



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C. N. S. C.

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

În conformitate cu prevederile art. 12 alin. (1) și ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr. ...

Data: ...

Prin contestația înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 13836/19.03.2021, depusă de către SC ...SRL, cu sediul în ..., având număr de înregistrare la Oficiul Registrului Comerțului ... și Cod Unic de Înregistrare ... reprezentată convențional prin SCA ... cu sediul în ..., formulată împotriva procedurii de licitație deschisă online privind atribuirea acordului - cadru având ca obiect „Întreținere curentă și periodică pe timp de vară pe drumurile județene – județul Harghita, pentru perioada 2021-2022” – loturile 4, 5, 6, organizată de către ... cu sediul în ..., în calitate de autoritate contractantă, s-a solicitat:

- **în principal**, în temeiul art. 26 alin. (2) lit. a) din Legea nr. 101/2016, anularea clauzei de la art. 10.6 pct. 24 din modelul de contract subsecvent de lucrări;

- **în subsidiar**, în temeiul art. 26 alin. (2) lit. b) din Legea nr. 101/2016, obligarea autorității contractante să elimine clauza contestată și să publice în SEAP o variantă a modelului de contract subsecvent de lucrări având eliminată această clauză; precum și

- prelungirea termenul de depunere a ofertelor, pentru a fi respectate principiile și prevederile Legii nr. 98/2016 (inclusiv prevederile art. 153 și art. 161);

- **în principal**, în temeiul art. 26 alin. (2) lit. a) din Legea nr. 101/2016, anularea clauzelor:

- art. 4.6 din modelul acordului cadru,
- art. 10.1 pct. 1 și 6 din modelul contractului subsecvent,
- art. 10.4 din modelul contractului subsecvent,
- art. 10.5 pct. 1, 2 și 5 din modelul contractului subsecvent,
- art. 10.6 pct. 2, 3, 8, 15 alin. (3) și 20 din modelul contractului subsecvent:

- art. 15.1 alin. (2) din modelul de contract subsecvent;
 - art. 20 "Asigurări" din modelul contractului subsecvent,
- **în subsidiar**, în temeiul art. 26 alin. (2) lit. b) din Legea nr. 101/2016, obligarea autorității contractante:
- să elimine clauzele contestate și să publice în SEAP o variantă a modelelor de contract având eliminate aceste clauze; precum și
 - să prelungească termenul de depunere a ofertelor, pentru a fi respectate principiile și prevederile Legii nr. 98/2016 (inclusiv prevederile art. 153 și art. 161);
 - obligarea autorității contractante la plata cheltuielilor de judecată ocazionate de judecata prezentei contestații, în temeiul art. 26 alin. (9) din Legea nr. 101/2016.

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

Prin contestația înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 13836/19.03.2021, 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.

Contestatoarea menționează că documentația de atribuire cuprinde și modelul de contract subsecvent de lucrări care, la **art. 10.6 pct. 24**, prevede următoarea clauză:

"În cazul neregulilor constatate ulterior finalizării lucrării care constituie obiectul prezentului contract de către organele abilitate pentru verificare și control, Executantul are obligația ca în termen de 15 zile de la primirea notificării din partea Achizitorului să restituie sumele încasate necuvenit în urma neregulilor menționate mai sus. Contestarea temeiniciei solicitării ori a constatărilor organelor de control nu înlătură obligația de restituire a executantului privind suma notificată".

Această clauză este cuprinsă în cadrul secțiunii 10 "Obligațiile executantului", subsecțiunea 10.6 "Personalul și echipamentul, documente necesare pentru decontare".

Așadar, în eventualitatea desemnării SC ... SRL ca ofertant câștigător al procedurii de achiziție publică, după încheierea contractului de achiziție publică, aceasta va fi obligată, după execuția lucrărilor și după recepția lucrărilor de către beneficiar, să primească plata prețului lucrărilor executate condiționată de o eventuală verificare ulterioară a "organelor abilitate", la un moment necunoscut în timp.

În consecință, se impune admiterea contestației în urma constatării caracterului nelegal / nejustificat / excesiv al clauzei menționate anterior.

A. Clauza contravine prevederilor art. 3 alin. (1) lit. I) din Legea nr. 98/2016.

Prevederile art. 3 alin. (1) lit. I) din Legea nr. 98/2016 definesc contractul de achiziție. Din această definiție, 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 comutativ, nu unul aleatoriu.

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."*

De asemenea, atât reglementarea de drept comun cât și reglementarea specifică achizițiilor publice de lucrări cuprinde prevederi clare privind determinarea prețului în contractele de achiziții publice, prețul fiind întotdeauna determinat sau determinabil.

De aceea, nu poate exista niciun dubiu cu privire la caracterul comutativ al contractului de achiziție publică de lucrări.

Conform art. 1173 Cod civil: *"Este comutativ contractul în care, la momentul încheierii sale, existența drepturilor și obligațiilor părților este certă, iar întinderea acestora este determinată sau determinabilă."*

Or, clauza contestată transformă contractul dintr-un contract comutativ, într-un contract aleatoriu, întrucât nu se poate cunoaște nici momentul când va fi cazul unei restituiri de sume și nici cuantumul acestei sumei.

B. 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 mentală 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.

C. 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, clauza 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.

D. 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.

E. 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*.

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

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.

În continuare, contestatoarea citează precizările ÎCCJ din motivarea deciziei nr. 13/06.03.2017 publicată în Monitorul Oficial, Partea I nr. 419 din 07/06/2017, prin care ÎCCJ aduce unele clarificări relevante și pentru prezenta contesatație:

"73. Din interpretarea, în același timp, literală și sistematică a dispozițiilor alin. (3) al art. 5 din Legea nr. 94/1992 rezultă că ipoteza normativă a acestui text legal stabilește că entitățile auditate nu se pot prevala de rapoartele Curții de Conturi în scopul de a fi absolvite de răspundere pentru acțiunile lor. Cu alte cuvinte, în cazul în care entitățile auditate sunt supuse altor controale sau altor verificări, acestea nu pot opune rapoartele Curții de Conturi pentru a fi exonerate de răspundere pentru eventuale neregularități constatate".

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

Mai mult decât atât, autoritatea contractantă se îmbogățește fără just temei (nemaifiind obligată 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 celelalte clauze contestate, contestatoarea invocă prevederile art. 137 alin. (3) lit b) din Normele metodologice privind Legea nr. 98/2016 și menționează că ofertantul, potrivit normelor incidente, are posibilitatea să depună odată cu oferta sa și propunerea de eliminare / modificare a unor clauze, iar autoritatea contractantă nu poate refuza eliminarea / modificarea acestora decât dacă respectiva modificare este în mod evident dezavantajoasă pentru aceasta din urmă. În plus, autoritatea contractantă nu poate respinge propunerea de modificare pe baza acestui considerent decât după o motivare corespunzătoare a aspectelor ce creează un dezavantaj evident pentru aceasta.

Față de aceste prevederi, eliminarea clauzelor contestate prin intervenția CNSC 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).

Legislația specială incidentă nu impune, neapărat, ca respectiva clauză să fie nelegală pentru a putea fi modificată, ci doar să nu fie dezavantajoasă pentru autoritatea contractantă. Așadar, nu este necesar ca o anumită clauză contestată să fie în contradicție cu o prevedere expresă a legii pentru a putea fi modificată / eliminată.

Astfel, este suficientă demonstrarea caracterului prejudiciabil / nejustificat (pentru viitorul câștigător al procedurii de achiziție publică) al clauzei contestate pentru ca autoritatea competentă să dispună modificarea contractului în sensul eliminării clauzei contestate.

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

Toate clauzele contestate prin prezenta contestație sunt 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) neprevederea 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 execuție lucrări.

1. Cu privire la art. 4.6 din modelul acordului cadru.

Cu privire la această clauză se aplică în mod corespunzător cele arătate în cadrul secțiunii de mai sus la punctele A (clauza contravine art. 3 alin. (1) lit. I) din Legea nr. 98/2016), B (clauza este lipsită de cauză juridică pentru executant) și D (clauza contravine principiului personalității sancțiunilor).

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 nu este numai nejustificată / abuzivă / nelegală, dar și fără logică juridică.

2. Cu privire la art. 10.1 pct. 1 și 6 din modelul contractului subsecvent

Cu privire la această clauză se aplică în mod corespunzător cele arătate în cadrul secțiunii de mai sus la punctul B (clauza este lipsită de cauză juridică pentru executant).

De asemenea, clauza nu are aplicabilitate în speță, întrucât obiectul contractului nu implică servicii care comportă un anumit "secret profesional".

În plus, este disproporționat ca executantul unor lucrări să fie obligat să fie "consilier de încredere pentru Achizitor".

Pe de altă parte, clauza aduce atingere disproporționată dreptului de liberă exprimare a executantului sau al personalului executantului, nefiind permisă niciun fel de afirmație în legătură cu proiectul "fără aprobarea prealabilă a achizitorului", adică o cenzură de tip autoritar.

Operatorii economici nu pot fi obligați la o confidențialitate la un asemenea nivel, fără niciun fel de contraprestație din partea Achizitorului.

În lipsa unei contraprestații, nu doar că o asemenea clauză este nulă pentru lipsă de cauză, dar este și disproporționată întrucât nivelul de confidențialitate solicitat, poate conduce la obligarea operatorilor economici la despăgubiri considerabile.

De aceea, o clauză precum cea în discuție poate determina operatorii economici să evite participarea la procedura de achiziție din speță, pentru a nu se "încărca" cu responsabilități și obligații dificil de respectat care să îi expună unor pretenții de despăgubire semnificative și de nedorit, față de obiectul contractului din cauză.

3. Cu privire la art. 10.4 din modelul contractului subsecvent.

Listele de cantități aferente achiziției, nu cuprind poziții pentru decontarea de cheltuieli privind "cazare" și "facilități sociale" pentru personalul executantului.

De aceea, cu privire la această clauză se aplică în mod corespunzător cele arătate în cadrul secțiunii de mai sus la punctele A (clauza contravine art. 3 alin. 1 lit. I din Legea nr. 98/2016) și B (clauza este lipsită de cauză juridică pentru executant).

Este disproporționat ca Achizitorul să solicite să suporte cheltuielile de cazare și alte facilități de cazare pentru personalul său.

Potrivit legislației achizițiilor publice, prețul unor elemente ale contractului nu poate fi neobișnuit de scăzut sau zero, dat fiind caracterul oneros al contractului de achiziție publică.

În plus, raportat la locația executării contractului și la obiectul contractului, nu sunt necesare cheltuieli privind "cazare" și "facilități sociale".

Dacă cele de mai sus sunt valabile pentru personalul executantului, cu atât mai mult sunt valabile și pentru personalul Achizitorului.

Clauza nu poate fi legală / proporțională, atât timp cât impune executantului suportarea unor costuri care revin în mod obișnuit

Achizitorului, mai ales că nu există liste de cantități pentru asemenea cheltuieli.

În plus, obiectul contractului implică execuția de lucrări, nu cazarea și acordarea de "facilități sociale" personalului executantului sau al Achizitorului.

4. Cu privire la art. 10.5 pct. 1, 2 și 5 din modelul contractului subsecvent, există obligații specifice în materie de SSM (Securitate și Sănătate în Muncă), pe care orice operator economic din domeniul construcțiilor trebuie să le respecte.

Însă a impune existența unei persoane calificate în acest sens care să păstreze un registru și care să întocmească rapoarte privind sănătatea, securitatea și facilitățile sociale ale persoanelor, conform cerințelor persoanei autorizate de achizitor, este disproporționată, față de obiectul contractului, mai ales în contextul în care listele de cantități aferente achiziției, nu cuprind poziții pentru decontarea de cheltuieli privind *"responsabilul care va răspunde pentru securitatea și prevenirea accidentelor pe șantier"*.

De aceea, cu privire la această clauză se aplică în mod corespunzător cele arătate în cadrul secțiunii de mai sus la punctele A (clauza contravine art. 3 alin. 1 lit. I din Legea nr. 98/2016) și B (clauza este lipsită de cauză juridică pentru executant).

5. Cu privire la art. 10.6 pct. 2,3, 8,15 alin. (3) și 20 din modelul contractului subsecvent, clauza de la pct. 2 este neclară și lasă o marjă mult prea largă de apreciere achizitorului de a interpreta ce înseamnă "purtare necorespunzătoare", "lipsă de responsabilitate", "incompetență", etc.

Clauza încalcă principiul proporționalității, lăsând un drept de intervenție disproporționat în activitatea și în modul de organizare al executantului.

În eventualitatea în care oricare persoană angajată de executant încalcă anumite norme, există remedii legale la dispoziția achizitorului, nefiind necesară o clauză precum cea de la pct. 2.

Clauza de la pct. 3 încalcă principiul proporționalității, lăsând un drept de intervenție disproporționat în activitatea și în modul de organizare al executantului.

Obligația de raportare a executantului nu poate fi atât de largă încât să se dea un raport detaliat cu privire la fiecare categorie de personal / utilaje de pe șantier, la discreția achizitorului.

Cu privire la pct. 8, executantul nu poate fi obligat să respecte dispozițiile achizitorului în orice problemă "menționată sau nu în contract". De exemplu, dacă solicită executarea unor lucrări suplimentare pentru care nu există listă de cantități, ar fi total nelegal ca executantul să se supună "ordinului". Exemplul poate fi extins la orice alte obligații.

De aceea, cu privire la această clauză se aplică în mod corespunzător cele arătate în cadrul secțiunii de mai sus la punctele A (clauza contravine art. 3 alin. (1) lit. I) din Legea nr. 98/2016) și B (clauza este lipsită de cauză juridică pentru executant).

Cu privire la pct. 15 alin. (3), transportul materialelor este o activitate ce face obiectul contractului, remunerată conform prețurilor ce vor fi introduse în listele de cantități.

Însă, dacă pentru această activitate se produc anumite deteriorări unui pod / drum, fără a fi implicată culpa executantului, nu poate fi considerată proporțională o clauză în care executantului i se impune suportarea "pagubei".

Cu privire la această clauză se aplică în mod corespunzător cele arătate în cadrul secțiunii de mai sus la punctele A (clauza contravine art. 3 alin. (1) lit. I) din Legea nr. 98/2016), B (clauza este lipsită de cauză juridică pentru executant) și D (clauza contravine principiului personalității sancțiunilor).

Contractul de execuție lucrări este un contract comutativ, nu un contract de asigurare, prin care Achizitorul să fie asigurat de orice "pagubă" imaginabilă derivând din executarea contractului.

Dacă deteriorarea drumului sau podului va fi 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.

Cu privire la pct. 20, listele de cantități aferente achiziției, nu cuprind poziții pentru decontarea de cheltuieli privind *"transportul responsabilului cu urmărirea lucrărilor, din cadrul Consiliului Județean Harghita"*.

De aceea, cu privire la această clauză se aplică în mod corespunzător cele arătate în cadrul secțiunii de mai sus la punctele A (clauza contravine art. 3 alin. 1 lit. I din Legea nr. 98/2016) și B (clauza este lipsită de cauză juridică pentru executant).

Este disproporționat ca Achizitorul să solicite executantului să suporte cheltuielile de transport pentru personalul Achizitorului.

Potrivit legislației achizițiilor publice, prețul unor elemente ale contractului nu poate fi neobișnuit de scăzut sau zero, dat fiind caracterul oneros al contractului de achiziție publică.

Clauza nu poate fi legală / proporțională, atât timp cât impune executantului suportarea unor costuri care revin în mod obișnuit Achizitorului, mai ales că nu există liste de cantități pentru asemenea cheltuieli.

În plus, obiectul contractului implică execuția de lucrări, transportul personalului Achizitorului.

De asemenea, responsabilul cu urmărirea lucrărilor este dirigintele de șantier, contractarea acestei persoane fiind esențialmente responsabilitatea beneficiarului lucrărilor conform art. 75 lit. a) pct. 1 din Ordinul 839/2009 privind aprobarea normelor metodologice de aplicare a Legii nr. 50/1991 privind autorizarea executării lucrărilor de construcții:

Urmărirea execuției lucrărilor este obligatorie și se asigură prin: 1. diriginte de șantier autorizat, ca reprezentant al beneficiarului, care urmărește ca execuția lucrărilor să se facă în deplină concordanță cu autorizația emisă (inclusiv cu documentația tehnică - D.T. (D.T.A.C./D.T.A.D, după caz, care a stat la baza emiterii autorizației), cu

respectarea proiectului tehnic pentru execuția lucrărilor pe baza căruia a fost emisă, precum și în conformitate cu reglementările tehnice în vigoare;

Fiind o obligație a beneficiarului, conform legii, este abuziv, disproporționat ca cheltuielile aferente îndeplinirii acestei obligații să fie puse în seama executantului, mai ales că în listele de cantități nu există elemente de deviz cu asemenea cheltuieli.

Practic, clauza se transformă într-o donație către Achizitor, fiind încălcat caracterul oneros al contractului de achiziție publică, dar și forma autentică prevăzută de lege pentru donații.

În acest context, este de la sine înțeles faptul că interesul public, nu poate constitui un temei pentru exercitarea abuzivă a drepturilor relevante.

În practica procedurilor de atribuire, însă, prerogativele Achizitorului pot conduce (și deseori conduc) la introducerea de către autoritatea contractantă a unor clauze contractuale inadecvate/abuzive, ce exced prerogativele conferite prin natura autorității publice, clauze ce nu sunt de natură a conduce la asigurarea cadrului imperativ avut în vedere de legiuitor ci, mai mult, au 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.

6. Cu privire la art. 15.1 alin. (2) din modelul contractului subsecvent, clauza nu are aplicabilitate, întrucât durata de execuție nu reprezintă factor de evaluare, conform fișei de date a achiziției (a se vedea II.2.5 din FDA).

Pe de altă parte, chiar dacă durata de execuție ar fi fost un criteriu de atribuire, este legal și proporțional ca prelungirea să se acorde, întrucât evenimentele de la art. 15.1 alin. (1) nu implică culpa executantului.

De aceea, cu privire la această clauză se aplică în mod corespunzător cele arătate în cadrul secțiunii de mai sus la punctele B (clauza este lipsită de cauză juridică pentru executant).

7. Cu privire la art. 20 din modelul contractului subsecvent, această clauză se aplică în mod corespunzător celor arătate în cadrul secțiunii de mai sus la punctele A (clauza contravine art. 3 alin. 1 lit. I din Legea nr. 98/2016), B (clauza este lipsită de cauză juridică pentru executant) și D (clauza contravine principiului personalității sancțiunilor).

Contractul de execuție lucrări este un contract comutativ, nu un contract de asigurare, prin care Achizitorul să fie asigurat de orice "pagubă" imaginabilă derivând din executarea contractului.

Dacă vor avea loc anumite evenimente nefericite, repararea daunelor va incumba persoanei responsabile potrivit prevederilor legale aplicabile (art. 1349 și/sau 1350 Cod civil).

De asemenea, listele de cantități aferente achiziției, nu cuprind poziții pentru decontarea de cheltuieli privind asigurarea la care face trimitere art. 20.

De aceea, cu privire la această clauză se aplică în mod corespunzător cele arătate în cadrul secțiunii de mai sus la punctele A (clauza contravine art. 3 alin. 1 lit. I din Legea nr. 98/2016), B (clauza este lipsită de cauză juridică pentru executant) și D (privind principiul personalității sancțiunilor).

Este disproporționat ca Achizitorul să solicite executantului să suporte cheltuielile pentru asigurarea oricăror riscuri imaginabile.

Potrivit legislației achizițiilor publice, prețul unor elemente ale contractului nu poate fi neobișnuit de scăzut sau zero, dat fiind caracterul oneros al contractului de achiziție publică.

Clauza nu poate fi legală / proporțională, atât timp cât impune executantului suportarea unor costuri care revin în mod obișnuit persoanei care încalcă o anumită obligație, mai ales că nu există liste de cantități pentru asemenea cheltuieli.

În ceea ce privește limitele dreptului autorității contractante de a fixa clauzele contractului de achiziție publică, contestatoarea menționează că una din modificările aduse chiar de OUG nr. 34/2006, prin intermediul OUG nr. 77/2012, modificare menținută în prezent în Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, a fost recalificarea contractului de achiziție publică dintr-un act pur comercial într-un contract asimilat, potrivit legii, actului administrativ.

Contractele încheiate de administrația publică au anumite caracteristici speciale, impuse de interesul public care stă la baza fundamentului încheierii și executării acestora, fiind considerate contracte publice. Astfel, o consecință directă ar fi aceea a calificării contractului de achiziție publice drept un contract administrativ.

În literatura de specialitate s-a arătat că prin încorporarea a două categorii de clauze, respectiv clauze obligatorii (reglementare) și clauze contractuale negociabile, acest contract administrativ preia atât elemente specifice actului administrativ unilateral, cât și elemente specifice contractului de drept privat care presupune dialogul și negocierea.

Dincolo de dreptul autorității contractante de a fixa clauzele obligatorii specifice unui anumit contract, se poate totuși ridica un semn de întrebare asupra limitelor în care acest drept poate fi exercitat, precum și a posibilităților legal-administrative de a contesta eventualele derapaje.

Aceasta, deoarece domeniul achizițiilor publice implică o serie de aspecte specifice ce se grefează pe caracterul administrativ al contractului. Un astfel de aspect rezultă din principiile care stau la baza atribuirii contractelor de achiziție publică și a întregului sistem, de altfel, principii a căror încălcare considerăm că nu poate fi justificată de respectarea interesul public.

Este evident că 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 (best value for money), 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 clauzei 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 acestei clauze dezavantajoase care pune ofertantul să

răspundă pentru eventuale fapte culpabile ale beneficiarului / eventualelor nereguli 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 clauzei contestate, în sensul restituirii unor sume pe care respectivul ofertant s-a bazat la momentul execuției / recepției, depunerii ofertei, etc.

În cazul săvârșirii unor nereguli de către executant, există pârgii legale pentru atragerea răspunderii acestuia, însă introducerea clauzei contestate, nu poate fi considerat un mijloc rezonabil, legal pentru atingerea acestui deziderat, mai cu seamă că "organele abilitate" nu verifică îndeplinirea obligațiilor contractuale de către executant, ci îndeplinirea obligațiilor legale ale autorității contractante.

Dezideratul *best value for money* nu poate fi obținut decât prin respectarea procedurilor de atribuire. Atât timp cât s-a obținut cea mai bună ofertă posibilă sau cel mai mic preț la momentul atribuirii contractului, orice încercare ulterioară de a obține o micșorare a prețului contractat nu poate fi privită decât ca abuzivă și nelegală, în contradicție cu forța obligatorie a contractelor, principiu fundamental de drept, principiu recunoscut și de ansamblul prevederilor Legii nr. 98/2016.

De asemenea, principiul *best value for money* sau principiul interesului public nu poate fi aplicat decât în condițiile Legii nr. 98/2016, respectându-se, totodată, și celelalte principii de drept aplicabile, atât timp cât Legea nr. 98/2016 nu derogă de la acestea în mod justificat.

Or, încercarea autorității contractante de a încălca principii de drept fundamentale aplicabile prin includerea clauzei contestate, atât timp cât Legea nr. 98/2016 prevede cadrul în care dezideratul *best value for money* se poate manifesta, este abuzivă.

Legea nr. 98/2016 instituie prevederi derogatorii și restrictive față de dreptul comun. Eventuala derogare de la principiile de drept comun se poate face numai în condițiile legii. Astfel, clauza contractuală propusă de autoritatea contractantă, atât timp cât afectează interesele și drepturile legitime ale cocontractantului și nu este justificată de prevederile restrictive ale Legii nr. 98/2016, nu poate fi considerată decât nelegală.

Limitele în cauză sunt însă lăsate la latitudinea autorității care, într-o accepțiune subiectivă, își exercită atribuția de putere publică prin determinarea acelor clauze cu rol de salvagardare a interesului public.

Cu toate acestea, trebuie întotdeauna avute în vedere dispozițiile art. 15 din noul Cod Civil potrivit căroră "*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 acest context, este de la sine înțeles faptul că interesul public, cu atât mai mult, nu poate constitui un temei pentru exercitarea abuzivă a drepturilor relevante.

În prezenta procedură de atribuire, însă, prerogativele menționate anterior au condus autoritatea contractantă la inserarea unei clauze contractuale inadecvate/abuzive, ce excede prerogativelor conferite de lege, clauză ce nu este 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.

În conformitate cu prevederile art. 37 alin. (2) lit. b) din Normele Metodologice ale Legii 98/2016, legiuitorul nu distinge între clauze contractuale obligatorii sau specifice atunci când face referire la propunerile de modificare a acestora.

Pe cale de consecință, rezultă că un ofertant poate propune modificări atât a clauzelor contractuale obligatorii, cât și a celor specifice. Cu atât mai mult, ofertanții pot contesta aceste clauze. Diferența între cele două tipuri de clauze rezidă însă în faptul că dacă în ceea ce privește clauzele convenționale/specifice, caracterul lor negociabil conferă operatorilor economici o libertate cvasi-totală în a solicita modificarea acestora, în ceea ce privește clauzele obligatorii, operatorii economici sunt limitați la solicitarea îndreptării acelor clauze considerate nelegale sau abuzive introduse de autoritățile contractante, clauze a căror introducere nu urmărește coordonatele respectării interesului public aferent implementării/executării contractului și care încalcă principiile statuate la art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

Autoritatea contractantă a depus în copie dosarul achiziției, anexat punctului de vedere nr. 40314/24.03.2021 cu privire la contestația formulată de către SC ...SRL.

Cu privire la clauza de la art. 4.6 din modelul acordului-cadru:

"Promitentul - executant se obligă să-l despăgubească pe 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", autoritatea contractantă menționează că toate prevederile din cadrul acestei clauze sunt prevederi formulate în conformitate cu prevederile legale în vigoare, prin respectarea principiului transparenței și tratamentului egal al tuturor ofertanților și implică asumarea de către executant la respectarea legislației în domeniile brevetelor, numelor, mărcilor înregistrate, referitoare de echipamentele, materialele, instalațiile sau utilajele folosite pentru sau în legătură cu executarea contractului.

În cazul în care executantul nu respectă prezentele prevederi contractuale, se va face vinovat de abatere profesională, așa cum este prevăzut la art. 3 alin. (1), lit. a) din Legea nr. 98/2016. În consecință se poate constata faptul că această clauză a contractului este în concordanță cu prevederile art. 3 alin. (1), lit. a) din Legea nr. 98/2016. Această clauză prevede în mod expres că executantul este singurul răspunzător în cazul în care încalcă legislația pozitivă prin acțiunile sau inacțiunile sale, neconforme cu caietul de sarcini. Prin urmare, nu poate fi catalogată abuzivă sau nelegală.

Cu privire la clauza de la art. 10.1 pct. 1 și 6 din modelul contractului subsecvent: *"1. Executantul va acționa întotdeauna loial, imparțial și ca un*

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

6. Executantul și personalul său vor respecta secretul profesional, pe perioada executării Contractului, inclusiv pe perioada oricărei prelungiri precum și după încetarea acestuia. În acest sens, cu excepția cazului în care se obține acordul scris prealabil al Achizitorului, Executantul și personalul său, salariat ori contractat de acesta, incluzând conducerea și salariații din teritoriu, nu vor divulga niciodată oricărei alte persoane sau entități, nici o informație confidențială divulgată lor sau despre care au luat cunoștință și nu vor face publică nici o informație referitoare la recomandările primite în cursul sau ca rezultat al derulării prezentului contract. Totodată, Executantul și personalul său nu vor utiliza în daună Achizitorului informațiile ce le-au fost furnizate sau rezultatul studiilor, testelor, cercetărilor desfășurate în cursul sau în scopul executării prezentului Contract”, autoritatea contractantă menționează că contrar celor afirmate de contestatoare, prevederile prezentei clauze sunt în conformitate cu prevederile legale în vigoare. Având în vedere că obiectul contractului presupune întreținerea drumurilor județene din Județul Harghita, achizitor fiind ..., potrivit prevederilor legale, numai achizitorul este în măsură să informeze locuitorii din Județul Harghita despre orice fază, stare a lucrărilor, respectiv să facă orice fel de afirmații publice. Trebuie avut în vedere că interesul public prevalează în cadrul acestui contract, nu interesele personale ale fiecărui ofertant, motiv pentru care această clauză este una de importanță majoră în contract.

Între contractele administrative și contractele civile nu poate fi pusă semnul egalității, mai ales din perspectiva părților contractante. Contractele administrative trebuie să protejeze în primul rând interesul public, astfel pot conține clauze incompatibile cu dreptul civil. În cazul tuturor contractelor încheiate între profesioniști există clauze menite să protejeze secretul profesional, așa cum este prevăzut și în prezentul contract.

Aceste clauze nu pot fi denumite ca și cenzură, singurul lor scop fiind de a proteja autoritatea contractantă de la divulgarea cu rea-credință a unor date/informații sensibile. Așa cum s-a conturat și în jurisprudența CJUE, dacă o parte contractantă este nevoită să-și apere interesele proprii, încălcarea unor clauze de confidențialitate poate fi justificată. În consecință, aceste două prevederi contractuale sunt menite să protejeze autoritatea contractantă doar în cazul divulgărilor de informații cu rea-credință.

Cu privire la clauza de la art. 10.4 din modelul contractului subsecvent: *"Executantul va asigura și va întreține toate cele necesare pentru cazare precum și facilitățile sociale pentru personalul său. De asemenea, executantul va asigura facilități și pentru personalul achizitorului responsabil pentru buna derulare a contractului",* autoritatea

contractantă menționează că prin „*facilități și pentru personalul achizitorului responsabil pentru buna derulare a contractului*” se înțeleg facilitățile pentru achizitor care sunt legate de acces la șantier și direct la lucrările de execuție.

Această clauză a contractului putea fi clarificată printr-o simplă solicitare de clarificare adresată de contestatoare prin intermediul platformei SEAP. Prin afirmația că achizitorul solicită „*facilități de cazare pentru personalul propriu*”, contestatoarea urmărește inducerea în eroare și asimilează în același mod prevederile referitoare la personalul propriu și le aplică și pentru personalul achizitorului, deși clauza nu prevede ceea ce afirmă în contestație. Totodată afirmația contestatoarei potrivit căreia nu există liste de cantități pentru asemenea cheltuieli (cazare), aceste cheltuieli, potrivit prevederilor legale, se includ la categoria de „cheltuieli indirecte”, lucru neprecizat, dar cunoscut de contestatoare.

Cu privire la art. 10.5 pct. 1, 2 și 5 din modelul contractului subsecvent: *"1. Executantul va numi un responsabil care va răspunde pentru securitatea și prevenirea accidentelor pe șantier. Această persoană trebuie să fie calificată pentru o astfel de răspundere și să aibă autoritatea de a emite dispoziții și de a lua măsurile necesare pentru prevenirea accidentelor. 2. Pe parcursul execuției lucrărilor, executantul are obligația de a sprijini activitatea persoanei responsabile cu prevenirea accidentelor, în scopul exercitării răspunderii și autorității sale. (...) 5. Executantul va păstra un registru și va întocmi rapoarte privind sănătatea, securitatea și facilitățile sociale ale persoanelor, conform cerințelor persoanei autorizate de achizitor"*, autoritatea contractantă menționează că la întocmirea modelului de contract a avut în vedere și a acționat cu diligență prin cuprinderea și a acestei clauze potrivit căreia executantul este obligat să respecte întocmai toate prevederile legale în domeniul sănătății, securității în muncă, precum și pentru luarea tuturor măsurilor pentru prevenirea accidentelor de muncă. Și această clauză este conformă cu prevederile legale în vigoare cu privire la securitatea și sănătatea în muncă și nu restrânge în nici un fel drepturile nici unui posibil ofertant.

Cu privire la clauza de la art. 10.6 pct. 2, 3, 8, 15 alin. (3) și 20 din modelul contractului subsecvent:

„1...

2. Persoana autorizată de achizitor poate solicita executantului să înlăture (sau să dispună să fie înlăturat) orice persoană angajată pe șantier, care:

a. persistă în purtare necorespunzătoare sau în lipsă de responsabilitate;

b. îndeplinește îndatoririle sale cu incompetență sau neglijență;

c. nu respectă oricare din prevederile prezentului contract;

d. persistă într-un comportament care periclitează siguranța și sănătatea sau protecția mediului.

3. Executantul va transmite persoanei autorizate de achizitor detalii privind fiecare categorie de personal precum și al fiecărui tip de utilaj existent pe șantier. (...)

8. Executantul are obligația de a respecta și executa dispozițiile achizitorului în orice problemă, menționată sau nu în contract, referitoare

la lucrare, în cazul în care executantul consideră că dispozițiile achizitorului sunt nejustificate sau inoportune, acesta are dreptul de a ridica obiecții, în scris, fără ca obiecțiile respective să îl absolve de obligația de a executa dispozițiile primite, cu excepția cazului în care acestea contravin prevederilor legale. (...)

15. (...)

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

20, Executantul are obligația de a asigura transportul responsabilului cu urmărirea lucrărilor, din cadrul Consiliului Județean Harghita, de la sediul instituției la punctul de lucru unde se execută lucrările și înapoi la sediu, ori de câte ori este necesar. Această solicitare se va aduce la cunoștința executantului de către Achizitor cu 24 de ore înainte”, autoritatea contractantă menționează că solicitările sunt legale, și vin în sprijinul desfășurării/ derulării contractului în condiții civilizate și duc la înlăturarea oricărui factor care ar putea perturba buna desfășurare a lucrărilor și a executării contractului.

Prin această clauză se exclud toate persoanele care ar putea periclita în vreun fel bunul mers al lucrărilor și care ar putea prezenta vreun pericol pe șantier. Având în vedere natura lucrărilor ce urmează a fi executate, este absolut necesar ca personalul prezent pe șantier să aibă un comportament responsabil și adecvat, să-și îndeplinească cu diligență îndatoririle ce-i sunt încredințate, să nu constituie un pericol pentru ceilalți angajați și pentru personalului achizitorului, să nu pună în pericol sănătatea nici unui angajat și să respecte legislația în domeniul protecției mediului.

Acestea sunt caracteristici și îndatoriri elementare ce trebuie întrunite de personalul care va lucra pe șantier, în ceea ce privește producerea de „deteriorări sau distrugeri ale oricărui pod sau drum care comunică cu sau care se află pe traseul șantierului, datorită transportului de materiale, a echipamentelor, instalațiilor sau altora asemenea, executantul are obligația de a despăgubi achizitorul împotriva tuturor reclamațiilor privind avarierea respectivelor poduri sau drumuri”, această clauză se referă la cazurile concrete în care executantul nu respectă marcajele și prevederile referitoare la limitele de tonaj sau încalcă prevederile referitoare la limitele de viteză, iar acest lucru are ca urmare deteriorări sau distrugeri, atunci se face răspunzător de acestea.

Aceste lucruri se pot întâmpla ca urmare a unei eventuale încălcări a prevederilor legale privind circulația pe drumurile publice, caz în care răspunderea este în sarcina executantului. Referitor la enunțul potrivit căruia „Executantul are obligația de a asigura transportul responsabilului cu urmărirea lucrărilor, din cadrul Consiliului Județean Harghita, de la sediul instituției la punctul de lucru unde se execută lucrările și înapoi la sediu, ori de câte ori este necesar. Această solicitare se va aduce la cunoștința executantului de către Achizitor cu 24 de ore înainte”, această solicitare este legală și are în vedere cazurile de urgență când șantierul nu

poate fi vizitat de reprezentantul achizitorului în lipsa mijloacelor de deplasare și sunt necesare decizii importante, urgente pentru continuarea lucrărilor. Această clauză asigură, în cazuri de extremă urgență, desfășurarea în condiții optime a contractului.

Cu privire la clauza de la art. 10.6 pct. 24 din modelul de contract subsecvent de lucrări având următorul conținut: *"în cazul neregulilor constatate ulterior finalizării lucrării care constituie obiectul prezentului contract de către organele abilitate pentru verificare și control, Executantul are obligația ca în termen de 15 zile de la primirea notificării din partea Achizitorului să restituie sumele încasate necuvenit în urma neregulilor menționate mai sus. Contestarea temeiniciei solicitării ori a constatărilor organelor de control nu înlătură obligația de restituire a executantului privind suma notificată"*, autoritatea contractantă menționează că această clauză se referă la restituirea plăților efectuate și încasate pentru lucrările care ulterior s-au dovedit a fi neconforme. Se au în vedere numai acele cazuri în care s-ar fi încasat sume necuvenite. Această clauză nu are în vedere sumele plătite pentru lucrările efectuate în condițiile normelor legale în vigoare în materie, neputându-se astfel afirma că ar fi vorba despre ipoteza transformării unui contract comutativ în unul aleatoriu.

Cu privire la clauza de la art. 15.1 alin. (2) din modelul contractului subsecvent: *"(2) Prin excepție de la prevederile alin. (1) durata de execuție nu se va prelungi în cazul în care acesta a constituit factor de evaluare a ofertei"*, autoritatea contractantă menționează că în cadrul acestei proceduri de licitație deschisă, criteriul de atribuire este „cel mai bun raport calitate - preț”. Factorul de evaluare este garanția acordată lucrărilor, nicidecum durata de execuție, motiv pentru care, durata de execuție nu intră sub incidența acestei prevederi a contractului.

Cu privire la clauza de la art. 20 „Asigurări” din modelul contractului subsecvent: *"20.1 (1) Executantul are obligația de a încheia, înainte de începerea lucrărilor, o asigurare ce va cuprinde tocite riscurile ce ar putea apărea privind lucrările executate, utilajele, instalațiile de lucru, echipamentele, materialele pe stoc, personalul propriu și reprezentanții împuterniciți să verifice, să testeze sau să recepționeze lucrările, precum și daunele sau prejudiciile aduse către terțe persoane fizice sau juridice.*

(2) Asigurarea se va încheia cu o agenție de asigurare autorizată. Contravaloarea primelor de asigurare va fi suportată de către executant", autoritatea contractantă menționează că a acționat cu diligență la întocmirea modelelor de acord - cadru și a contractului subsecvent, lucru susținut și de această clauză a contractului. Prin această clauză se impune încheierea unei asigurări în vederea prevenirii unor evenimente imprevizibile, care ar putea constitui un risc mare atât pentru executant cât și pentru Achizitor. Dacă pe parcursul derulării contractului apar daune sau prejudicii ca urmare a unor acțiuni sau inacțiuni ale unor terțe persoane, fie fizice, fie juridice, sau alte evenimente care nu pot fi anticipate, dar care duc la crearea unor pagube sau prejudicii, acestea vor putea fi remediate într-un timp util dacă există o asigurare care să acopere aceste pagube și eventuale prejudicii. Această clauză vine în sprijinul ofertanților care sunt astfel scutiți de cheltuieli majore generate de fapte care nu pot fi prevăzute, la momentul încheierii contractului. Scopul este

finalizarea contractului în condiții optime, cu cât mai puține riscuri, iar această clauză este o protecție a posibililor ofertanți, respectiv al executanților lucrărilor.

Cu privire la argumentele juridice invocate de ... SRL, autoritatea contractantă invocă următoarele contraargumente:

I. Referitor la criticile referitoare la art. 10.6 punctul 24, datorită faptului că ulterior executării obligațiilor contractuale poate interveni un control care, descoperind anumite nereguli, poate constata că unele sume au fost achitate în mod necuvenit, impunerea unei obligații în sarcina executantului nu transformă contractul comutativ într-unul aleatoriu, aceasta reprezentând, în realitate, o garanție în plus în favoarea autorității contractante de a beneficia de lucrări executate cu maximă diligență și în consens cu prevederile contractuale asumate de către executant.

Aceste obligații de plată au la bază neexecutarea conformă a contractului încheiat cu autoritatea contractantă. Și în cazul unei răspunderi contractuale de drept comun, criticile contestatoarei ar fi actuale și pertinente, dar în nici în acel caz nu se poate susține că o eventuală acțiune în răspundere civilă contractuală, de drept comun, ar transforma un contract comutativ într-unul aleatoriu. Într-un mod asemănător, nici această obligație impusă nu transformă contractul din comutativ în aleatoriu. Nici faptul că nivelul sumei nu este determinat în prealabil nu ne poate conduce la concluzia că această clauză transformă contractul comutativ în aleatoriu.

Inserarea unei clauze penale (pentru neexecutarea unei obligații contractuale) într-un contract nu este obligatoriu, și în lipsa acesteia, debitorul nu poate prevedea cu certitudine suma pe care va trebui să o plătească într-o eventuală acțiune în răspundere contractuală. Și în acest caz ipotetic, creditorul unei obligații poate introduce acțiune oricând în interiorul termenului de prescripție a dreptului material la acțiune. Nici această împrejurare nu transformă contractul din comutativ în aleatoriu. Într-un mod asemănător, controlul la care se face referire, intervine anual, în conformitate cu prevederile art. 26 lit. d) din Legea nr. 94/1991 privind organizarea și funcționarea Curții de Conturi, republicată, cu modificările și completările ulterioare, nu până la o dată nedeterminată, astfel cum arată contestatoarea, în mod eronat, asigurând astfel principiul securității raporturilor juridice.

Cu privire la pretinsa lipsă a cauzei pentru executant într-un contract sinalagmatic complex, cum este contractul de achiziții publice, nu se poate stabili exact pentru fiecare drept/ obligație o obligație/ drept interdependent(ă), sau o contraprestație. Într-un asemenea contract există în sarcina ambelor părți o sumedenie de drepturi/obligații, care în ansamblul său sunt echilibrate. Nu poate fi stabilită valoarea contraprestației în concret pentru îndeplinirea fiecărei obligații (clauze) contractuale în parte. Prin urmare, nu poate fi primită nici această critică.

În legătură cu criticile privind principiul personalității sancțiunilor, asumării răspunderii și transformarea raportului organelor de control în izvoare de obligații pentru executant, obligațiile pot avea mai multe izvoare. Pe lângă obligațiile stabilite/impuse de lege, pot exista și obligații izvorând doar dintr-un contract de achiziții publice. Rapoartele de control

Într-adevăr impun obligații doar în sarcina autorității contractante, însă nimic nu interzice ca prin contract să fie instituite obligații care au ca și cauză obligațiile din raportul de control. Prin inserarea acestei clauze, nu se încalcă nici principiul personalității sancțiunilor, nici nu este impusă executantului obligațiile impuse autorității contractante, ci doar o obligație corelativă. Este esențial de reținut, însă, că prin această clauză autoritatea contractantă nu transferă orice răspundere executantului, indiferent din culpa cui s-ar datora, ci doar în acele cazuri când neregulile se datorează neexecutării conforme a prevederilor contractuale de către executant.

Nici invocarea principiului "nimeni nu poate invoca propria turpitudine" nu este pertinentă pentru argumentele mai sus prezentate.

În general, cu privire la celelalte clauze contestate, autoritatea contractantă arată următoarele:

Contrar susținerii contestatoarei, pentru ca o clauză să fie eliminată este necesară ca clauza stabilită să deroge de la prevederile legislației în vigoare, așa cum este specificat în numeroase ghiduri de bune practici emise de CNSC. Drept urmare, sub acest aspect trebuiesc analizate toate criticile formulate de contestator.

Având în vedere cele precizate anterior, autoritatea contractantă apreciază că această contestație se impune să fie respinsă ca fiind nefondată, având în vedere că toate prevederile modelului de acord - cadru și a modelului de contract subsecvent sunt formulate cu respectarea prevederilor legale în vigoare în domeniul achizițiilor publice.

Din cuprinsul contestației se poate observa intenția contestatoarei de a provoca o întârziere, sub orice formă a derulării și finalizării procedurii și implicit afectarea interesului public de întreținere a drumurilor județene din Județul Harghita, lucru susținut și de modul și motivele acestei contestații. Contestatoarea avea posibilitatea ca printr-o solicitare de clarificări la documentația de atribuire să solicite clarificări la documentele contestate, în schimb nu a uzat de această posibilitate ci a contestat clauzele respective din contract. Prevederile clauzelor contestate puteau fi clarificate și explicate de către autoritatea contractantă, dacă contestatoarea ar fi uzat de dreptul său de a solicita clarificări.

Singurele acte, din cadrul documentației de atribuire, care sunt contestate sunt „Modelul de acord cadru” respectiv „Modelul de contract subsecvent”, nu se aduc critici nici condițiilor de participare, nici criteriilor de calificare și selecție, nici factorilor de evaluare, iar motivele care stau la baza întregii contestații, nu pot fi considerate motive temeinice și bine justificate, atâta vreme cât acestea sunt de fapt interpretări ale contestatoarei și intenții de a duce în eroare prin acestei interpretări total deplasate.

Autoritatea contractantă, la momentul întocmirii documentației de atribuire, nu poate avea în vedere eventualele dorințe ale posibililor ofertanți, documentația de atribuire se întocmește în conformitate cu prevederile legale în vigoare *„pentru a asigura operatorilor economici o informare completă, corectă și explicită cu privire la cerințe sau elemente ale achiziției, obiectul contractului și modul de desfășurare a procedurii de atribuire”*. Astfel, toate documentele achiziției au fost întocmite conform

prevederilor legale în vigoare, motiv pentru care se impune respingerea contestației ca nefondată.

În motivele enumerate pentru susținerea cererii de anulare a respectivelor clauze din contract, contestatoarea nu demonstrează o contradicție a documentelor contestate, cu prevederile legale în domeniul achizițiilor publice, ci încearcă să își impună propria voință și propriile interese.

Prin documentația de atribuire, respectiv prin modelele de contract contestate, nu este îngreunat accesul operatorilor economici la procedura de achiziție, clauzele contestate nu cuprind obstacole care ar conduce la restrângerea concurenței, nefiind demonstrat de contestatoare niciun prejudiciu iminent (cum ar fi cu titlu de exemplu înlăturarea nejustificată din cadrul procedurii) și nici un caz bine justificat care să conducă la admiterea contestației.

Având în vedere cele prezentate mai sus, autoritatea contractantă solicită respingerea contestației formulată de ... 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 acordului - cadru având ca obiect „Întreținere curentă și periodică pe timp de vară pe drumurile județene – județul Harghita, pentru perioada 2021-2022”. În acest sens a elaborat documentația de atribuire aferentă și a publicat în SEAP anunțul de participare nr.

Contestatoarea critică modelul de contract subsecvent de lucrări, care, la **art. 10.6 pct. 24**, prevede următoarea clauză: *"În cazul neregulilor constatate ulterior finalizării lucrării care constituie obiectul prezentului contract de către organele abilitate pentru verificare și control, Executantul are obligația ca în termen de 15 zile de la primirea notificării din partea Achizitorului să restituie sumele încasate necuvenit în urma neregulilor menționate mai sus. Contestarea temeiniciei solicitării ori a constatărilor organelor de control nu înlătură obligația de restituire a executantului privind suma notificată"*. Contestatoarea critică respectiva clauză din mai multe perspective, arătând că aceasta contravine prevederilor art. 3 alin. (1) lit. l) din Legea nr. 98/2016 și prevederilor 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"*, susținând, totodată, că respectiva clauză transformă contractul respectiv dintr-unul comutativ într-unul aleator.

Consiliul reține că un act încheiat de orice organ de control este inopozabil față de executant, din moment ce nu îl vizează. Dacă organul de control sesizează aspecte nelegale în derularea contractului, autoritatea contractantă nu îl poate executa direct pe antreprenor, ci trebuie să se îndrepte împotriva acestuia printr-o acțiune în pretenții, în măsura în care nu își însușește concluziile controlului. Actul de control vizează activitatea

autorității publice, iar renunțarea de către executant la dreptul de a se opune plății respective, indiferent dacă este motivată sau nu, încalcă echilibrul contractual. Astfel, critica este pe deplin întemeiată, în condițiile în care organele abilitate pentru verificare și control nu pot stabili obligații de restituire în sarcina unui terț, care nici nu e chemat să se apere, ci a autorității contractante verificate și controlate. Autoritatea nu poate să pretindă contractantului care a finalizat lucrarea să restituie sumele pe care ea le datorează, pentru propriile nereguli, ci trebuie să dovedească culpa acesteia din urmă. Desigur, pentru neîndeplinirea obligațiilor contractuale, intervine răspunderea contractuală a contractantului, în limita propriei culpe. Răspunderea delictuală, constatată inclusiv prin acțiuni de verificare și control, nu este confundată cu răspunderea contractuală.

În consecință, clauza art. 10.6 pct. 24 din modelul de contract subsecvent de lucrări este nelegală și trebuie eliminată din documentația de atribuire.

Cu privire la art. 4.6 din modelul acordului-cadru "Promitentul - executant se obligă să-l despăgubească pe promitentul - achizitor împotriva oricărui:

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

Consiliul reține că respectivele clauze se referă, în fapt, la garanția contra evicțiunii parțiale a bunurilor ce fac obiectul contractului. Clauza în sine, nu este una nelegală regăsindu-se, de altfel, și în modelele de contract tip FIDIC, respectiv Clauza 32 Brevete, licențe și drepturi de proprietate intelectuală, transpuse în legislația națională potrivit HG nr. 1/2018, prin care au fost aprobate "condițiile generale și specifice, împreună cu modelul-cadru de acord contractual, pentru contractele de achiziție publică sau sectorială de lucrări care au ca obiect atât proiectarea, cât și execuția de lucrări și care sunt aferente obiectivelor de investiții finanțate din fonduri publice, inclusiv fonduri nerambursabile și/sau rambursabile, a căror valoare totală estimată, conform prevederilor legale, este egală sau mai mare decât pragul valoric prevăzut de art. 7 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 98/2016, cu modificările și completările ulterioare, „32.1. Antreprenorul va despăgubi Beneficiarul, Personalul Beneficiarului și agenții acestuia și se va asigura că nu sunt afectați de nicio reclamație, daună, pierdere și cheltuială ca urmare a unei reclamații formulate de un terț, inclusiv creatori și intermediari, pentru orice nerespectare a unor drepturi de proprietate intelectuală, industrială sau de altă natură în baza folosirii de către Beneficiar în conformitate cu prevederile Contractului a unor brevete, licențe, proiecte, modele sau mărci înregistrate, cu excepția situației în care o astfel de nerespectare rezultă din conformitatea cu proiectarea sau specificațiile elaborate de Beneficiar sau cu instrucțiunile Supervisorului.

32.2. Toate drepturile de proprietate industrială, intelectuală sau de altă natură (inclusiv dar nu limitat la brevete și drepturi de autor) dezvoltate în raport cu executarea Contractului de către sau în numele Antreprenorului, inclusiv dar nu limitat la orice drepturi asupra oricăror documente întocmite în scopul executării Contractului, vor aparține Antreprenorului însă Beneficiarul va dispune de o licență irevocabilă, gratuită și neexclusivă asupra drepturilor mai sus menționate pentru scopul Contractului și pentru folosirea, întreținerea și repararea Lucrărilor. O astfel de licență va include dreptul de a acorda sub-licențe și va fi transferabilă de către Beneficiar terților fără ca acordul Antreprenorului să fie necesar”.

Față de caracterul comun și consacrat a unei astfel de clauze contractuale, Consiliul va respinge solicitarea contestatoarei de eliminare a sa, mai cu seamă că obiectul contractului, de mică complexitate, fac puțin probabilă utilizarea de brevete, nume, mărci înregistrate etc. În orice situație, contestatoarea nu a dovedit o vătămare prin existența acestei clauze.

Cu privire la art. 10.1 pct. 1 și 6 din modelul contractului subsecvent,

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

6. Executantul și personalul său vor respecta secretul profesional, pe perioada executării Contractului, inclusiv pe perioada oricărei prelungiri precum și după încetarea acestuia. În acest sens, cu excepția cazului în care se obține acordul scris prealabil al Achizitorului, Executantul și personalul său, salariat ori contractat de acesta, incluzând conducerea și salariații din teritoriu, nu vor divulga niciodată oricărei alte persoane sau entități, nicio informație confidențială divulgată lor sau despre care au luat cunoștință și nu vor face publică nicio informație referitoare la recomandările primite în cursul sau ca rezultat al derulării prezentului contract. Totodată, Executantul și personalul său nu vor utiliza în dauna Achizitorului informațiile ce le-au fost furnizate sau rezultatul studiilor, testelor, cercetărilor desfășurate în cursul sau în scopul executării prezentului Contract.”, Consiliul reține că acestea nu afectează executarea contractului și nici nu sunt excesive. Ele sunt firești și legale, întrucât la art. 1.170 Cod civil prevede că „Părțile trebuie să acționeze cu bună-credință atât la negocierea și încheierea contractului, cât și pe tot timpul executării sale. Ele nu pot înlătura sau limita această obligație”. Buna credință presupune nu doar opusul relei credințe, ci și respectarea secretului profesional și a informațiilor confidențiale, care nu vor fi utilizate în dauna achizitorului, adică inclusiv o limitare legală a libertății de exprimare. Mai mult, clauza 10.6 se regăsește întocmai în modelele de contract tip FIDIC, având cuprinsul prevăzut în anexa nr. 2, respectiv „Antreprenorul va trata detaliile Contractului ca fiind strict confidențiale, în

măsura în care o astfel de tratare nu afectează desfășurarea obligațiilor contractuale sau respectarea obligațiilor prevăzute de Lege. Antreprenorul nu va utiliza și nu va divulga unor terți informații sau documente cu privire la îndeplinirea Contractului fără consimțământul prealabil al Beneficiarului. Antreprenorul va continua să respecte acest angajament 10 ani după primirea plății finale în conformitate cu prevederile subclauzei 51.3 [Plata finală] și va obține de la fiecare membru al Personalului său același angajament. Însă, folosirea referinței Contractului pentru marketing sau ofertare nu necesită acordul prealabil al Beneficiarului.” Față de aceste considerente, Consiliul va respinge critica drept nefondată.

Cu privire la art. 10.4 din modelul contractului subsecvent. "Executantul va asigura și va întreține toate cele necesare pentru cazare precum și facilitățile sociale pentru personalul său. De asemenea, executantul va asigura facilități și pentru personalul achizitorului responsabil pentru buna derulare a contractului". În replică, autoritatea contractantă arată că facilitățile pentru achizitor sunt cele care sunt legate de acces la șantier și direct la lucrările de execuție, iar această clauză a contractului putea fi clarificată printr-o simplă solicitare de clarificare adresată de contestatoare prin intermediul platformei SEAP. Prin afirmația că achizitorul solicită „*facilități de cazare pentru personalul propriu*”, contestatoarea urmărește inducerea în eroare și asimilează în același mod prevederile referitoare la personalul propriu și le aplică și pentru personalul achizitorului, deși clauza nu prevede ceea ce afirmă în contestație. Mai arată autoritatea că afirmația contestatoarei potrivit căreia nu există liste de cantități pentru asemenea cheltuieli (cazare), aceste cheltuieli, potrivit prevederilor legale, se includ la categoria de „cheltuieli indirecte”, lucru neprecizat, dar cunoscut de contestatoare.

Consiliul reține că respectiva clauză este preluată întocmai din modelele de contract tip FIDIC, respectiv subclauza 6.6., „**Facilități pentru Personal și Forța de Muncă**”. Cu excepția altor prevederi ale Specificațiilor, Antreprenorul va asigura și menține toate facilitățile necesare legate de cazare, masă și transport, destinate Personalului propriu. De asemenea, **Antreprenorul va asigura facilități pentru Personalul Beneficiarului, conform celor menționate în Specificații**”, clauze preluate în HG nr. 1/2018 la 41.1.

Cu privire la art. 10.5 pct. 1, 2 și 5 din modelul contractului subsecvent, "1. *Executantul va numi un responsabil care va răspunde pentru securitatea și prevenirea accidentelor pe șantier. Această persoană trebuie să fie calificată pentru o astfel de răspundere și să aibă autoritatea de a emite dispoziții și de a lua măsurile necesare pentru prevenirea accidentelor.* 2. *Pe parcursul execuției lucrărilor, executantul are obligația de a sprijini activitatea persoanei responsabile cu prevenirea accidentelor, în scopul exercitării răspunderii și autorității sale. (...)* 5. *Executantul va păstra un registru și va întocmi rapoarte privind sănătatea, securitatea și facilitățile sociale ale persoanelor, conform cerințelor persoanei autorizate de achizitor*", contestatoarea le consideră drept o exagerare. Autoritatea contractantă menționează că la întocmirea modelului de contract a avut în vedere și a acționat cu diligență prin cuprinderea și a acestei clauze potrivit căreia executantul este obligat să respecte întocmai toate prevederile

legale în domeniul sănătății, securității în muncă, precum și pentru luarea tuturor măsurilor pentru prevenirea accidentelor de muncă, iar această clauză este conformă cu prevederile legale în vigoare cu privire la securitatea și sănătatea în muncă și nu restrânge în nici un fel drepturile nici unui posibil ofertant.

Consiliul reține că această clauză se regăsește, de asemenea, în modelele de contract tip FIDIC, respectiv clauza 6.7. „Sănătatea și Securitatea Muncii Antreprenorul va lua toate măsurile necesare pentru menținerea sănătății și securității Personalului propriu. Antreprenorul se va asigura, în colaborare cu autoritățile sanitare, ca personalul medical, facilitățile de prim ajutor, infirmeria și serviciul de ambulanță sunt asigurate în permanență pe Santier și în taberele de cazare ale Personalului Antreprenorului sau Beneficiarului și ca se iau toate măsurile necesare pentru asigurarea asistentei sociale, condițiilor de igienă și prevenirea epidemiilor. Antreprenorul va numi un responsabil cu securitatea muncii pe Santier, care să răspundă de respectarea normelor de securitate pentru prevenirea accidentelor. Această persoană va fi calificată pentru o astfel de activitate și va avea autoritatea de a emite instrucțiuni și a dispune măsuri de prevenire a accidentelor. Pe parcursul execuției Lucrarilor, Antreprenorul va asigura toate facilitățile necesare acestei persoane pentru exercitarea responsabilității și autorității sale. În situația producerii unui accident, Antreprenorul va transmite, urgent, Inginerului detalii referitoare la producerea accidentului. Antreprenorul va păstra un registru și va întocmi rapoarte referitoare la sănătatea, securitatea și asistența socială acordată persoanelor, precum și la daunele aduse proprietății, așa cum poate solicita Inginerul în mod rezonabil”.

De asemenea, clauza respectivă este preluată și în transpunerea românească a acestui model de contract, respectiv clauza 22.8., iar înregistrarea accidentului la angajator este impusă și de legislația specifică, existând un registru special de formulare pentru înregistrarea accidentului de muncă (FIAM), în condițiile Hotărârii de Guvern 1425 din 2006 pentru aprobarea Normelor metodologice de aplicare a prevederilor Legii securității și sănătății în muncă nr. 319 din 2006.

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

„2. Persoana autorizată de achizitor poate solicita executantului să înlăture (sau să dispună să fie înlăturat) orice persoană angajată pe șantier, care:

- a. persistă în purtare necorespunzătoare sau în lipsă de responsabilitate;
- b. îndeplinește îndatoririle sale cu incompetență sau neglijență;
- c. nu respectă oricare din prevederile prezentului contract;
- d. persistă într-un comportament care periclitizează siguranța și sănătatea sau protecția mediului.

3. Executantul va transmite persoanei autorizate de achizitor detalii privind fiecare categorie de personal precum și al fiecărui tip de utilaj existent pe șantier. (...)

8. Executantul are obligația de a respecta și executa dispozițiile achizitorului în orice problemă, menționată sau nu în contract, referitoare

la lucrare. În cazul în care executantul consideră că dispozițiile achizitorului sunt nejustificate sau inoportune, acesta are dreptul de a ridica obiecții, în scris, fără ca obiecțiile respective să îl absolve de obligația de a executa dispozițiile primite, cu excepția cazului în care acestea contravin prevederilor legale. (...)

15. (...)

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

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

Beneficiarul achizitor, prin persoana autorizată, are dreptul de a solicita executantului să înlăture sau să dispună să fie înlăturată din șantier o persoană cu o purtare necorespunzătoare, un asemenea drept fiind firesc și intrinsec, pentru buna executare a contractului. Marja pretinsă a fi prea largă nu face nelegală sau disproporționată clauza, în condițiile în care solicitarea achizitorului va fi cu bună credință și motivată pe una dintre cele patru litere, nu arbitrară.

Neîntemeiate sunt și criticile legate de punctele 3 și 8 ale art. 10.6, înțelegându-se că deciziile/dispozițiile achizitorului sunt de bună-credință și nu conduc la modificări ale obligațiilor rezultând din caietul de sarcini.

Neîntemeiate sunt și criticile vizând punctul 15 alin. (3), având în vedere că acestea își au originea, ca și cele anterioare, în modelul de contract prevăzut în HG nr. 1/2018, respectiv clauza 16.1 Responsabilități.

Similar, și pentru pct. 20 al clauzei 10.6, respectiv suportarea cheltuielilor de deplasare ale responsabilului cu urmărirea lucrărilor, Consiliul reține că și acestea își au originea în modelul de contract, respectiv 41.2. Pentru efectuarea testelor și inspecțiilor, Antreprenorul:

(a) **va asigura Supervizorul și Personalului Beneficiarului** (dacă este cazul), **temporar și gratuit**, asistență, mostre sau piese de testare, **mașini**, utilaje, **instrumente**, **mână de lucru calificată**, **materiale**, grafice și date de producție solicitate în mod obișnuit și/sau potrivit prevederilor Specificațiilor pentru inspecție și testare, inclusiv echipamente de protecție;

(b) va stabili cu Supervizorul ora și locul testelor;

(c) **va asigura accesul Supervizorului și Personalului Beneficiarului (dacă este cazul) în toate locurile de efectuare a inspecțiilor și testelor.**

41.3. De fiecare dată când o lucrare sau o parte din lucrare ajunge în faza determinantă, în conformitate cu programul de control stabilit de către proiectantul lucrării respective, **Antreprenorul va convoca, în conformitate cu prevederile Legii și în termenul prevăzut de Lege, factorii responsabili în vederea verificării lucrărilor ajunse în fază determinantă și aprobării continuării execuției Lucrărilor.** În

conformitate cu prevederile Legii, vor fi verificate lucrările ajunse în faze determinante, documentele de calitate aferente, precum și măsurile dispuse prin actele de control anterior încheiate. Pe baza constatărilor consemnate în proces-verbal, Supervizorul va acționa, după cum este relevant, în conformitate cu prevederile Contractului, inclusiv, dar nu limitat la clauza 42 [Respingere], clauza 38 [Suspendare], sau va notifica Antreprenorul cu privire la autorizarea continuării execuției Lucrărilor.

41.4. Fără a prejudicia prevederile subclauzei 41.3, de fiecare dată când o lucrare sau o parte din lucrare este terminată și înainte ca aceasta să devină acoperită sau ascunsă, Antreprenorul va înștiința Supervizorul. Supervizorul, fără întârziere nejustificată, va efectua inspecția, testarea și/sau măsurarea necesare sau va înștiința Antreprenorul că aceste activități nu sunt necesare. În cazul în care Antreprenorul nu înștiințează Supervizorul, Antreprenorul, la instrucțiunea Supervizorului, va descoperi lucrările în vederea inspecției, testării și/sau măsurării pe riscul și cheltuiala sa”.

Deci, aceste clauze sunt unele uzuale în astfel de contracte, modelele de contract de tip FIDIC fiind de aplicabilitate universală. Orice antreprenor de specialitate, cunoscător al unui astfel de contract, va ști să își echilibreze cheltuielile, modelele respective fiind cele mai favorabile antreprenorilor, clauzele fiind în echilibru, eliminarea unei clauze creând un dezechilibru contractual.

Cu privire la punctul 8, contestatoarea consideră că executantul nu poate fi obligat să respecte dispozițiile achizitorului în orice problemă "menționată sau nu în contract", arătând, spre exemplu, că în situația în care se solicită executarea unor lucrări suplimentare pentru care nu există listă de cantități, ar fi total nelegal ca executantul să se supună "ordinului", exemplul poate fi extins la orice alte obligații. Consiliul reține că și această clauză își are originea în modelul de contract, iar în actuala documentație este urmată de pct. 9, unde se menționează că aceste costuri vor fi suportate de antreprenor. În toate lucrările de construcții apar permanent lucrări suplimentare, antreprenorul neavând dreptul să le refuze. Modelele de contract de acest gen cuprind clauze de natură a reechilibra situația juridică, neexistând impedimente de ordin juridic sau dezechilibre care să conducă la modificarea respectivei clauze.

Cu privire la pct. 15 alin. (3), contestatoarea arată că transportul materialelor este o activitate ce face obiectul contractului, remunerată conform prețurilor ce vor fi introduse în listele de cantități, subliniind, în plus, că dacă pentru această activitate se produc anumite deteriorări unui pod / drum, fără a fi implicată culpa executantului, nu poate fi considerată proporțională o clauză în care executantului i se impune suportarea "pagubei". Consiliul reține că respectiva clauză, preluată, așa cum s-a arătat, din modelul de contract aferent HG nr. 1/2018, presupune ideea de culpă, și nu orice uzură normală a drumului. Astfel, în condițiile în care antreprenorul răstoarnă betonul pe carosabil, în condițiile în care administratorul drumului reclamă acest lucru, potrivit regulilor general, acesta va fi obligat să remedieze paguba. Similar, dacă o basculantă sau un utilaj deteriorează balustrada podului, este normal să suporte paguba,

nefiind nimic ieșit din comun în aceste clauze, acestea fiind, așa cum s-a arătat, uzuale în astfel de contracte.

În ceea ce privește asigurarea, respectiv Art. 20 "Asigurări" din modelul contractului subsecvent, Consiliul reține că acesta nu trebuie eliminat, fiind o clauză uzuală în contractele de lucrări. Textul are următorul conținut: "20.1 (1) Executantul are obligația de a încheia, înainte de începerea lucrărilor, o asigurare ce va cuprinde toate riscurile ce ar putea apărea privind lucrările executate, utilajele, instalațiile de lucru, echipamentele, materialele pe stoc, personalul propriu și reprezentanții împuterniciți să verifice, să testeze sau să recepționeze lucrările, precum și daunele sau prejudiciile aduse către terțe persoane fizice sau juridice.

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

Potrivit regulilor contabile, Cheltuieli indirecte – sunt acele cheltuieli care nu se pot identifica și atribui direct pe un anumit obiect de calculație, ci privesc întreaga producție a unei secții sau a persoanei juridice în ansamblul ei. Cheltuielile privind asigurarea obligatorie prevăzută prin contracte la condițiile speciale de contractare a lucrărilor de construcții pe perioada execuției sunt introduse, în general, în categoria cheltuielilor indirecte.

Potrivit clauzei 16.2.din modelul de contract aferent HG nr. 1/2018, „Asigurare”

„a) Asigurare - aspecte generale

Începând cu Data de Începere sau mai devreme, și pe durata executării Contractului, **Antreprenorul se asigură că el, Personalul său, inclusiv Subcontractanții săi și orice persoană pentru care Antreprenorul este responsabil, sunt asigurați corespunzător de societăți de asigurare recunoscute pe piața europeană a asigurărilor.**

La Data de Începere, Antreprenorul va transmite Beneficiarului și Supervizorului o copie a tuturor certificatelor de asigurare ce indică faptul că obligațiile Antreprenorului cu privire la asigurări sunt respectate, precum și a polițelor. **Pe durata executării Contractului, Antreprenorul va transmite fără întârziere, după plata fiecărei prime de asigurare și oricând la cererea Supervizorului, o versiune actualizată a certificatelor de asigurare.**

Antreprenorul va obține de la asiguratori angajamentul de a informa personal și direct Beneficiarul și Supervizorul cu privire la orice eveniment ce poate reduce, anula sau modifica în orice fel asigurarea în cauză. Asiguratorii vor transmite aceste informații în cel mai scurt timp posibil și, în orice caz, cu cel puțin 30 de zile înainte de reducerea, anularea sau modificarea asigurării. Beneficiarul își rezervă dreptul de a-l despăgubi pe asigurator **în cazul în care Antreprenorul nu plătește prima, fără a afecta dreptul Beneficiarului de a recupera suma astfel plătită și de a solicita ulterior despăgubire pentru potențialele daune rezultate”.**

Din clauza respectivă rezultă că asigurarea se realizează pe cheltuiala antreprenorului. Că ea este decontată ca atare sau că este inclusă în cheltuielile indirecte, este o chestiune la latitudinea părților. Suportarea

cheltuielilor de asigurare de antreprenor are legătură directă cu definiția contractului 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."* Întrucât până la predarea șantierului riscul este al său, existența polițelor de asigurare reprezintă un avantaj pentru antreprenor, protejându-l de toate riscurile aferente, dându-i posibilitatea, în situația apariției evenimentelor, să poată reface lucrările. Deci, este de interes pentru antreprenor ca el să fie cel care plătește polițele, aceasta fiind practica uzuală în materie de contracte de antrepriză.

Cu privire la art. 15.1 alin. (2) din modelul contractului subsecvent, *"(2) Prin excepție de la prevederile alin. (1) durata de execuție nu se va prelungi în cazul în care acesta a constituit factor de evaluare a ofertei"*, contestatoarea arată că respectiva clauză nu are aplicabilitate, întrucât durata de execuție nu reprezintă factor de evaluare, conform fișei de date a achiziției. Consiliul reține ca fiind întemeiată critica respectivă, durata de execuție a lucrărilor nefiind factor de evaluare.

În ceea ce privește decalarea datei de depunere a ofertelor, Consiliul are în vedere că procedura a fost suspendată, iar autoritatea contractantă trebuie să aducă modificările la cunoștința potențialilor ofertanți. Din acest motiv, Consiliul reține că scopul urmărit de contestatoare, de decalare a datei depunerii ofertelor a fost atins, iar modificările dispuse nu sunt de amploare, astfel încât nu se impune un termen mai mare decât cel necesar pentru aducerea la îndeplinire a celor dispuse prin decizie, Consiliul urmând a respinge această cerere.

În ceea ce privește capătul de cerere subsidiar, privind eliminarea clauzei contestate și publicarea în SEAP a modelului de contract subsecvent, Consiliul o va respinge ca nefondată, neexistând vreo obligație legală în acest sens, dar și pe motiv că admiterea contestației nu a condus la modificări esențiale ale modelului de contract.

În consecință, luând în considerare cele mai sus menționate, în temeiul art. 26 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite în parte contestația formulată de ... SRL, în contradictoriu cu ..., respectiv va dispune eliminarea pct. 24 de la art. 10.6 din modelul de contract subsecvent, și a art. 15.1 alin. (2) din același act.

În temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge, ca nefondate, restul criticilor formulate de contestatoare.

În ceea ce privește cheltuielile de judecată, Consiliul ia act că societatea contestatoare a depus dovada achitării acestor cheltuieli, respectiv OP emis de Uni Credit BANK, în valoare de 2.996,87 lei, reprezentând onorariu pentru dosarul aferent prezentei contestații.

Având în vedere soluția dispusă, Consiliul va admite în parte cererea de acordare a cheltuielilor de judecată, respectiv va obliga autoritatea contractantă la plata către contestatoare a sumei de 1000 lei.

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

CONSILIUL DECIDE:

În temeiul art. 26 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, admite în parte contestația formulată de ... SRL, în contradictoriu cu ..., respectiv va dispune eliminarea pct. 24 de la art. 10.6 din modelul de contract subsecvent, și a art. 15.1 alin. (2) din același act.

În temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, respinge, ca nefondate, restul criticilor formulate de contestatoare.

Obligă autoritatea contractantă la plata către contestatoare a sumei de 1000 lei, reprezentând onorariu avocat.

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.

PREȘEDINTE,

...

....

...

MEMBRU,

MEMBRU,

Redactată în 4 (patru) exemplare, conține 28 (douăzeci și opt) pagini.