ce presupune "verificarea serviciilor", iar ofertanții nu pot estima costurile pe care această obligație le poate genera, costurile pentru "a asigura instrumentele, utilajele și materialele necesare pentru verificarea serviciilor" și în plus, clauza nu are contraprestație din partea Achizitorului, impunându-se suportarea unor costuri, fără contraprestație, încălcându-se caracterul oneros al contractului de achiziție publică.

Consiliul reține că obligația de verificare a calității tuturor serviciilor și tuturor lucrărilor aparține prestatorului. În general, aceste cheltuieli cu verificarea de calitate intră în cheltuielile generale ale întreprinderii, clauza în sine reglementând că pentru verificarea de calitate nu se percepe o anumită decontare, aspect unanim acceptat în practica achizițiilor, obligația implementării unui sistem propriu de verificare a calității fiind solicitată în documentațiile de atribuire, fără, însă, a exista în devize poziții separate de decontare.

În ceea ce privește Clauza art. 16.1 alin. (2), *"Prestatorul va prezenta orice alt document justificativ referitor la serviciile prestate solicitat de către achizitor."*, contestatoarea arată că documentele necesare sunt stabilite de anexa 1 la contractul subsecvent, conform alin. (1) al art. 16.1., că prezentarea oricărui alt "document justificativ" este o obligație neclară, netransparentă, clauza fiind nelegală. Consiliul reține că interpretarea dată de contestatoare este forțată, că orice contract se interpretează în sensul de a produce efecte că în practica uzuală, în funcție de situația de fapt, pot oricând să apară situații care nu au fost prevăzute de părți, care să genereze un anumit probatoriu, în afara celui stabilit. Pe de altă parte, și anexa 1 invocată de contestatoare

are în conținutul său la pct. 1.3. „Alte documente”, cum ar fi, de pildă, documente de achiziție ale materialelor, documente de calitate, Acorduri tehnice, instrucțiuni de aplicare, condiții de depozitare etc. Este clar că prezentarea oricărui alt "document justificativ" se referă la decontarea în sine, fiind cert că nu se va solicita ceva absurd, ci un document relevant sub acest aspect. Astfel, dacă în ofertă s-a prezentat un anumit produs pentru combaterea poleiului, autoritatea contractantă are dreptul să solicite documente de proveniență din care să rezulte dacă operatorul își respectă sau nu contractul. Consiliul nu găsește niciun motiv pentru care să anuleze respectiva clauză, fiind imposibil de enumerat într-o anexă toate documentele justificative ce pot să apară pe parcursul execuției contractului. Prin urmare, Consiliul va respinge critica respectivă ca nefondată.

Cu privire la clauza art. 16.2 pct. 4, *"Pe parcursul execuției contractului nu este permisă modificarea prețurilor din ofertă în funcție de variațiile prețurilor practicate de furnizorii de la care contractantul se aprovizionează. Din punct de vedere al documentelor justificative necesare pentru efectuarea plăților se consideră suficiente facturile emise de contractant, a căror valoare trebuie să corespundă cu valoarea ofertată inițial sau, după caz, cu valoarea ofertată actualizată conform prevederilor documentelor de achiziție inițiale și contractului"*, contestatoarea solicită completarea acesteia cu sintagma "dacă modificarea nu este generată de modificări legislative conform art. 17.1"

Autoritatea contractantă arată că modificările legislative prevăzute la clauza 17.1 vizează modificări privind cote procentuale de impozitare care se raportează la manoperă, Clauza 16.2 se referă la faptul că nu este permisă modificarea prețurilor din ofertă în funcție de variațiile prețurilor practicate de furnizorii de la care contractantul se aprovizionează, aceste modificări de preț nu pot fi generate de modificările legislative conform art. 17.1, în condițiile în care modificarea TVA nu influențează oferta, prețul acesteia fiind exprimat în lei fără TVA.

Consiliul reține că există și prețuri la furnizor care se modifică prin lege, cum ar fi acciza la combustibili, materie primă de bază în acest tip de contract. Prin urmare, solicitarea contestatoarei este una justificată, motiv pentru care critica va fi admisă.

Cu privire la clauzele 21.1, 21.2, precum și prima parte a clauzei 21.3 care face referire la cauza de încetare de la art. 21.1 *"21.1 Prezentul contract va înceta automat dacă nu a generat nici o plată într-o perioadă de 12 luni de la semnarea sa de către părți. Încetarea va opera de plin drept, fără necesitatea vreunei formalități sau intervenția autorităților sau a instanței de judecată."*

21.2 Încetarea prezentului contract de servicii în condițiile art. 21.1 nu va produce niciun fel de efecte asupra altor drepturi ale achizitorului și prestatorului dobândite în baza prezentului contract."

Consiliul reține caracterul pur potestativ al clauzelor de mai sus, în condițiile în care dă posibilitatea să nu îl pună în aplicare. În condițiile în care, calendaristic, iarna vine în fiecare an, fie că este zăpadă sau polei sau nu, chiar și pentru perioada de staționare datorând operatorului sumele convenite, este imposibil să nu genereze o plată, singura situație fiind neaplicarea lui de către autoritatea contractant. Astfel, în măsura în care aceasta unilateral nu dorește să deruleze contractul respectiv, nu va pune la dispoziție amplasamentul, astfel că nu vor fi datorate sume în baza lui. Prin urmare, Consiliul reține că respectivele clauze nu își au sensul într-un contract sinalagmatic, în care fiecare dintre părți are obligații și sarcini. Prin urmare, Consiliul va dispune înlăturarea lor.

În ceea ce privește clauzele 21.3 lit. a), b), g) și lit. k) din contractul subsecvent:

"21.3 - Suplimentar față de cauza de încetare definită la art. 21.1 Achizitorul are dreptul să considere contractul reziliat de plin drept fără nici o altă formalitate și fără nici o altă procedură judiciară sau extrajudiciară în oricare dintre situațiile următoare, dar nelimitându-se la acestea:

a) prestatorul nu execută contractul în conformitate cu obligațiile asumate, abandonează serviciile sau nu respectă instrucțiunile motivate ale achizitorului;

b) prestatorul refuză sau omite să aducă la îndeplinire dispozițiile emise de către achizitor sau de către reprezentantul său autorizat;

(...)

g) are loc orice modificare organizațională care implică o schimbare cu privire la personalitatea juridică, natura sau controlul prestatorului, cu excepția situației în care asemenea modificări sunt înregistrate într-un act adițional la prezentul contract; (...)

k) apariția unor circumstanțe care nu au putut fi prevăzute la data încheierii contractului și care conduc la modificarea clauzelor contractuale în așa măsură încât îndeplinirea contractului respectiv ar fi contrară interesului public", contestatoarea prezintă apărări punctuale pe fiecare literă, acestea urmând a fi analizate de Consiliu:

Cu privire la lit. a), contestatoarea solicită modificarea în sensul următor: "a) prestatorul nu execută contractul în conformitate cu obligațiile esențiale asumate, abandonează serviciile sau nu respectă instrucțiunile motivate ale achizitorului, dacă acestea corespund obligațiilor din contract". Consiliul reține că propunerea de modificare nu intervine drastic în varianta inițială, cea mai importantă fiind aceea că rezilierea intervine pentru obligațiile „esențiale”, aspect rezonabil. În ceea ce privește ultima parte a modificării, „dacă acestea corespund obligațiilor din contract”, Consiliul stabilește că această ipoteză este subînțeleasă, în condițiile în care vorbim de neîndeplinirea obligațiilor contractuale. Prin urmare, societatea contractantă a justificat pertinent doar în ceea ce privește caracterul relevant al obligațiilor încălcate, nu și

al celor de mică însemnătate, relevant fiind, sub acest aspect, art. 1551 Cod civil: "Creditorul nu are dreptul la rezoluțiune atunci când neexecutarea este de mică însemnătate". Astfel, articolul respectiv nu se referă la obligații esențiale sau neesențiale, ci după cum sunt de mică sau de mare însemnătate. Astfel, de pildă, dacă prestatorul atrage reclamații în mod uzual din partea riveranilor, chiar dacă clauza referitoare la confortul riveranilor pare na neesențială, în fond, ea este importantă, serviciile realizându-se pentru confortul acestora. Una este situația în care prestatorul blochează cu utilaje o stradă în mod accidental, alta este dacă acesta este, în genere, neglijent și nu ridică zăpada la timp, îngreunând accesul riveranilor. Modul în care autoritatea a gândit obligațiile prestatorului conduce la concluzia că toate sunt esențiale, iar introducerea unui astfel de termen, respectiv obligație esențială sau neesențială este de natură a îngreuna aplicarea și executarea contractului. Prin urmare, Consiliul reține că terminologia este mai adecvată, fiind necesară adăugarea frazei din codul civil: "autoritatea contractantă nu are dreptul la rezoluțiune atunci când neexecutarea este de mică însemnătate".

În ceea ce privește incidența art. 1553 Cod civil: "*Pactul comisoriu produce efecte dacă prevede, în mod expres, obligațiile a căror neexecutare atrage rezoluțiunea sau rezilierea de drept a contractului.*", Consiliul reține că ipoteza din speță este una clară, în sensul că neîndeplinirea oricăror obligații, de altfel, rezultate din normative și prevederi legale obligatorii, conduce la rezilierea contractului, dacă din conținutul său nu rezultă altceva. Prin urmare, nu este necesară detalierea clauzelor care conduc la reziliere și a celor care nu atrag această sancțiune, aplicarea normativelor și dispozițiilor legale aferente nefiind facultativă.

Cu privire la lit. b), contestatoarea solicită modificarea clauzei în sensul adăugării la finalul clauzei a următoarei precizări: "*dacă acestea corespund obligațiilor din contract*". Consiliul va respinge respectiva critică, nefiind necesară completarea modelului de contract, din moment ce întregul text are în vedere nerespectarea obligațiilor contractuale, fiind, astfel, subînțeleasă.

Cu privire la lit. g) și k), Consiliul reține ca temeinice motivațiile contestatoarei, precum și lipsa oricărei motivări din partea autorității contractante, schimbarea acționariatului unei firme fiind un eveniment uzual în viața comercială, societatea fiind obligată să își onoreze obligațiile și în acest context. Clauza de la lit. k, aceasta are în vedere impreviziunea, prevăzută la art. 1271 cod civil, conform căruia:

„(1) Părțile sunt ținute să își execute obligațiile, chiar dacă executarea lor a devenit mai oneroasă, fie datorită creșterii costurilor executării propriei obligații, fie datorită scăderii valorii contraprestației.

(2) Cu toate acestea, dacă executarea contractului a devenit excesiv de oneroasă datorită unei schimbări excepționale a împrejurărilor

care ar face vădit injustă obligarea debitorului la executarea obligației, instanța poate să dispună:

a) adaptarea contractului, pentru a distribui în mod echitabil între părți pierderile și beneficiile ce rezultă din schimbarea împrejurărilor;

b) încetarea contractului, la momentul și în condițiile pe care le stabilește.

(3) Dispozițiile alin. (2) sunt aplicabile numai dacă:

a) schimbarea împrejurărilor a intervenit după încheierea contractului;

b) schimbarea împrejurărilor, precum și întinderea acesteia nu au fost și nici nu puteau fi avute în vedere de către debitor, în mod rezonabil, în momentul încheierii contractului;

c) debitorul nu și-a asumat riscul schimbării împrejurărilor și nici nu putea fi în mod rezonabil considerat că și-ar fi asumat acest risc;

d) debitorul a încercat, într-un termen rezonabil și cu bună-credință, negocierea adaptării rezonabile și echitabile a contractului.

Deci, într-o atare situație în care interesul public ar fi vătămat, nu operează rezilierea de drept, ci autoritatea trebuie să solicite reechilibrarea prestațiilor. De altfel, o atare ipoteză rezultă și din dispozițiile art. 1 alin. (6) din Legea nr. 554/2004 a contenciosului administrativ, în realitate, nefiind vorba de o reziliere, neexistând culpa prestatorului, ci de o revocare a unui contract intrat în circuitul civil, care poate fi realizată doar de instanță. Prin urmare, Consiliul admite criticile referitoare la lit. g) și k), urmând a fi eliminate.

În ceea ce privește Clauza 22, "22. *Denunțarea unilaterală a contractului de către autoritatea contractantă*

(1) *Achizitorul își rezervă dreptul de a denunța unilateral contractul, printr-o notificare scrisă adresată prestatorului cu cel puțin 30 de zile înainte de momentul la care achizitorul dorește să înceteze contractul, fără nicio compensație, fără nicio formalitate și fără nicio altă procedură judiciară sau extrajudiciară. În acest caz, prestatorul are dreptul de a pretinde numai plata corespunzătoare pentru partea din contract îndeplinită până la data la care are loc încetarea efectivă a contractului, ca urmare a denunțării unilaterale a acestuia de către achizitor.*

(2) *Autoritatea contractantă are dreptul de a denunța unilateral contractul de servicii în perioada de valabilitate a acestuia în una dintre următoarele situații:*

a) *contractantul se află, la momentul atribuirii contractului, în una dintre situațiile care ar fi determinat excluderea sa din procedura de atribuire potrivit art. 164 -167;*

b) *contractul nu ar fi trebuit să fie atribuit contractantului respectiv, având în vedere o încălcare gravă a obligațiilor care rezultă din legislația europeană relevantă și care a fost constatată printr-o decizie a Curții de Justiție a Uniunii Europene.", contestatoarea apreciază*

clauzele ca fiind incompatibile cu intenția de a contracta a autorității contractante și cu caracterul ferm al ofertei de a contracta exprimate prin publicarea documentației de atribuire, mascând o denunțare unilaterală din partea Achizitorului.

Consiliul reține că respectivele clauze au în vedere situația în care operatorul se afla în situațiile de la art. 164 -167 (motivele de excludere) la momentul atribuirii contractului, respectiv situațiile aferente nu ar fi fost cunoscute de autoritatea contractantă. Deci, în situația în care operatorul se află la momentul completării DUAЕ sau până la momentul atribuirii contractului, în situații care atrag excluderea sa de la procedură, iar acest lucru nu a fost cunoscut de autoritatea contractantă, contractul poate fi reziliat. Astfel, termenii sunt foarte clari, textul vorbind de imposibilitatea atribuirii contractului către acest ofertant. Prin urmare, dacă prin fals, ofertantul nu aduce la cunoștința autorității contractante situații care ar fi atras excluderea sa din procedură, contractul poate fi denunțat unilateral.

Consiliul reține că respectivele critici sunt nefondate, urmând a fi respinse.

În ceea ce privește clauza de la pct. 29.3, *"Prestatorul va despăgubi achizitorul în cazul oricăror pretenții și acțiuni în justiție rezultate din orice încălcări ale prevederilor în vigoare de către acesta, personalul său, salariat sau contractat de acesta, inclusiv conducerea sa, subordonații acestuia, precum și salariații din teritoriu"*, Consiliul reține că ea este una uzuală, întemeiată pe art. 1373 din codul civil: Răspunderea comitenților pentru prepuși „(1) Comitentul este obligat să repare prejudiciul cauzat de prepușii săi ori de câte ori fapta săvârșită de aceștia are legătură cu atribuțiile sau cu scopul funcțiilor încredințate.

(2) Este comitent cel care, în virtutea unui contract sau în temeiul legii, exercită direcția, supravegherea și controlul asupra celui care îndeplinește anumite funcții sau însărcinări în interesul său ori al altuia.

(3) Comitentul nu răspunde dacă dovedește că victima cunoștea sau, după împrejurări, putea să cunoască, la data săvârșirii faptei prejudiciabile, că prepusul a acționat fără nicio legătură cu atribuțiile sau cu scopul funcțiilor încredințate”.

Prin urmare, clauza are temei legal, criticile urmează a fi respinse.

În ceea ce privește criticile referitoare la cerințele din caietul de sarcini, respectiv pct. 1.10: *"Prestatorul poartă răspunderea, pe toată durata Acordului-cadru de buna desfășurare a activității de prevenire și combaterea poleiului și înzăpezirii drumurilor județene pe toată rețeaua de drumuri județene, fiind direct răspunzător pentru eventualele accidente sau pagube produse."* se solicită modificarea cerinței după cum urmează: *"Prestatorul poartă răspunderea, pe toată durata Acordului-cadru de buna desfășurare a activității de prevenire și combaterea poleiului și înzăpezirii drumurilor județene pe rețeaua de drumuri județene **ce face obiectul contractului**, fiind direct răspunzător pentru*

*eventualele accidente sau pagube produse, **dacă acestea au rezultat din nerespectarea contractului.***"

Consiliul reține ca relevantă susținerea autorității contractante conform căreia modificarea ar fi pur formală, fiind clar că răspunderea pentru combaterea poleiului și înzăpezirii se referă la drumurile ce formează obiectul contractului, și nu alte drumuri. Totodată, răspunderea despre care se discută în articolul respectiv se referă la neexecutarea contractului, înțelegându-se exact acest lucru.

În ceea ce privește pct. 1.13, teza a doua: *"Datele de contact ale bazei de dezăpezire/Dispecerat a Prestatorului, respectiv nr. de telefon, email, fax vor fi considerate date publice și vor fi publicate fără restricții pe pagina de internet a Beneficiarului, la dispoziția oricăror persoane interesate"*, se solicită anularea clauzei, contestatoarea consideră clauza nerezonabilă raportat la obiectul contractului, în contextul în care activitatea prestatorului este limitată la prevederile contractului (nu se concesionează activitatea de administrator al drumului aparținând Achizitorului), nu este rezonabilă extinderea activității prestatorului și la lucrul cu populația din zonă, că o asemenea activitate nu are contraprestație în documentația de atribuire, astfel că această clauză trebuie anulată, neavând echivalent în tarife.

Consiliul reține că respectiva clauză este una obișnuită în astfel de contracte. Prin urmare, dacă un operator dorește să acceadă la astfel de contracte, trebuie să asigure un dispecerat public, unde să primească sesizările. De altfel, tocmai contestatoarea se plânge, în repetate rânduri, de birocrație, respectiv solicitarea acordului autorității contractante pentru schimbarea utilajelor. Și în cazul de față, mijlocirea autorității contractante ar fi un impediment birocratic în realizarea serviciilor. Consiliul reține că nu poate fi considerată relevantă nici susținerea referitoare la lipsa contraprestației. Astfel, în contract sunt prevăzute tarife pentru anumite activități, fără a fi prevăzute tarife auxiliare pentru activitățile ce concură la serviciile prestate, cum ar fi anumite reparații ale utilajelor, elaborarea unor documente de decont etc. Diversele cheltuieli care concură la realizarea activităților principale se includ ori în tarife, ori în cheltuielile indirecte, dacă nu pot fi atașate unui tarif. Și în cazul dispeceratului, operatorii economici au libertatea includerii acestuia în costurile aferente contractului, nefiind necesară existența unui tarif distinct pentru acest lucru, critica urmând a fi respinsă. Consiliul mai reține că există 8 tarife distincte, toate pentru activitățile generale ale contractului, nu și pentru cele care concură la realizarea lor.

În ceea ce privește pct. 5.10 din caietul de sarcini, *"Prestatorul poartă întreaga răspundere pentru eventualele accidente, pagube sau efecte negative ca urmare a nerespectării prevederilor din: "Normativul privind prevenirea și combaterea înzăpezirii drumurilor publice", indicativ AND 525-2013"* se solicită modificarea clauzei în sensul adăugării

următoarei precizări la finalul acesteia: "dacă acestea rezultă din nerespectarea contractului", Consiliul a analizat respectiva clauză și în ceea ce privește art. 9.4 din modelul de contract subsecvent, fiind respinsă, soluția și motivele fiind aceleași.

Consiliul reține aceleași concluzii și în ceea ce privește pct. 5.12 din caietul de sarcini, "*Prestatorul va răspunde de orice prejudiciu creat drumului, în executarea contractului, prin acțiunea sa, precum și de eventualele accidente produse ca urmare a neîndeplinirii sarcinilor contractuale*", în legătură cu care se solicită modificarea clauzei în sensul adăugării următoarei precizări la finalul acesteia "dacă acestea rezultă din nerespectarea contractului".

În consecință, luând în considerare cele mai sus menționate, în temeiul art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite, în parte, contestația formulată de ... SRL, în contradictoriu cu ..., respectiv va dispune modificarea modelului de contract subsecvent după cum urmează:

- eliminarea clauza 6.3 din modelul de acord cadru
- eliminarea clauzele 21.1, 21.2 din modelul de contract subsecvent
- eliminarea clauzele 21.3 lit. g) și lit. k) din contractul subsecvent
- completarea clauzei 9.8 din modelul de contract subsecvent, cu posibilitatea înlocuirii utilajului defect cu obligația informării ulterioare a autorității contractate.
- completarea clauzei 16.2 din modelul de contract subsecvent cu obligația de înștiințare a prestatorului înainte de a compensa sumele datorate de autoritatea publică cu cele plătite în plus către prestator;
- completarea clauzei 16.2 pct. 4, cu sintagma "dacă modificarea nu este generată de modificări legislative conform art. 17.1"

În temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge, ca nefondate, celelalte critici din contestația formulată de SC ...SRL, în contradictoriu cu

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

În ceea ce privește, însă, cheltuielile de judecată, Consiliul va respinge această cerere, la dosar nefiind depuse dovezi în acest sens.

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

CONSILIUL DECIDE:

În temeiul art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, admite, în parte, contestația formulată de SC ... SRL, în contradictoriu ..., respectiv va dispune modificarea modelului de contract subsecvent după cum urmează:

- eliminarea clauza 6.3 din modelul de acord cadru
- eliminarea clauzele 21.1, 21.2 din modelul de contract subsecvent
- eliminarea clauzele 21.3 lit. g) și lit. k) din contractul subsecvent
- completarea clauzei 9.8 din modelul de contrat subsecvent, cu posibilitatea înlocuirii utilajului defect cu obligația informării ulterioare a autorității contractate.

- completarea clauzei 16.2 din modelul de contract subsecvent cu obligația de înștiințare a prestatorului înainte de a compensa sumele datorate de autoritatea publică cu cele plătite în plus către prestator;

- completarea clauzei 16.2 pct. 4, cu sintagma "dacă modificarea nu este generată de modificări legislative conform art. 17.1"

În temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, respinge, ca nefondate, celelalte critici din contestația formulată de SC ... SRL, în contradictoriu cu

Respinge capătul de cerere referitor la obligarea autorității contractante la cheltuieli de judecată ca nedovedit.

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

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

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

.....

Redactată în 4 (patru) exemplare, conține 42 (patruzeci și două) pagini.