



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C. N. S. C.

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

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

DECIZIE

Nr. 675 / C3 / 514

Data: 01.04.2021

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

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

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

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

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

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

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

3.1 art. 4.6 din modelul acordului cadru:

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

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

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

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

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

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

3.3 art. 10.4 din modelul contractului subsecvent:

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

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

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

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

2. Persoana autorizată de achizitor poate solicita executantului să înlăture (sau să dispună să fie înlăturat) orice persoană angajată pe șantier, care:
 - a. persistă în purtare necorespunzătoare sau în lipsă de responsabilitate;
 - b. îndeplinește îndatoririle sale cu incompetență sau neglijență;
 - c. nu respectă oricare din prevederile prezentului contract;
 - d. persistă într-un comportament care 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, de la sediul instituției la punctul de lucru unde se execută lucrările și înapoi la sediu, ori de câte ori este necesar. Această solicitare se va aduce la cunoștința executantului de către Achizitor cu 24 de ore înainte.

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

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

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

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

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

în consecință:

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

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

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

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

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

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

Prin contestația de față, ... SRL critică documentația de atribuire, respectiv unele dintre clauzele modelelor de acord-cadru și contract subsecvent elaborate de către autoritatea contractantă JUDEȚUL, în cadrul procedurii de atribuire menționată în partea introductivă.

În motivarea demersului său, contestatoarea învederează că, potrivit art. 10.6 pct. 24 din modelul de contract subsecvent: *"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, cuprinsă în secțiunea 10 - *"Obligațiile executantului"*, subsecțiunea 10.6 - *"Personalul și echipamentul, documente necesare pentru decontare"*, este nelegală, nejustificată și excesivă. Legiuitorul tratează contractul de achiziție publică ca fiind un contract comutativ, nu unul aleatoriu. Atât reglementarea de drept comun (art. 1851 Cod civ. - *"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."*), cât și reglementarea specifică achizițiilor publice de lucrări cuprind prevederi referitoare la determinarea prețului în contractele de achiziții publice, prețul fiind întotdeauna determinat sau determinabil. Clauza contestată transformă contractul dintr-un contract comutativ, în unul aleatoriu, întrucât nu se poate cunoaște nici momentul când va fi cazul unei restituiri de sume și nici cuantumul acestei sumei.

Clauza este lipsită de cauză juridică pentru executant și contravine principiilor asumării răspunderii autorității, personalității sancțiunilor și *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*. Ea transformă raportul organelor de control în izvor de obligații pentru executant, deși destinatarul acestor rapoarte nu este executantul, ci autoritatea contractantă. Mai mult decât atât, autoritatea contractantă/reprezentanții acesteia se îmbogățește/îmbogățesc fără just temei (nemaifiind obligată/obligați să acopere prejudiciul cauzat de propria faptă). Clauza poate fi sursă de abuzuri din partea autorității, motiv pentru care ea trebuie eliminată.

Raportat la art. 137 alin. (3) lit. b) din normele Legii nr. 98/2016, nu este necesar ca o anumită clauză să fie în contradicție cu o prevedere expresă a legii pentru a putea fi modificată/eliminată.

Toate clauzele contestate 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.

Cu privire la art. 4.6 din modelul acordului-cadru, sunt aplicabile argumentele de mai sus. Dacă încălcarea la care face referire clauza este imputabilă executantului, potrivit prevederilor legale aplicabile, 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.

Cu privire la art. 10.1 pct. (1) și (6) din modelul contractului subsecvent, el nu are aplicare în speță, întrucât obiectul contractului nu implică servicii care comportă un anumit "secret profesional". În plus, este disproporționat ca executantul să fie "consilier de încredere pentru Achizitor". 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 de 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. Ea poate determina operatorii să evite participarea la procedura de atribuire, pentru a nu se "încărca" cu responsabilități și obligații dificil de respectat, care să îi expună unor pretenții de despăgubire semnificative și de nedorit.

Cu privire la art. 10.4 din modelul contractului subsecvent, este disproporționat ca achizitorul să solicite cheltuieli de cazare și alte facilități pentru personalul său, iar listele de cantități să nu cuprindă asemenea poziții. 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 a obiectul contractului, nu sunt necesare cheltuieli privind "cazare" și "facilități sociale". Obiectul contractului implică execuția de lucrări, nu cazarea și acordarea de "facilități sociale" personalului executantului sau al 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.

Legat de art. 10.5 pct. (1), (2) și (5) din modelul contractului subsecvent, impunerea existenței unei persoane calificate 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".

Legat de art. 10.6 pct. (2), (3) și (8), art. 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 aceea 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, se precizează că executantul nu poate fi obligat să respecte dispozițiile achizitorului în orice problemă "menționată sau nu în contract".

De exemplu, dacă 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.

Cu privire la pct. 15 alin. (3), transportul materialelor este o activitate care 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". 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 civ.), 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 și 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". 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.

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 nr. 839/2009 privind aprobarea normelor metodologice de aplicare a Legii nr. 50/1991 privind autorizarea executării lucrărilor de construcții. Practic, apreciază contestatoarea, clauza este de donație către achizitor, fiind încălcat caracterul oneros al contractului de achiziție publică și forma autentică prevăzută de lege pentru donații.

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. 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.

Pentru art. 20 din modelul, contestatoarea reiterează că se va încheia un contractul comutativ, nu 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 C. civ.). De asemenea, listele de cantități nu cuprind poziții pentru decontarea de cheltuieli privind asigurarea la care face trimitere art. 20.

Limitele dreptului autorității contractante de a fixa clauzele contractului de achiziție publică

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, 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 considerată 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.

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.

Încercarea autorității contractante de a încălca principii de drept fundamentale aplicabile prin includerea clauzei contestate, 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.

În jurisprudență s-a admis că autoritatea contractantă stabilește conținutul clauzelor obligatorii cu respectarea limitelor puterii discreționare recunoscută autorității administrative, prezența acestor

clauze fiind subînțeleasă și decurgând din necesitatea realizării interesului general.

Limitele în cauză sunt însă lăsate la latitudinea autorității care, într-o accepțiune subiectivă, își exercită atribuita 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 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 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 nr. 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.

În drept, contestatorul își întemeiază criticile pe dispozițiile Legii nr. 98/2016, ale HG nr. 395/2016, ale Legii nr. 101/2016, precum și a celorlalte prevederi legale menționate în cuprinsul contestației.

Prin adresa nr. 39302/15.03.2021, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 13249/17.03.2021, autoritatea contractantă transmite dosarul achiziției publice, în copie, precum și punctul de vedere cu privire la contestația în cauză, solicitând Consiliului respingerea contestației SRL, ca nefondată.

Susține că toate prevederile din cadrul clauzei de la art. 4.6 din modelul acordului cadru sunt prevederi formulate în conformitate cu

textele 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, cu modificările și completările ulterioare: „a) abatere profesională - orice comportament culpabil care afectează credibilitatea profesională a operatorului economic în cauză, cum ar fi încălcări ale drepturilor de proprietate intelectuală, săvârșite cu intenție sau din culpă gravă, inclusiv încălcări ale normelor de deontologie în sensul strict al profesiei căreia îi aparține acest operator.

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 și, prin urmare, nu poate fi catalogată abuzivă sau nelegală.

Referitor la criticile aduse clauzei de la art. 10.1 pct. (1) și (6) din modelul contractului subsecvent, autoritatea contractantă precizează: 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, achizitor fiind UAT Județul, potrivit prevederilor legale, numai achizitorul este în măsură să informeze locuitorii din județul 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 apreciem faptul că 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.

Clauza de la art. 10.4 din modelul contractului subsecvent - Prin „facilități și pentru personalul achizitorului responsabil pentru buna derulare a contractului” se înțeleg facilitățile pentru achizitor care sunt legate de accesul la șantier și direct la lucrările de execuție.

În opinia autorității contractante, 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 susține 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.

Art. 10.5 pct. (1), (2) și (5) din modelul contractului subsecvent - Autoritatea contractantă, 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.

Clauza de la art. 10.6 pct. (2), (3), (8), 15 alin. (3) și (20) din modelul contractului subsecvent - Analizând punctele 2, 3, 8, 15 alin. (3) care au fost contestate, autoritatea contractantă apreciază că solicitările sunt legale și vin în sprijinul derulării contractului în condiții civilizate și duc la înlăturarea oricărui factor care ar putea perturba buna desfășurarea 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 îndeplinite de personalul care va lucra pe șantier, în ceea ce privește producerea de „deteriorări sau distrugerii 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", autoritatea contractantă subliniază faptul că această clauză se referă la cazuri concrete în care 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 distrugerii, atunci se face răspunzător de acestea. Aceste lucruri se pot întâmpla ca urmare a unei eventuale încălcări a prevederilor legale în 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, 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", consideră autoritatea contractantă că, 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.

Clauza de la art. 10.6 pct. 24 din modelul de contract subsecvent - 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, neputând astfel afirma că am fi în ipoteza transformării unui contract comutativ în unul aleatoriu.

Clauza de la art. 15.1 alin. (2) din modelul contractului subsecvent - 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.

Clauza de la art. 20 „Asigurări" din modelul contractului subsecvent - Autoritatea contractantă 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 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 posibilor ofertanți, respectiv al executanților lucrărilor.

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

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 în aleatoriu 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.

Trebuie subliniat faptul că 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 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, 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 autoritatea contractantă precizează că, 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.

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.

Cu privire la celelalte clauze contestate, autoritatea contractantă precizează:

Contrar susținerii contestatoarei, pentru ca o clauză să fie eliminată este necesară ca acea clauză să deroge de la prevederile legislației în vigoare, așa cum este specificat în numeroase ghiduri de bune practici emise de Consiliu.

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, 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, însă, în schimb nu a uzat de această posibilitate ci a contestat clauzele respective din contract.

Așa cum rezultă și din cele menționate mai sus, prevederile clauzelor contestate puteau fi clarificate și explicate de către autoritatea contractantă, dacă contestatoare 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 temeinice și bine justificate, atâta vreme cât acestea sunt de fapt interpretări ale contestatoarei și intenție de a duce în eroare prin aceste interpretări total deplasate.

Documentația de atribuire reprezintă „documentul achiziției care cuprinde cerințele, criteriile, regulile și alte informații necesare 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, inclusiv specificațiile tehnice ori documentul descriptiv, condițiile contractuale propuse, formatele de prezentare a documentelor de către candidați/ofertanți, informațiile privind obligațiile generale aplicabile” așa cum este prevăzut în art. 3, alin. (1), lit. z) din Legea nr. 98/2016, privind achizițiile publice.

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 completa, corectă și explicita cu privire la cerințe sau elemente ale achiziției, obiectul contractului și modul de desfășurare a procedurii de atribuire”.

Astfel, apreciază autoritatea contractantă, 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, prezentându-le ca o voință și un interes comun al tuturor posibililor ofertanți.

Contestatoarea enumeră o serie de articole din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, prevederi legale care ar fi încălcate de autoritatea contractantă prin clauzele modelelor de contract contestate și că autoritatea contractantă ar fi stabilit anumite obligații în sarcina posibililor ofertanți, care „contravin unor prevederi legale” așa cum s-a exprimat aceasta, dar pentru care nu oferă nici un argument care ar fundamenta aceste susțineri.

Prin documentația de atribuire, respectiv prin modelele de contract contestate, nu este îngrădit accesul operatorilor economici la procedura de achiziție, clauzele contestate nu cuprind obstacole care ar conduce la restrângerea concurenței, nefiind demonstrat de contestatoare nici un 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.

Pentru toate aceste motive, autoritatea contractantă solicită respingerea contestației formulată de SRL, ca nefondată, în temeiul art. 26, alin. (6) din Legea nr. 101/2016.

Față de susținerile părților și documentele depuse la dosarul cauzei, CONSILIUL reține cele ce urmează:

JUDEȚUL, în calitate de autoritate contractantă, a organizat o procedură de atribuire licitație deschisă online, în vederea încheierii unui Acord-cadru de lucrări pentru „Întreținere curentă și periodică - plumbări și covoare bituminoase - pe drumurile județene - județul, pentru perioada 2021-2022”, număr de referință: 4245763_2021_PAAPD1178299, cod CPV 71322000-1, prin publicarea în SEAP, a anunțului de participare nr. CN1028848/01.03.2021 conform căruia valoarea estimată a procedurii este 23.015.361,40 lei, fără TVA. Conform anunțului, criteriul de atribuire al contractului este „Cel mai bun raport calitate – preț”.

Având în vedere criticile formulate de SRL, Consiliul va reține următoarele aspecte:

La secțiunea II.1.4) Descriere succintă din anunțul de participare, autoritatea contractantă a precizat următoarele: „Se vor executa lucrări de întreținere curentă (plumbări) și întreținere periodică (covoare bituminoase) pe drumurile județene din județul Lucrările de întreținere pentru care se vor încheia Acorduri cadru sunt împărțite în două loturi: - Lot nr. 2 – Zona Gheorgheni - Lot nr. 3 – Zona Odorhei și Cristur. Lucrările se vor executa pe bază de contracte subsecvente încheiate după emiterea ordinului de începere a autorității contractante. Principalele lucrări care urmează a fi executate: Lucrări de întreținere curentă: - Plumbări, colmatarea rosturilor/crăpăturilor, tratare burdușiri și tasări locale, decaparea mecanică a îmbrăcăminții existente; Lucrări de întreținere periodică: - Covoare bituminoase, ridicarea la cotă capac/cămin/grătar de scurgere. De asemenea se vor include suprafețele existente aferente dotărilor drumurilor județene, respectiv platforme pentru mijloace de transport în comun, parcuri, refugii, alveole, precum și trotuarele, insulele de dirijare, refugiile pentru pietoni și piste pentru bicicliști. Numărul de zile până la care se pot solicita clarificări înainte de data limita de depunere a ofertelor: 16. Autoritatea contractanta va răspunde în mod clar și complet tuturor solicitărilor de clarificări/informațiilor suplimentare în a 11 zi înainte de termenul stabilit pentru depunerea ofertelor”.

..... SRL nu a cerut clarificări autorității la modelul de acord-cadru și la modelul de contract subsecvent, ci a făcut direct contestație FN la CNSC, conform Legii nr. 101/2016.

Cu adresa nr. 207/12.03.2021, transmisă prin fax și apoi în original, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 12313/12.03.2021, contestatorul depune recipisa de consemnare a

cauțiunii nr. 206886037/1/10.03.2021, emisă de CEC Bank – Sucursala Miercurea Ciuc, recipisă în valoare de 70.000 lei.

Consiliul, văzând că este contestată documentația de atribuire, se va raporta la conținutul ei, cum este definită la art. 3 alin. (1) lit. z din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, cu modificările și completările ulterioare: z) documentația de atribuire - documentul achiziției care cuprinde cerințele, criteriile, regulile și alte informații necesare 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, inclusiv specificațiile tehnice ori documentul descriptiv, condițiile contractuale propuse, formatele de prezentare a documentelor de către candidați/ofertanți, informațiile privind obligațiile generale aplicabile.

Documentația de atribuire cuprinde și fișierele publicate în SICAP de autoritatea contractantă JUDEȚUL [CN1028848/00010] ModelSubsecventPlombariCovoare2021_2022.pdf.p7s CN1028848/00011] ModelAcordCadruPlombariCovoare2021_2022.pdf.p7s, la 01.03.2021.

Este criticată clauza 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.", critică întemeiată, fiindcă organele abilitate pentru verificare și control nu pot stabili obligații de restituire în sarcina unui terț, cum este viitorul operator contractant, care nici nu e chemat să se apere, ci a autorității contractante verificate și controlate. Ea nu poate să pretindă contractantului care a finalizat lucrarea să restituie sumele pe care ea le datorează, pentru propriile nereguli. Desigur, pentru neîndeplinirea obligațiilor contractuale, intervine răspunderea contractuală a contractantului, care este personală și subiectivă, nu obiectivă, 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.

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."

clauza este tot nelegală, fiindcă, pe de o parte, dacă este a promitentului – achizitor, răspunderea pentru „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”, dacă este chemat în justiție îl poate indica drept răspunzător direct pe promitentul – executant. Adică, JUDEȚUL nu răspunde pentru fapta delictuală a altuia, cum este promitentul – executant.

Pe de altă parte, expresia „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” este neclară și, asemenea celei de la lit. a trebuie eliminată din model, legislația în vigoare fiind suficientă pentru reglementarea dreptului de regres.

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.",
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.

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".

Consiliul consideră că o astfel de clauză trebuie eliminată, deoarece, cât privește obligațiile executantului față de personalul său, referitor la cazare precum și facilitățile sociale, acestea se regăsesc în cuprinsul art. 10.3 *Legislația Muncii și Programul de lucru. 1. Executantul va respecta întreaga legislație a muncii care se aplică personalului, inclusiv legislația în vigoare privind angajarea, programul de lucru, sănătate, securitatea muncii, asistență socială, emigrare și repatriere, și îi va asigura acestuia toate drepturile legale.*

Deci, includerea unei astfel de obligații și la art. 10.4 devine redundantă.

Cât privește obligația de asigurare a facilităților și pentru personalul achizitorului, nu pot fi reținute, ca pertinente, justificările achizitorului, din punctul de vedere, că ar fi *legate de acces la șantier și direct la lucrările de execuție*, deoarece acestea nu sunt *facilități sociale*, ci se încadrează la obligații rezultate din regulile impuse de tipul de contract (de exemplu, cele referitoare la urmărirea lucrărilor de către responsabilului numit de beneficiar). Ele nu pot fi incluse în categoria cheltuielilor indirecte, întrucât acestea sunt cheltuieli ocazionate de derularea contractului de lucrări și de implicarea propriilor resurse de personal, de către executant, nu de activități ale beneficiarului lucrărilor.

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.",
nu sunt nelegale și nici disproporționate, decât în măsura în care nu este stabilită frecvența și utilitatea rapoartelor pe care trebuie să le asigure responsabilul angajat al executantului, în beneficiul persoanei autorizate de achizitor. În fapt, responsabilul cu sănătatea și securitatea în muncă are obligația de a asigura serviciile specifice ocupației profesionale, în raport cu angajatorul său/executantul și cu privire la personalul acestuia. Or, tocmai pentru o corectă dimensionare a implicării suplimentare,

autoritatea contractantă trebuia să precizeze ce rapoarte suplimentare și care ar fi numărul lor, pentru ca activitatea să fie corect cotate în ofertă, de către toți ofertanții. Prin urmare, se impune eliminarea expresiei "conform cerințelor persoanei autorizate de achizitor" din cadrul punctului 5 al art. 10.5.

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

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

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

b. îndeplinește îndatoririle sale cu incompetență sau neglijență;

c. nu respectă oricare din prevederile prezentului contract;

d. persistă într-un comportament care 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, 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.

În schimb, sunt întemeiate cele împotriva punctelor 15 alin. (3) și 20, clauze nelegale, fiindcă, pe de o parte, achizitorul nu răspunde pentru fapta altuia, adică a executantului, iar pe de altă parte, dacă este a achizitorului răspunderea pentru „deteriorări sau distrugerii ale oricărui pod sau drum” provocate de executant, îl poate indica drept răspunzător direct pe respectivul executant. Adică, JUDEȚUL nu răspunde pentru fapta delictuală a altuia, cum este promitentul – executant.

Consiliul va obliga achizitorul să elimine pct. 20 al clauzei 10.6, întrucât cheltuielile de deplasare ale responsabilului cu urmărirea lucrărilor sunt în sarcina beneficiarului angajator. Prin numirea unui astfel de responsabil, autoritatea contractantă trebuie să îi asigure acestuia toate condițiile pentru prestarea activităților, implicit și costurile de transport, pentru îndeplinirea sarcinilor.

Susținerea autorității contractante, din punctul de vedere, că o astfel de clauză ar fi aplicabilă pentru *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*, nu poate face obiectul unei clauze obligatorii pentru executant.

Se impune eliminarea 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.", fiindcă durata de execuție nu constituie factor de evaluare a ofertei la această licitație.

Art. 20 "Asigurări" din modelul contractului subsecvent nu trebuie eliminat, fiind o clauză uzuală în contractele de lucrări, ci doar reformulat în sensul că ofertantul își poate recupera de la autoritatea beneficiară a lucrărilor, prin categoria cheltuielilor ce urmează a fi indicată de autoritate, contravaloarea primelor de asigurare:

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

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

Văzând că sunt necesare măsuri de remediere a documentației de atribuire, va fi admis și capătul de cerere de prelungire a termenului de depunere a ofertelor.

Fiindcă autoarea contestației nu a probat nicio cheltuială de judecată, Consiliul va respinge capătul de cerere de acordare a cheltuielilor de judecată.

Pentru motivele ce preced, considerând întemeiate unele critici ale contestatoarei, Consiliul va admite în parte contestația, pe temeiul prevederilor art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, va anula clauzele nelegale ale documentației și va obliga autoritatea contractantă la eliminarea lor din documentația de atribuire, precum și la modificarea celorlalte clauze, în maxim 15 zile, cu prelungirea termenului de depunere a ofertelor.

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

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

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

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

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

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

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

PREȘEDINTE,

MEMBRU,

OPINIE SEPARATĂ,

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

Cu titlu preliminar, se cuvine a fi punctat că autoarea contestației se încadrează în categoria profesioniștilor, astfel cum sunt ei determinați de art. 3 alin. (2) și (3) C. civ., citite împreună cu art. 8 alin. (1) din Legea nr. 71/2011 pentru punerea în aplicare a Legii nr. 287/2009 privind Codul civil. De asemenea, ea este prezumată a fi un profesionist și în materia procedurilor de atribuire a contractelor publice la care participă, având o capacitate de analiză și interpretare ridicată, specifică profesioniștilor materiei, dincolo de exprimările potențial deficitare regăsite în documentația de atribuire. Pe de altă parte, documentația de licitație pusă la dispoziție de autoritatea achizitoare trebuie să fie în măsură să permită tuturor ofertanților mediu informați și care dau dovadă de o diligență normală să înțeleagă întinderea exactă a cerințelor acesteia, inclusiv a clauzelor contractuale, și să le interpreteze în același fel (relevantă este, spre pildă, *mutatis mutandis*, Hotărârea din 12 martie 2008 a Tribunalului de Primă Instanță, cauza T-345/03, *Evropaiki Dynamiki – Proigmena Systimata Tilepikoinonion Pliroforikis kai Tilematikis AE împotriva Comisiei Comunităților Europene*, punctul 145).

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

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

achiziției este județul achizitor, singurul în măsură să îl stabilească în funcție de propriile necesități și oportunități, iar nu un terț, fie el viitor ofertant sau o instanță jurisdicțională. Excluderea unei categorii de servicii – necesare autorității, precum cele legate de accesul la șantier și direct la lucrările de execuție – din domeniul contractului pe cale jurisdicțională reprezintă o intruziune în sfera autonomiei autorității administrative, nepermisă chiar de primul articol al Legii fundamentale, coroborat cu art. 1.169 C. civ. și nu numai.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

MEMBRU,

Redactat în 4 exemplare originale, conține 25 pagini.