



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C. N. S. C.

Str. Stavropoleos nr. 6, sector 3, București, cod poștal 030084, România
Tel: +4 021.310.46.41 Fax: +4 021.890.07.45 și +4 021.310.46.42 www.cnscl.ro

În conformitate cu prevederile art. 266 alin. (2) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii, aprobată cu modificări și completări prin Legea nr. 337/2006, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul adoptă următoarea,

DECIZIE

Nr. ... / ... / ...

Data: ...

Prin contestația nr. ... înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. ... depusă de ... cu sediul în ... CUI ... privind procedura de licitație deschisă pentru încheierea acordului-cadru de servicii de administrare clădiri și spații pentru unitățile de învățământ preuniversitar aflate în administrarea "... - ...", cât și a sediului "... - ...", coduri CPV 50720000-8, 45400000-1, 50300000-8, 77310000-6 și 90921000-9, cu data inițială de deschidere a ofertelor 12.07.2013, organizată de ... cu sediul în ... în calitate de autoritate contractantă, contestatoarea a solicitat, în principal, anularea procedurii de atribuire și, în subsidiar, lotizarea procedurii și remedierea modului de întocmire a propunerilor financiare și tehnice.

În baza legii și a documentelor depuse de părți,
CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

DECIDE:

În temeiul art. 278 alin. (2) și (6) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii, cu modificările și completările ulterioare, pentru considerentele evocate în motivarea prezentei, admite contestația ... nr. ... în contradictoriu cu ... și anulează procedura de încheiere a acordului-cadru de servicii de administrare

clădiri și spații pentru unitățile de învățământ preuniversitar aflate în administrarea "... - ...", cât și a sediului "... - ...", coduri CPV 50720000-8, 45400000-1, 50300000-8, 77310000-6 și 90921000-9, cu data inițială de deschidere a ofertelor 12.07.2013.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 280 alin. (1) și (3) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006. Împotriva prezentei decizii se poate formula plângere în termen de zece zile de la comunicare.

MOTIVARE

În luarea deciziei s-au avut în vedere următoarele:

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 266 alin. (1) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, să soluționeze contestația de față, prin care operatorul economic ... reclamă inițierea procedurii de atribuire menționată în partea introductivă și documentația de organizare a ei, învederând în motivare că, pentru unele dintre activitățile care fac obiectul achizitiei, are deja încheiate contracte cu unitati de invatamant de pe raza sectorului 1, context în care o nouă achizitie a lor nu este justificata.

Deși toate unitatiile in care se vor derula activitatiile din caietul de sarcini au bugete proprii aprobate de catre Consiliul Local al Sectorului 1, în prezenta licitație ... nu actioneaza in numele altor autoritati contractante.

Activitatiile care fac obiectul acordului-cadru constau în diverse servicii (intretinere si reparatii, curatenie, intretinere si amenajare spatii verzi, servicii DDD etc), dar si lucrari (reparatii, finisaje etc).

Art. 143 din ordonanță prevede că autoritatea nu are dreptul de a utiliza in mod abuziv sau impropriu acordurile-cadru, astfel incat sa impiedice, sa restranga sau sa distorsioneze concurenta, text pe care organizatoarea licitației nu îl respectă. Pentru majoritatea activitatilor, pentru a putea fi executate/prestate, operatorii economici au obligatia de a detine atestate/avize/autorizatii. Prin atribuire globală a activitatilor, autoritatea contractanta restrictioneaza, impiedica si distorsioneaza concurenta, obligand la asociere sau subcontractare pentru parti din acordul-cadru.

De asemenea, art. 65 lit. c) din Hotărârea Guvernului nr. 925/2006 stabilește că autoritatea nu are dreptul de a încheia acorduri-cadru pe baza cărora să atribuie contracte subsecvente de tipuri sau natura diferite unele fata de altele. Or, activitatiile scoase la licitație sunt "complet" diferite, de la reparatii IT, la reparatii si amenajare spatii verzi; de la servicii DDD la lucrari de finisare/investitii constructii.

În pofida faptului ca serviciile au ca destinatie locuri/spatii in care se desfasoara activitati prescolare și scolare, autoritatea omite să solicite licenta "ANRSC" clasa I. In schimb, solicita ca ofertantilor sa dispună de 12 operatori DDD - personal cu caracter temporar. Așadar, nu se solicită licență, dar se solicita personal.

Deși procedura se finalizează prin incheierea unui acord-cadru, participantii sunt obligati sa faca dovada detinerii/disponerii unei sume de 25.000.000 lei pentru o perioada de 3 luni (cash flow). In Ordinul presedintelui Autorității Naționale pentru Reglementarea și Monitorizarea Achizițiilor Publice nr. 509/2011, anexa nr. 1, se precizeaza formula de calcul al cash flow-ului, dar in situatia contractelor unde activitatiile si valorile sunt certe, iar operatorii economici trebuie sa sustina financiar contractul pana la receptia lucrarilor/serviciilor. În plus, Legea nr. 73/2013 prevede ca termen de plata a facturilor 30 de zile de la acceptarea lor. Așadar, cerinta de "cash flow" este disproportionata in raport cu activitatiile din caietul de sarcini și conduce la restrictionarea participarii la procedura de atribuire.

Cu privire la experienta similara/generala, deși procedura este incadrata in categoria servicii, autoritatea solicita "principalele lucrari de constructii realizate in ultimii 5 ani, continand valori, perioade de executie, beneficiari, indiferent daca acestia din urma sunt autoritati contractante sau clienti privati", cerinta care excede art. 188 alin. (2) din ordonanță și, totodata, confirma că natura si tipul contractelor subsecvente vor fi diferite. Autoritatea nu precizeaza care sunt valorile fiecarui tip de servicii/lucrari din acordul-cadru, dar, in schimb, solicita praguri la experienta similara pentru fiecare categorie de servicii/lucrari cuprinse in caietul de sarcini.

Referitor la personalul solicitat, nu se arată care au fost activitatiile unui contract subsecvent care au determinat autoritatea să îl solicite. Pe de altă parte, acest personal este auxiliar, respectiv nu se incadreaza in prevederile art. 188 alin. (2) lit. c)-e) din ordonanță. Prin urmare, cerinta este excesiva si abuziva.

În aceeași situație se află și cerința "Standarde de asigurare pentru sistemul de management al securitatii informatiei - certificatul ISO 27001/2006", care excede prevederilor legale.

Față de diversitatea de servicii si lucrari grupate în cadrul procedurii, prin aplicarea criteriului de atribuire "pretul cel mai scazut", respectiv nepunctarea activitatilor din caietul de sarcini cu privire la caracteristici privind nivelul calitativ, tehnic si functional, caracteristici de mediu, termen de prestare sau de executie, alte elemente considerate semnificative pentru evaluarea ofertelor, ci doar a pretului, se incalca principiul utilizarii fondurilor. Autoritatea nu va putea identifica oferta care satisface cel mai bine nevoile sale.

În ceea ce privește solicitarea graficului Gantt, ea este excesiva și irelevantă, deoarece procedura se finalizează prin încheierea unui acord-cadru, iar cantitățile minime și maxime ale unui contract subsecvent sunt doar estimate în funcție de necesitățile autorității ce apar în derularea acordului-cadru. Întocmirea unui grafic Gantt face ca oferta să nu fie realistă, iar graficul nu va putea fi aplicat. De regulă, acest grafic se solicită în cazul unor investiții/contracte unde se cunosc cantitățile, categoriile și numărul de personal, prin antemasuratori se definesc utilaje ce vor fi folosite și, nu în ultimul rând, se cunoaște termenul de execuție.

Propunerea financiară nu poate fi întocmită, deoarece în perioada de derulare a procedurii nu se cunosc necesitățile concrete ale autorității care duc la încheierea unui contract subsecvent, care sunt cheltuielile cu serviciile PTTR, leasing-uri, închirieri sau credite de investiții, achiziția de publicații tehnice de specialitate, cheltuieli neproductive etc.

Contrar art. 66 lit. e) și f) din Hotărârea Guvernului nr. 925/2006, nu se regăsesc în documentația de atribuire informații cu privire la cantitățile minime și maxime ale acordului-cadru și la cele ale unui contract subsecvent. Fără aceste cantități minime și maxime nu poate formula o ofertă reală.

La 06.06.2013, ... depune o completare la contestație, prin care critică documentul postat în SEAP de autoritate la 05.06.2013, document prin care, fără a se face referire la vreo remediere în urma contestației, se aduc informații care nu se regăsesc la nivelul documentației anexate anutului de participare, împrejurare care, potrivit art. 179 alin (4) din ordonanță, atrage anularea procedurii de atribuire.

În punctul său de vedere nr. 3784/28.06.2013 asupra contestației, înregistrat la Consiliu cu nr. 21511/28.06.2013, autoritatea contractantă susține, în apărare, că argumentele pentru care nu a recurs la lotizarea achiziției au fost comunicate și Autorității Naționale pentru Reglementarea și Monitorizarea Achizițiilor Publice, ele fiind reluate și în punctul de vedere.

Decizia contractării prin proceduri separate a categoriilor de servicii și lucrări ce alcătuiesc obiectul acordului-cadru nu se poate fundamenta în acord cu necesitățile autorității contractante deoarece, pe de-o parte, execuția din punct de vedere tehnic a fiecărui serviciu în parte ar fi imposibil de realizat fără existența unor procese de management care să centralizeze și să planifice diversele servicii necesare, iar pe de altă parte derularea procedurilor ar introduce un decalaj între datele de atribuire a contractelor, decalaj ce ar afecta îndeplinirea scopului comun al contractelor și anume întreținerea clădirilor și a spațiilor. Modul de

întocmire a propunerii tehnice și financiare aferente acestei proceduri reiese din conținutul caietului de sarcini și al anexelor.

În legătură cu existența unor contracte încheiate între contestatoare și diverse unități de învățământ din sectorul 1, se arată că, în urma aprobării bugetului local "în jurul datei de 20.04.2013", unele unități de învățământ, în calitate de ordonator terțiar de credit, au angajat cheltuieli bugetare (contracte de prestări servicii). La 20.05.2013, având în vedere posibilitatea promovării acestui acord cadru, "... ..", în calitate de ordonator secundar de credit, a transmis o scrisoare către toate unitățile aflate în administrare cu tema "Modul în care se vor încheia contractele de prestări servicii în anul 2013", prin care li se impune luarea tuturor măsurilor necesare pentru ca contractele de prestări servicii să fie încheiate pentru o lună cu posibilitatea de a fi prelungite în lunile următoare în funcție de sumele aprobate în bugetul de venituri și cheltuieli.

În baza viitorului acord-cadru, primul contract subsecvent anual urmează a fi derulat în anul 2014, pentru a nu se încălca înțelegerile contractuale deja semnate de către unele unități de învățământ.

Vizavi de obiecția că autoritatea nu acționează în numele altor autorități contractante, deși unitățile în care se vor derula activitățile din caietul de sarcini au buget propriu aprobat de către ..., se precizează ... are ca atribuții administrarea patrimoniului unităților de învățământ preuniversitar de pe raza sectorului 1 și asigurarea bunei desfășurări a activităților specifice respectivelor unități. Aupra clădirilor ce fac parte din patrimoniul lor și a terenurilor adiacente, ... este ordonator principal de credite, administrația este ordonator secundar de credite, iar unitatea de învățământ în sine este ordonator terțiar de credite, bugetul unității fiind aprobat de către administrație și inclus în bugetul propriu de venituri și cheltuieli, care, de asemenea, este aprobat prin hotărâre de consiliul local. Unitățile de învățământ, deși au buget propriu, acesta este pentru plata utilităților, a burselor școlare și a anumitor servicii de mică amploare. Așadar, administrația nu acționează în numele altor autorități contractante, dreptul de administrare a imobilelor ce adăpostesc activități de învățământ și sanitare publice fiind al acestei autorități contractante, conform documentelor menționate.

Legat de presupusa nerespectare a art. 65 lit. c) din Hotărârea Guvernului nr. 925/2006, conform căruia autoritatea contractantă nu are dreptul de a încheia acorduri-cadru pe baza cărora se pot atribui contracte subsecvente de tipuri sau natura diferite unele față de altele, administrația are intenția de a încheia patru contracte subsecvente anuale pe durata acordului-cadru, fiecare cuprinzând cerințe similare, dar cantități probabil diferite, cantități rezultate din centralizarea nevoilor unităților administrate prin intermediul

software-ului specializat solicitat în cadrul procedurii acesteia și aprobate de către comisia de supraveghere descrisă în caietul de sarcini. Deși fiecare contract subsecvent va conține servicii și lucrări diverse, în ansamblu, contractele subsecvente nu vor diferi în tip sau natura unele față de altele.

În privința omiterii solicitării licenței "ANRSC" clasa I și a nepublicării cantităților estimate minime și maxime ale acordului-cadru și ale contractelor subsecvente, au fost adoptate măsuri de remediere, anunțate în SEAP.

Argumentul potrivit căruia Ordinul nr. 509/2011 prevede posibilitatea solicitării unui cash-flow doar pentru contracte, nu și pentru acorduri-cadru, nu poate fi reținut, întrucât noțiunea de contract o include și pe cea de acord-cadru, conform art. 3 lit. e) ind. 1 din ordonanță. De asemenea, un cash-flow de 25.000.000 de lei, pentru o perioadă de 3 luni, nu este disproporționat, prin raportare la valoarea celui mai mare contract subsecvent și la metoda de calcul din același ordin. Perioada de 3 luni a fost estimată din experiența anilor trecuți ca fiind perioada minimă la începutul fiecărui an bugetar până la aprobarea bugetului de venituri și cheltuieli, perioadă în care operatorii economici ce au contracte în derulare trebuie să-și finanțeze activitatea.

Legat de încadrarea acordului în categoria celor de servicii, însă solicitarea de experiență similară/generală privind execuția de lucrări, autoritatea afirmă că acordul-cadru vizează realizarea globală a activității de întreținere și mentenanță a clădirilor, respectiv prestarea de servicii și executia de lucrari, iar tipul acordului este dat de obiectul său principal - în speță servicii.

În ceea ce privește personalul solicitat prin fișa de date se menționează că, pentru obținerea unor rezultate corespunzătoare, s-a solicitat un minim de specialiști cu experiență, determinat în urma elaborării caietului de sarcini, ținând cont de numărul de imobile ce fac obiectul prestării (109, aflate în diferite zone ale sectorului 1, de necesitățile curente de întreținere și mentenanță a clădirilor și de personalul "T.E.S.A." necesar în vederea susținerii activităților lucrative: 2,4 persoane alocate permanent/clădire și 0,77 persoane alocate temporar/clădire. Descrierea modului în care s-au determinat specialiștii necesari se găsește în caietul de sarcini, la paginile 12-18 și 30-33. Ofertantul trebuie să facă dovada că dispune de cel puțin următorul personal de specialitate necesar pentru îndeplinirea acordului-cadru:

a) personal cu caracter temporar: instalator instalații termice - 22 persoane; femeie de serviciu - 50 persoane; operatori DDD - 12 persoane;

b) personal alocat permanent - 263 persoane, respectiv: inspectori de zonă - 22 persoane; manager de proiect - 1 persoană; operator calculator electronic și rețele - 28 persoane ; inginer

automatist - 6 persoane; ... baza de date - 1 persoana; programator sistem informatic - 1 persoana; inginer sistem securitate - 2 persoane; tehnician sistem securitate - 4 persoane; operator RSVTI - 4 persoane; doctor biolog - 2 persoane; operator PC - 6 persoane; gestor de depozit - 4 persoane; lucrator comercial - 4 persoane; zidar - 11 persoane; finisor - 11 persoane; electrician - 13 persoane; sudor - 11 persoane; instalatori - 19 persoane; lacatus mecanic - 13 persoane; parchetar - 6 persoane; tamplar - 6 persoane; gradinar - 11 persoane; femeie de serviciu - 11 persoane; operator DDD - 26 persoane; muncitor necalificat - 27 persoane; arhitect-designer interior - 2 persoane; arhitect peisagist - 2 persoane; electrician atestat "ANRE" - 2 persoane; specialist "P.S.I." - 2 persoane; alpinist utilitar - 2 persoane; auditor intern ISO 9001 și 14001 - 1 persoana; șofer acreditat "ARR" - 2 persoane.

Pentru a verifica dacă operatorul economic are capacitatea de a răspunde nevoilor efective ale autorității, în temeiul art. 33 alin. (3) din ordonanță și pentru a se respecta principiul transparenței, în cadrul anunțului de participare și al fișei de date au fost specificate numărul minim de personal și calificarea acestuia.

Având în vedere că, prin componenta de IT, operatorul economic va avea acces la rețeaua de calculatoare, precum și datele existente pe acestea, este necesar ca el să poată garanta securitatea informațiilor cu care intră în contact. Solicitarea standardului ISO 27001 a apărut ca urmare a nevoii ca operatorul economic să dețină proceduri operaționale privind modalitatea de lucru cu/gestionare de informații sensibile, iar o eventuală clauză de confidențialitate nu garantează că persoanele implicate în derularea acordului vor proceda pentru garantarea securității datelor.

În ceea ce privește criteriul de atribuire a acordului-cadru, el a fost stabilit cu respectarea legislației în vigoare.

Referitor la întocmirea propunerii tehnice și financiare (graficul Gantt și modalitatea de formare a prețului ofertei), în cuprinsul caietului de sarcini este descris explicit cum se vor întocmi propunerile tehnică și financiară. Întocmirea graficelor Gantt aferente contractelor subsecvente anuale este una din sarcinile operatorului economic care va câștiga licitația. Eficientizarea sau economia în timp cu serviciile de administrare a clădirilor nu se poate exprima altfel decât într-o reprezentare ce cuprinde atât parametrul timp, cât și parametrul cost, și anume graficul Gantt.

La 04.07.2013, ... a depus la Consiliu o replică la acest punct de vedere al autorității, prin care îi combate argumentele.

Din examinarea materialului probator administrat, aflat la dosarul cauzei, după verificarea din oficiu a competenței, potrivit art. 131 alin. (1) C. proc. civ., și după deliberare, Consiliul reține că, prin anunțul de participare nr. ... publicat în Sistemul Electronic de

Achiziții Publice – SEAP la 29.05.2013, autoritatea contractantă ... a inițiat o procedură de licitație deschisă în vederea achiziționării de diverse servicii și lucrări pentru administrarea clădirilor și spațiilor unităților de învățământ preuniversitar pe care le administrează și a sediului propriu, pe o perioadă de 48 de luni, prin intermediul unui acord-cadru cu un singur operator economic, achiziție estimată valoric la 218.159.698,68 lei, fără TVA. Documentația de atribuire a fost postată în SEAP la 29.05.2013, alături de anunțul de participare, anunț care a fost publicat și în Suplimentul Jurnalului Oficial al Uniunii Europene nr. S105 din 1 iunie 2013. Contractele subsecvente se vor atribui anual, valoarea celui mai mare contract subsecvent este de 101.193.615,50 lei, fără TVA, și are durata de 12 luni.

Ulterior consultării anunțului și a documentației licitației, considerând că ele contravin dispozițiilor legale, ... le-a atacat în termenul legal la Consiliu, prin contestația care formează obiectul prezentei cauze, solicitând, în principal, anularea procedurii de atribuire.

Asupra aspectelor sesizate de petentă, cu titlu preliminar Consiliul constată că organizatoarea licitației dorește să încheie un acord-cadru având un obiect complex, compus dintr-o multitudine de servicii și lucrări diferite, care îl evidențiază a fi un acord-cadru aparte în sectorul de achiziții publice din România, neuzitat de către autoritățile contractante, dacă nu chiar unic. Obiectul acordului a fost încadrat de organizatoare în cinci coduri CPV, respectiv 50720000-8 (servicii de reparare și de intretinere a încălzirii centrale), 45400000-1 (lucrări de finisare a construcțiilor), 50300000-8 (servicii de reparare și de intretinere și servicii conexe pentru computere personale, pentru echipament de birotică, pentru echipament de telecomunicații și pentru echipament audiovizual), 77310000-6 (amenajare și intretinere de spații verzi) și 90921000-9 (servicii de dezinfectie și de dezinsecție). Aria activităților acoperă în același timp prestarea de servicii de natură intelectuală, dar și muncă necalificată. În pofida acestei diversități, atribuirea nu este pe loturi, ci globală, pe întreaga gamă de activități supuse licitației. Corelativ, autoritatea a instituit o "pleiadă" de cerințe de calificare, al căror nivel a fost raportat la toate activitățile înglobate de cel mai mare contract subsecvent. De asemenea, cuantumul garanției de participare cerută ofertanților este pe potrivă (4.300.000 lei).

Este de adăugat că, prin demersul său, autoritatea încearcă să își transfere unui antreprenor general privat o mare parte dintre atribuțiile care îi revin în temeiul Hotărârii Consiliului Local al Sectorului 1 nr. 525/2009, situație în care devine îndoielnică însăși existența ... - ..., ca instituție publică responsabilă de administrarea patrimoniului unităților de învățământ din sectorul 1 și de asigurarea bunei desfășurării a acestora din punct de vedere logistic.

La rubrica II.1.5) - *Descrierea succinta a contractului sau a achizitiei/achizitiilor* din anunțul de participare, autoritatea a prevăzut: "Operatorul economic va presta servicii in conformitate cu prevederile caietului de sarcini. Se doreste achizitionarea unui pachet de servicii complete, gestionat de un singur prestator (Antreprenor General sau Asociatie intre societati comerciale), ce poate presta toate categoriile de servicii solicitate prin caietul de sarcini (parte integranta a acestei documentatii), cu respectarea stricta a cerintelor si normelor privind mediul, securitatea oamenilor, securitatea la incendiu, securitatea informatiei, organizarea si desfasurarea activitatii unitatilor de invatamant preuniversitar din subordinea ... -"

Conform fișei de date a achiziției: "Propunerea tehnica va fi intocmita cu respectarea stricta a cerintelor fisei de date a achizitiei si a specificatiilor din caietul de sarcini, prezentându-se si completându-se toate cerintele solicitate.

Propunerea tehnica va cuprinde in mod obligatoriu doua capitole, dupa cum urmeaza:

Capitolul I:

- abordarea propusa pentru implementarea serviciilor de intretinere si mentenanta solicitate;
- lista activitatilor necesare pentru indeplinirea obiectivelor fiecarui contract subsecvent;
- obiectivele si rezultatele asteptate in urma indeplinirii cerintelor fiecarui contract subsecvent;
- eficientizarea activitatii de intretinere si mentenanta prin prezentarea graficului Gantt de derulare a fiecarui contract subsecvent si alocarea resurselor umane si materiale corespunzatoare obiectivelor propuse;
- fise tehnice emise de furnizorii de materiale si echipamente, care sa contina denumirea si tipul produsului, asumate de catre ofertant.

Capitolul II:

- prezentarea detaliata a tuturor cerintelor tehnice prezentate in caietul de sarcini, Anexa III;
- completarea Anexei V cu privire la functionalitatea software-ului de Facility Management.

Atentie! Datele furnizate in acest capitol reprezinta angajamente ferme; in situatia in care oferta este declarata câstigatoare, dupa semnarea contractului, nerespectarea acestor angajamente pe parcursul derularii contractului cadru, duce la aplicarea clauzelor referitoare la reziliere si/sau penalitati.

Propunerea tehnica va fi prezentata in format scris, cat si pe format electronic, pe Cd/stick usb etc.

Ofertantul va elabora propunerea tehnica, astfel încât aceasta sa respecte in totalitate cerintele prevazute in documentatia de atribuire (fisa de date si caietul de sarcini). In situatia nerespectarii in totalitate a acestor cerinte, ofertele vor fi respinse ca fiind neconforme.

Ofertantul va prezenta o declaratie din care sa reiasa ca la elaborarea ofertei a tinut cont de obligatiile referitoare la conditiile de munca si protectia muncii."

La paginile 20-22 din caietul de sarcini (cap. III.2) sunt enumerate principalele tipuri de activități care formează obiectul licitației, care, potrivit mențiunii de la pagina 5, "se vor realiza in

incinta tuturor unitatilor de invatamant preuniversitar aflate in subordinea ... - ..., precum si sediul acesteia, pe parcursul duratei Acordului Cadru (2013...2016)". "Toate imobilele care adapostesc gradinite, scoli, scoli speciale si licee, vor intra in sfera Acordului Cadru privind prestarea serviciilor de administrare cladiri si spatii. Aceste servicii se vor realiza prin incheierea unui acord cadru pe o durata de 4 ani, avand cel putin un contract subsecvent anual." La pct. II.3) din fișa de date a achiziției, cu denumirea "Durata contractului/acordului cadru sau termenul pentru finalizare", autoritatea a indicat: "48 luni incepand de la data atribuirii contractului".

Așadar, durata acordului-cadru este de 48 de luni de la atribuirea lui [perioada maximă conform art. 65 lit. a) din Hotărârea Guvernului nr. 925/2006, excluzând cazurile excepționale], iar prestarea serviciilor se va realiza în cadrul acestei durate, începând chiar cu anul 2013, după cum rezultă din pasajele reproduse mai sus, dar și din nota justificativă nr. 4520/12.04.2013 de estimare a valorii acordului-cadru ("În bugetul ... - ... sunt prevăzute, în baza Programului Anual al Achizițiilor Publice pe anul 2013, fonduri pentru atribuirea contractului subsecvent"). În niciun act pe baza căruia organizatoarea derulează achiziția nu se specifică faptul că acordul-cadru este valabil începând cu 2014, că primul contract subsecvent se va aplica începând cu 2014 sau că serviciile și lucrările scoase la licitație se vor realiza începând cu 2014. Dimpotrivă, din cele câteva acte comunicate Consiliului de conducerea autorității, se desprinde concluzia că primul contract subsecvent se va semna în 2013, an începând cu care ofertantul câștigător contractant va demara activitățile. Concluzia este sprijinită chiar de cele relatate de autoritate în punctul său de vedere asupra contestației, anume că, având în vedere viitorul acord-cadru, a transmis o scrisoare către unitățile de învățământ preuniversitar din sector pentru luarea de măsuri a reducerii perioadelor contractelor de prestări servicii pe care le au în derulare pe anul în curs.

În acest context, se vedește a fi corectă obiecția contestatoarei în sensul că autoritatea contractantă a scos la licitație și unele dintre serviciile pe care contestatoarea le prestează în prezent pentru diverse unități de învățământ din sector, pe baza contractelor semnate cu acestea și care își produc efecte până la finele anului, cu posibilitatea de prelungire a lor. Câtă vreme aceste contracte nu au fost reziliate, ele sunt în vigoare și nasc drepturi și obligații între părți, iar ... nu poate fi îndepărtată de la prestarea serviciilor contractate, doar pentru a face loc altei societăți, alese prin intermediul licitației de față de către Calitatea de ordonator secundar de credite a acestei administrații nu îi conferă dreptul de a interveni în contractele valabil semnate de către unitățile de

învățământ, inclusiv prin reducerea duratei lor la intervale de câte o lună.

După cum se cunoaște, potrivit art. 1.270 C. civ., contractul valabil încheiat are putere de lege între părțile contractante. El poate fi modificat doar prin acordul părților ori din cauze autorizate de lege, iar nu printr-o scrisoare a organizatoarei licitației (care nici măcar nu a fost prezentată Consiliului, deși în punctul de vedere afirmă că o anexează acestuia).

Consiliul constată că procedura de atribuire inițiată de autoritatea contractantă pentru servicii care se află deja angajate juridic de către ... (și, probabil, și de către alte societăți comerciale) este nelegală, după cum s-a statuat și în practica judiciară în spețe similare:

- este nelegală inițierea unei proceduri de atribuire în condițiile în care există un contract în vigoare pentru lucrările ce fac obiectul procedurii de atribuire (decizia civilă nr. 3705 din 22 octombrie 2012 a Curții de Apel ... Secția a VIII-a contencios administrativ și fiscal);

- *"publicarea anunțului de participare nr. 85227 de către autoritate, privind organizarea unei licitații referitoare la același obiect cu cel al contractului nr. 844 din 1 noiembrie 2007, este de natură să producă petentei un prejudiciu evident, în condițiile în care, pe de o parte, litigiul aflat pe rolul Tribunalului ... având ca obiect executarea contractului, nu a fost soluționat, iar pe de altă parte, prevederile invocate chiar de către autoritatea contractantă impun pentru rezilierea contractului intervenția instanței de judecată. [...] Reținând că prin anunțul de participare s-a produs petentei o vătămare a drepturilor și intereselor sale, Curtea va admite plângerea, va anula decizia Consiliului și, pe fond, va admite contestația și va anula procedura de achiziție publică contestată"* (decizia civilă nr. 472 din 15 februarie 2010 a Curții de Apel ... Secția a VIII-a contencios administrativ și fiscal).

O asemenea manoperă este atât vătămătoare executantului contractului aflat în derulare, cât și contrară principiului utilizării eficiente a fondurilor publice de către autoritatea contractantă, ajungând să se plătească de două ori același serviciu (cu titlu de daune-interese primului contractant).

O altă obiecție pe care o formulează reclamanta este aceea că organizatoarea nu acționează în numele altor autorități contractante, cu toate că unitățile în care se vor derula activitățile din caietul de sarcini au buget propriu, aprobat de către Consiliul Local al Sectorului 1. Organul administrativ-jurisdicțional apreciază că obiecția în referință este lipsită de interes pentru autoarea ei. Faptul că organizatoarea licitației acționează sau nu în numele altor autorități contractante nu ar trebui să o preocupe pe reclamantă,

dat fiind că nu o vatămă în niciun fel, nu îi restricționează accesul la licitație.

Art. 255 din ordonanță dispune că orice persoană care se consideră vătămată într-un drept ori într-un interes legitim printr-un act al autorității contractante, prin încălcarea dispozițiilor legale în materia achizițiilor publice, poate solicita, prin contestație, anularea actului, obligarea autorității contractante de a emite un act, recunoașterea dreptului pretins sau a interesului legitim pe cale administrativ-jurisdicțională, iar prin *persoană vătămată* se înțelege orice operator economic care:

a) are sau a avut un interes legitim în legătură cu respectiva procedură de atribuire;

b) a suferit, suferă sau riscă să sufere un prejudiciu ca o consecință a unui act al autorității contractante, de natură să producă efecte juridice, ori ca urmare a nesoluționării în termenul legal a unei cereri privind respectiva procedura de atribuire.

Similar, Codul de procedură civilă stabilește, la art. 32 și 33, că orice cerere poate fi formulată și susținută numai dacă autorul acesteia:

a) are capacitate procesuală, în condițiile legii;

b) are calitate procesuală;

c) formulează o pretenție;

d) justifică un interes, care trebuie să fie determinat, legitim, personal, născut și actual.

În speță, indiferent dacă organizatoarea licitației acționează în nume propriu sau în numele unei terțe autorități, acest aspect nu cade sub incidența cenzurii operatorilor economici, căroră nu le este îngădit accesul la competiție prin calitatea sub care acționează organizatoarea, motiv pentru care se va respinge ca atare obiecția amintită. Art. 255 alin. (2) lit. a) din ordonanță nu instituie posibilitatea introducerii unor acțiuni pentru analize și dezbateri pur teoretice, fără consecințe practice asupra persoanei pretins vătămate, sau susținerea exclusiv a vătămării unui interes public (contencios obiectiv).

În schimb, este întemeiată critica pe care ... o aduce în privința nedivizării pe loturi a acordului-cadru. Într-adevăr, atât în anunțul de participare, cât și în fișa de date a achiziției, autoritatea a prevăzut că achiziția nu este divizată pe loturi, ofertele urmând a fi depuse numai pentru întreaga cantitate de activități solicitate. Din aceleași înscrisuri, dar și din caietul de sarcini, reiese cu certitudine că ... nu intenționează să procure un singur tip de servicii, ci peste 50 de astfel de tipuri, dar și de lucrări, unele fără nicio legătură între ele (independente în executare unele de altele), cum ar fi:

Remediere deficiente tamplarie exterioara si interioara din lemn, PVC sau metal;

Intretinere terase necirculabile;

Remediere deficiente locale la placari cu piatra, mozaic prefabricat, placari ceramice, placari cu panouri din placi decorative de inalta presiune (HPL);
Remediere deficiente jgheaburi si burlane, curatarea periodica a jgheaburilor;
Remediere deficiente locale trotuare si platforme (beton, asfalt, pavele);
Remediere deficiente locale la invelitori pentru acoperisurile de tip sarpanta;
Remediere deficiente usoare si intretinere la spatii exterioare: copertine, banci, locuri de joaca;
Ignifugare anuala a elementelor de lemn ale sarpantelor, tamplariilor si a altor substructuri;
Inlocuire cabluri pana in firida locala;
Demontat, reparat/inlocuit corpuri de iluminat, comutatoare si/sau intreruptoare;
Demontat si inlocuit becuri/neoane arse;
Inlocuire obiecte sanitare degradate sau sparte;
Curatare periodica si decolmatare conducte canalizare si pluviale.
Inlocuire radiatoare in cazuri de necesitate;
Pregatirea instalatiei termice pentru sezonul friguros;
Mentenananta si punerea in functiune a cazanelor;
Monitorizarea tuturor echipamentelor componente ale sistemului de incalzire;
Pregatirea suprafetelor pentru insamantarea gazonului si a plantelor ornamentale;
Intretinerea gazonului prin tundere, irigare si aerare;
Toaletarea pomilor din incinta unitatilor;
Tunderea gardului viu;
Intretinerea imprejmuirii exterioare a proprietatii fiecarei locatii;
Imbinarea elementelor metalice prin sudare sau bulonare;
Gazduire e-mail pentru toti utilizatorii institutiilor;
Backup online de documente pentru toate sistemele;
Furnizare internet pentru fiecare locatie;
Implementare, gazduire si mentenananta intranet pentru fiecare organizatie;
Mentenananta retele de calculatoare; furnizare si schimbare a echipamentelor si materialelor din cadrul retelelor;
Mentenananta imprimante si furnizare de consumabile; furnizare si schimbare a componentelor defecte sau pentru upgrade;
Implementare, gazduire si mentenananta a unei platforme electronice complexe pentru securizarea retelei;
Mentenananta sistem telecomunicatii; furnizare si schimbare a echipamentelor si componentelor defecte sau pentru upgrade;
Mentenananta sistemelor de alarma si detectie incendiu; furnizare si schimbare a echipamentelor si componentelor defecte sau pentru upgrade;
Mentenananta sistem catv; furnizare si schimbare a echipamentelor si componentelor defecte sau pentru upgrade;
Mentenananta sisteme supraveghere video; furnizare si schimbare a echipamentelor si componentelor defecte sau pentru upgrade;
Aspirarea mochetelor;
Maturarea antistatica a suprafetelor neacoperite (marmura, gresie, granit etc);
Spalarea suprafetelor neacoperite cu detergenti;
Stergerea prafului de pe birouri, dulapuri, fisete, tablouri, scaune, canapele cu solutii protectoare si antistatice adecvate mobilierului;
Spalarea geamurilor usilor de interior;

- Curatarea lifturilor (interior/exterior);
- Aerisirea spatiilor;
- Evacuarea deseurilor si a molozului rezultat in urma interventiilor de mentenanta la punctele de colectare;
- Spalarea cosurilor de gunoi;
- Curatirea chiuvetelor, oglinzilor, politelor, pervazelor, usilor, tocurilor de la usi si ramelor geamurilor;
- Aspirarea peretilor, tavanelor, perdelelor, jaluzelelor;
- Identificarea si evaluarea riscurilor de incendiu;
- Stabilirea responsabilitatilor si a modului de organizare in caz de incendiu;
- Elaborarea dispozitiilor de aparare impotriva incendiilor cerute de legislatia în vigoare;
- Elaborarea programului de instruire-testare la nivelul institutiei;
- Elaborarea de instructiuni de aparare impotriva incendiilor;
- Intocmirea planurilor de aparare impotriva incendiilor, respectiv planul de interventie si planurile de evacuare pentru fiecare nivel;
- Completarea fiselor individuale de instructaj specifice situatiilor de urgenta;
- Organizarea de exercitii de alarmare, evacuare a persoanelor si masuri de prima interventie;
- Participarea la punerea în practica a masurilor dispuse de catre inspectorii pentru situatii de urgenta, cu ocazia controalelor si al cercetarii evenimentelor.

Neacceptând divizarea, criteriile de calificare și garanția de participare au fost stabilite prin raportare la valoarea estimată a celui mai mare contract subsecvent (101.193.615 lei, fără TVA). La modul cum este redactată în prezent documentația de atribuire, fiecare operator economic are obligația să prezinte ofertă pentru toate activitățile enumerate, ceea ce înseamnă că participanții care nu vor oferta întreaga gamă de servicii și lucrări vor fi excluși, prin respingerea ofertelor lor ca neconforme.

În privința organizării procedurii în vederea achiziționării a mai multor zeci de categorii de servicii și lucrări, majoritatea independente între ele, de la un unic contractant, prin interzicerea împărțirii pe loturi și impunerea de condiții de calificare și participare prin raportare la acest cumul, Consiliul apreciază că autoritatea contractantă aduce în mod vădit atingere atât scopului ordonanței de urgență nr. 34/2006, de promovare a concurenței între operatorii economici, cât și principiilor legale al nediscriminării, tratamentului egal și al proporționalității, care guvernează atribuirea oricărui contract de achiziție publică.

În pofida argumentului adus de autoritate, că ordonanța invocată nu o obligă la divizarea contractului, atribuirea pe loturi reprezentând un drept, iar nu o obligație, Consiliul subliniază că principiile evocate anterior (nediscriminarea, tratamentul egal și proporționalitatea) prevalează în respectare, indiferent dacă sunt raportate la drepturi ale autorității contractante. Altfel spus, exercitarea de către autoritate a drepturilor sale trebuie să nu conducă la înfrângerea principiilor legale, denumite astfel tocmai

pentru rolul fundamental și primordial pe care aceste reguli diriguitoare îl au în raport cu celelalte reguli, circumscrise primelor.

Prin urmare, deși nu este interzisă gruparea sumedeniei de activități diferite într-un singur contract/acord-cadru, dacă această grupare determină anumite îngrădiri pentru operatorii economici interesați în participarea la licitație, ea devine abuzivă și contrară principiilor și scopurilor de la art. 2 din ordonanță (promovarea concurenței între operatorii economici, garantarea tratamentului egal și nediscriminarea operatorilor economici).

Art. 17 din ordonanță statuează expres că autoritatea contractantă are obligația de a respecta principiile prevăzute la art. 2 alin. (2) în relația cu operatorii economici interesați să participe la procedura de atribuire, iar art. 2 alin. (1) din Hotărârea Guvernului nr. 925/2006 stabilește că, în procesul de aplicare a procedurilor de atribuire a contractelor de achiziție publică, orice situație pentru care nu există o reglementare explicită se interpretează prin prisma principiilor prevăzute la art. 2 alin. (2) din ordonanța de urgență.

Prin interdicția ofertării pe loturi se restrânge semnificativ numărul posibilităților ofertanți doar la aceia al căror obiect de activitate privește multitudinea de tipuri de servicii și de lucrări, mai cu seamă că operatorii economici se axează, de regulă, pe anumite tipuri de servicii/lucrări, iar nu pe întreaga gamă cuprinsă de autoritate în caietul de sarcini. Cu alte cuvinte, acceptând doar ofertanți care au în obiectul lor de activitate prestarea tuturor tipuri de activități supuse licitației, autoritatea înfrânge accesul la achiziție al profesioniștilor specializați, cum este și cazul contestatoarei

De altminteri, văzând și quantumul considerabil al garanției de participare (4.300.000 lei) și al cifrei medii de afaceri anuale de 200.000.000 lei, restricționarea privește majoritatea operatorilor economici formată din microîntreprinderi, întreprinderi mici și întreprinderi mijlocii, astfel cum sunt acestea definite în Legea nr. 346/2004 privind stimularea înființării și dezvoltării întreprinderilor mici și mijlocii, categorii în care se presupune că se încadrează și contestatoarea, aflată în imposibilitatea îndeplinirii cerințelor de calificare.

Din redactarea cap. II, secțiunea a 3-a, din Legea nr. 346/2004 rezultă că entitățile publice (între care se numără și ...) au obligația de a încuraja creșterea ponderii întreprinderilor mici și mijlocii în valoarea contractelor de achiziții publice de bunuri materiale, lucrări și servicii, creștere care în cazul de față se poate realiza prin divizarea achiziției pe loturi și diminuarea corespunzătoare a quantumului garanției de participare și a cerințelor de calificare.

În procesul de verificare a documentației de licitație, chiar Autoritatea Națională pentru Reglementarea și Monitorizarea

Achizițiilor Publice i-a atras atenția organizatoarei asupra necesității lotizării achiziției.

Organizatoarea combate solicitarea reclamantei de împărțire în loturi a achiziției invocând faptul că, pe de-o parte, execuția din punct de vedere tehnic a fiecărui serviciu în parte ar fi imposibil de realizat fără existența unor procese de management care să centralizeze și să planifice diversele servicii necesare, iar pe de altă parte derularea procedurilor ar introduce un decalaj între datele de atribuire a contractelor, decalaj ce ar afecta îndeplinirea scopului comun al contractelor și anume întreținerea clădirilor și a spațiilor. Niciunul dintre aceste argumente nu subzistă:

- divizarea pe loturi a achiziției nu presupune niciun decalaj, contractele separate putându-se încheia în același timp;

- cele mai multe dintre activitățile scoase la licitație nu au vreo legătură unele cu altele. De pildă, prestarea serviciilor IT nu este legată de prestarea serviciilor de curățenie sau de întreținere a spațiilor verzi, execuția lucrărilor la imobile nu este dependentă de elaborarea de instrucțiuni de aparare împotriva incendiilor etc. În realitate, marea majoritate a activităților dorite de autoritate se pot executa și deconta individual, de operatori economici diferiți, cu sau fără supravegherea unui integrator de proiect. Din parcurgerea caietului de sarcini întocmit de autoritatea contractantă se observă că activitățile respective pot fi prestate la fel de bine și dacă sunt achiziționate de la firme separate, pe loturi (salubritatea de la un operator, serviciile informatice de la altul, lucrările la construcții de la altul și așa mai departe).

Interdependența lor nu intră în discuție, atât timp cât zecile de activități își au scopul lor și sunt executate de personal diferit, concomitent sau în perioade diferite. Curățenia se poate realiza fără nicio problemă în lipsa mentenanței echipamentelor IT și de cine o realizează, toaletarea pomilor nu depinde de instructajul de prevenire a incendiilor și de cine îl realizează, iar exemplele pot continua. La fel, existența unor procese de management care să centralizeze și să planifice diversele servicii necesare, de care se prevalează autoritatea, poate fi încredințată unei companii specializate, putând constitui un lot distinct. Este veridic faptul că este mai comod pentru ... să atribuie un singur acord-cadru, unui singur operator economic individual sau în asocieră, însă comoditatea nu îi dă dreptul respectivei instituții publice să încalce principiile ce guvernează materia achizițiilor publice prin atribuirea unui acord-cadru de amplasare, la care marea majoritate a operatorilor economici nu au acces (fie din cauza obiectului deosebit de vast al contractului, care le excede propriul obiect de activitate, fie din cauza nivelurilor prohibitive ale cerințelor de calificare impuse).

Pretextul managementului serviciilor nu poate fi validat de Consiliu. Posibila existență a doi sau mai mulți prestatori, fiecare pe segmentul său de activități, nu îngrădește cu nimic managementul serviciilor. Faptul că există un singur prestator sau doi nu trebuie să preocupe autoritatea, ci asigurarea unei concurențe cât mai mari, respectiv obținerea cât mai multor oferte, astfel încât să existe o bază numeroasă de selecție a contractanților, la prețuri cât mai avantajoase cu putință.

Necesitatea deschiderii pieței, prin divizarea achiziției în mai multe loturi, este cu atât mai justificată cu cât, din perspectiva autorității contractante, nu prezintă nicio relevanță numărul de contracte pe care le încheie (pentru un lot global sau pentru cinci loturi, de pildă), atâta vreme cât obiectivul final al procedurii îl constituie achiziționarea serviciilor solicitate, iar nu acela de a încheia un singur contract, cu un singur agent economic, pentru o valoare considerabilă. Menținerea grupării achiziției, în scopul atribuirii unui singur contract, este și de natură să trezească suspiciuni, în sensul intenției autorității contractante de a favoriza o anumită sau anumite firme (preferate), din numărul limitat al acelor care au în obiectul de activitate executarea tuturor tipurilor de servicii și lucrări și care acoperă nivelul deosebit de ridicat al cerințelor de calificare (interzisă expres atât de legislația achizițiilor publice, cât și de cea penală), fără nicio legătură cu argumentele protejării intereselor economice ale autorității și managementul lor, susținute de autoritatea contractantă. Atitudinea din prezent a autorității apare de neînțeles în condițiile în care, la începutul acestui an, a inițiat proceduri separate de atribuire a unor acorduri-cadru cu obiect similar, deci a mers mai departe decât dacă ar fi divizat în mai multe loturi un singur contract, în sprijinul operatorilor economici (anunțurile de participare de la nr. 141613, la nr. 141684). De asemenea, proceduri separate au fost organizate pentru servicii de curățenie (anunțul nr. 137061), servicii de dezinsecție și dezinfecție (anunțul nr. 136831), servicii de management al contractelor de lucrări și dirigenție de șantier (134235), lucrări de construcții (anunțul nr. 117641) și alte servicii pentru unitățile de învățământ de care răspunde autoritatea contractantă. Așadar, anterior, această autoritate a apelat, în mod corect, la atribuirea separată de contracte, însă, în prezent, din motive necunoscute, a ales că comaseze toate activitățile într-un singur contract, considerabil ca obiect și ca valoare, destinat unui singur operator economic, pe viitorii patru ani.

De altminteri, în Codul european de bune practici pentru înlesnirea accesului întreprinderilor mici și mijlocii la contractele de achiziții publice (*European Code of Best Practices Facilitating Access by Small and Medium-sized Enterprises - SMEs - to Public Procurement Contracts*), amintit chiar de către organizatoarea

licitației, Comisia Europeană a evocat că, deși este permis autorităților contractante să limiteze numărul de loturi pentru care se poate depune oferta, ele nu trebuie să utilizeze această posibilitate pentru a restrânge libera competiție.

În aceeași direcție, la 20.12.2011, Comisia Europeană a dat publicității două propuneri de directive (http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/modernising_rules/reform_proposals_en.htm), respectiv propunerea de directivă a Parlamentului European și a Consiliului privind achizițiile publice COM(2011) 896 final 2011/0438 (COD) și despre propunerea de directivă a Parlamentului European și a Consiliului privind achizițiile efectuate de entitățile care își desfășoară activitatea în sectoarele apei, energiei, transporturilor și serviciilor poștale COM(2011) 895 final 2011/0439 (COD), propuneri potrivit cărora autoritățile contractante vor fi invitate să împartă contractele de achiziții publice în loturi omogene sau eterogene, pentru a le face mai accesibile pentru IMM-uri. În cazul în care decid să nu facă acest lucru, ele vor fi obligate să furnizeze o explicație specifică.

Deși în legislația națională în vigoare privind achizițiile publice nu este prevăzută explicit obligația autorității de a recurge la divizarea pe loturi, ea rezultă în mod indirect din principiile care guvernează materia, conform cărora autoritatea trebuie să urmărească sporirea concurenței la procedura de achiziție, iar nu îngrădirea sau diminuarea ei prin gruparea produselor care ar putea fi, la fel de bine, să fie achiziționate separat (cum a procedat administrația de față în anii anteriori).

Raportat la principiile evocate și la dificultățile obiective ce pot fi întâmpinate de un operator economic interesat în ofertarea întregii game de servicii și lucrări cerute (chiar și în asocierea/subcontractarea cu alți operatori), precum și la quantumul excesiv al garanției de participare, al mediei cifrei de afaceri, al resurselor și al experienței impuse, toate acestea determinând restrângerea drastică a accesului la procedura competițională inițiată, cauzate fiind de nedivizarea achiziției pe loturi, Consiliul stabilește că se impune împărțirea achiziției, astfel încât și firma contestatoare să poată participa la procedura în cauză, fără a recurge la asociere ori subcontractare pentru acea categorie de activități pe care nu le furnizează.

Prin împărțirea pe loturi și accesul unui număr cât mai mare de operatori economici specializați la procedură, deci a unei cât mai largi concurențe, autoritatea creează premisele pentru obținerea unor prețuri de achiziție mai reduse, în acord cu principiul eficienței utilizării fondurilor publice.

Într-o speță similară, fiind dedusă instanței de judecată decizia Consiliului de obligare a autorității la împărțire pe loturi, Curtea de Apel Ploiești, Secția comercială și de contencios administrativ și

fiscal, prin decizia irevocabilă nr. 1386 din 20 octombrie 2009, a confirmat legalitatea ei, raționând că, prin admiterea contestației de către Consiliu s-a creat posibilitatea participării la procedura de atribuire a mai multor agenți economici, cu respectarea principiilor care guvernează achizițiile publice, în condițiile unui tratament egal și nediscriminatoriu, cu promovarea concurenței și utilizarea eficientă a fondurilor publice. Mergând pe aceeași linie, Curtea de Apel ... Secția a VIII-a contencios administrativ și fiscal, a statuat în decizia civilă irevocabilă nr. 2482 din 10 noiembrie 2008 că, dacă gruparea produselor într-un singur lot determină anumite îngărdiri pentru operatorii economici interesați în participarea la licitație, ea devine abuzivă și contrară principiilor și scopurilor ordonanței, pe care autoritatea este obligată să le respecte.

În atari circumstanțe, criticile contestatoarei vizând neacceptarea divizării pe loturi fiind întemeiate, Consiliul trebuie să oblige autoritatea să își modifice în consecință documentele de derulare a licitației, în sensul lotizării activităților solicitate și al acceptării depunerii de oferte pe loturi, cu reducerea corespunzătoare a cuantumului garanției de participare și a cerințelor de calificare în funcție de lotul/loturile pentru care se poate depune oferta.

Dar, divizarea achiziției pe loturi, pe care o pretinde în mod întemeiat societatea contestatoare, nu este permisă de configurația tehnică actuală a Sistemului Electronic de Achiziții Publice - SEAP, care nu acceptă schimbarea unei proceduri de atribuire a unui contract unic într-o procedură de atribuire pe loturi, aspect relevant Consiliului în cuprinsul adresei Centrului Național de Management pentru Societatea Informațională nr. 10006/21.03.2013 (*"În cazul în care autoritatea contractantă inițiază procedura de atribuire în SEAP prin atribuirea unui singur contract sau a mai multor contracte pe loturi, configurația tehnică în SEAP nu permite reîmpărțirea achiziției în mai multe loturi sau comasarea loturilor. Precizăm că la nivelul fișei de date a achiziției, sect. II.1.8) - Împărțire în loturi, autoritatea contractantă decide dacă procedura este împărțită pe loturi sau nu. După publicarea invitației/anunțului de participare nu se poate interveni din punct de vedere tehnic la nivelul fișei de date"*). Prin urmare, dacă cererea de divizare este întemeiată, finalitatea nu poate fi alta decât anularea procedurii de atribuire.

În considerarea celor prezentate, ținând seama că nu pot fi adoptate măsuri de remediere a procedurii, în baza art. 278 alin. (2) și (6) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006, Consiliul va admite contestația depusă de ... și va anula licitația deschisă pentru încheierea acordului-cadru de servicii de administrare clădiri și spații pentru unitățile de învățământ preuniversitar aflate în administrarea autorității contractante, cât și a sediului acesteia, coduri CPV 50720000-8, 45400000-1, 50300000-8, 77310000-6 și

90921000-9, cu data inițială de deschidere a ofertelor 12.07.2013, organizată de

În sprijinul anulării procedurii este de notat și că secțiunea 1 a cap. IV din ordonanță reglementează la nivel primar acordul-cadru, ca modalitate specială de atribuire a contractelor de achiziție publică. Constituind o modalitate specială, înseamnă că el derogă de la modalitatea comună și, în consecință, trebuie aplicat prin excepție, doar în circumstanțele acolo permise de lege. Altminteri, acordul-cadru nu ar mai reprezenta o modalitate "specială".

Autoritatea contractantă are opțiunea – pe care trebuie să o exprime în anunțul de participare – de a încheia acordul-cadru cu mai mulți operatori economici, cărora li se vor atribui contractele subsecvente ulterioare, sau doar cu un singur operator economic, situație în care doar acesta va primi de la autoritate contractele subsecvente ulterioare și care, este de domeniul evidenței, atrage o limitare drastică a pieței concurențiale în obținerea contractelor și de către alți operatori economici. Cu alte cuvinte, în această din urmă ipoteză, unicul operator economic va deveni singurul beneficiar al contractelor subsecvente ale autorității contractante, adevărat "abonat exclusiv și privilegiat" la contractele publice ale autorității. Privit din această perspectivă, deși legislația este lacunară față de subiect, acordul-cadru ar trebui să constituie o modalitate excepțională de contractare, aplicată doar atunci când, datorită anumitor inconveniente obiective și credibile, autoritatea nu poate recurge la procedura standard de contractare.

Totuși, mergând pe acest fir de gândire, legiuitorul a prevăzut, la art. 143 din ordonanță, că autoritatea contractantă nu are dreptul de a utiliza în mod abuziv sau impropriu acordurile-cadru, astfel încât să împiedice, să restrângă sau să distorsioneze concurența. Similar, art. 32 din Directiva 2004/18/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 31 martie 2004 privind coordonarea procedurilor de atribuire a contractelor de achiziții publice de lucrări, de bunuri și de servicii, la alin. (2) prevede că "autoritățile contractante nu pot recurge la acorduri-cadru în mod abuziv sau pentru a împiedica, pentru a restrânge sau pentru a denatura concurența".

În prezenta cauză, ... nu a furnizat Consiliului niciun document care să justifice și să stea la baza alegerii metodei atribuirii contractelor ulterioare prin acord-cadru global pe patru ani, încheiat doar cu un unic operator economic. Altfel spus, nu s-a înfățișat niciun mijloc de probă care să justifice tripla restricție cu care operează entitatea contractantă: (a) atribuirea unui acord-cadru global; (b) încheierea acordului-cadru doar cu un singur operator economic și (c) încheierea acordului-cadru pe perioada maximă, de patru ani. Așadar, nimic nu confirmă legalitatea atribuirii de către instituția amintită a unui acord-cadru "mamut", pe patru ani, unui singur operator economic, de natură să creeze, practic, în sectorul

serviciilor și lucrărilor de administrare a patrimoniului imobiliar al unităților de învățământ preuniversitar din sectorul 1 a unui monopol pe durata celor patru ani. Cu alte cuvinte, prin acordul-cadru în discuție, în tot acest timp, autoritatea va rezerva toate contractele de gospodărire a bunurilor unităților de învățământ unui singur prestator, în detrimentul celorlalți operatori calificați, al promovării liberei concurențe, dar și al dezvoltării pieței achizițiilor publice.

Este de subliniat că unul dintre scopurile ordonanței privind achizițiile publice îl reprezintă tocmai promovarea concurenței între operatorii economici [art. 2 alin. (1) lit. a)], scop pe care autoritatea a ales să îl ignore în procedura discutată. Promovarea concurenței între operatorii economici înseamnă, corelativ, și reprimarea oricărei practici de creare a unui monopol în favoarea unui asemenea operator, respectiv de restrângere a accesului altor operatori la contractele guvernamentale. Protecția liberei concurențe și a libertății comerțului are statut constituțional (art. 135 din Legea fundamentală), iar: "*Libertatea comerțului apare ca fiind o cerință fundamentală a economiei de piață, care se concretizează în participarea neîngrădită a comercianților la schimburile de mărfuri și servicii. [...] Totodată, concurența presupune o confruntare loială între comercianții care acționează pe același segment de piață și oferă consumatorilor produse similare. În scopul creării cadrului favorabil pentru valorificarea tuturor factorilor de producție, statul trebuie să susțină o politică concurențială corectă, aceasta jucând un rol esențial în facilitarea liberei circulații a mărfurilor, în stimularea inițiativei participanților la activitatea de comerț, realizând și funcția de garanție a unei economii de piață*" – decizia Curții Constituționale nr. 230 din 14 martie 2007.

Acordul-cadru în discuție, care se dorește a fi încheiat pe durata maximă de patru ani, fără divizare pe loturi, contravine flagrant art. 143 din ordonanță, deoarece restrânge în mod artificial concurența în sectorul serviciilor pentru unitățile de învățământ din sectorul 1, o dovadă suplimentară în acest sens fiind tocmai existența contestației pe care ... a adresat-o Consiliului. Desigur, legislația actuală nu interzice atribuire unui acord-cadru pe patru ani, însă această atribuire trebuie să evite diminuarea ori excluderea concurenței pe o perioadă stabilită aleatoriu, prin formarea unui monopol pe sectorul de piață respectiv.

De altminteri, Manualul operațional pentru atribuirea contractelor de achiziție publice, editat de Autoritatea Națională pentru Reglementarea și Monitorizarea Achizițiilor Publice, pe care îl citează organizatoarea licitației, în vol. I, la pag. 247, atenționează că "acordul-cadru nu poate fi utilizat în scopul de a acoperi toate tipurile de produse, servicii sau lucrări necesare unei autorități

contractante", iar în speță tocmai înspre acest scop se tinde. În continuare, în același manual se prevede:

- "gruparea artificială a unor produse sau servicii din domenii diferite în cadrul unui singur acord-cadru, care în condiții normale nu pot fi procurate împreună, poate crea confuzie pentru operatorii economici cu privire la obiectul și scopul acordului-cadru, având ca efect privarea autorității contractante de a obține cele mai bune oferte";

- "exemple de utilizare abuzivă a acordului-cadru (în sensul art. 143 din ordonanță): O autoritate contractantă încheie un acord cadru al cărui obiect îl reprezintă serviciile de consultanță tehnică. În baza acestuia autoritatea intenționează să atribuie contracte subsecvente ce au ca obiect întocmirea de studii geotehnice, realizarea studiului de fezabilitate, întocmirea proiectului tehnic. Aceste contracte subsecvente sunt de natură și tip diferit unele față de altele."

Date fiind efectele sale asupra concurenței, alegerea acestei modalități speciale de atribuire nu poate avea caracter acauzal, să rămână la simpla discreție a administrației. Ea trebuie să răspundă exigențelor de legalitate, cu precădere prin prisma principiilor pe care le promovează legislația pe linie de achiziții publice, între care se situează și cel al promovării concurenței între operatorii economici (dedus din scopul ordonanței și din dispozițiile art. 135 din Constituție – în plus, după cum se cunoaște, principiul juridic poate fi prevăzut în mod expres de lege, fiind un principiu expres, sau poate doar rezulta din economia întregii reglementări, fiind un principiu implicit, cum se întâmplă cu principiul legalității în materia achizițiilor publice). Orice decizie a autorității trebuie analizată și circumstanțiată în prealabil prin prisma alinierii la principiile aplicabile (Curtea de Justiție a Comunităților Europene, hotărârea din 17 septembrie 2002, cauza C-225/99 Concordia Bus Finland Oy Ab împotriva Helsingin Kaupunki și HKL-Bussiliikenne).

Aceste principii nu pot fi indiferente autorității contractante sau Autorității Naționale pentru Reglementarea și Monitorizarea Achizițiilor Publice, cu precădere în atribuirea unui acord-cadru de aproximativ 50.000.000 euro, unde chiar și cea mai mică suspiciune trebuie înlăturată și înlocuită cu o certitudine, altfel consecințele fiind deosebit de grave, repercusiunile putând depăși chiar spațiul național (*in extremis* se poate ajunge, bunăoară, la declanșarea procedurii de *infringement* împotriva României, potrivit art. 258 din Tratatul privind funcționarea Uniunii Europene, mai cu seamă că avizul motivat din 26 ianuarie 2012 al Comisiei Europene împotriva României a avut ca punct de plecare tot o procedură de atribuire a unui acord-cadru global).

Nelegală este și cerința de calificare: "*Ofertantul trebuie să demonstreze ca, la momentul semnării contractului, va avea acces*

la lichiditati sau are disponibile resurse reale, negrevate de datorii, linii de credit confirmate de banci ori alte mijloace financiare suficiente pentru a realiza cash-flow de prestare a serviciilor in valoare de 25.000.000 lei pentru o perioada de 3 luni. Suma respectiva poate fi imobilizata pentru realizarea contractului, doar in cazul ofertei castigatoare." Autoritatea contractantă scapă din vedere că licitația se finalizează prin semnarea unui acord-cadru, pe baza căruia nu se prestează niciun serviciu, motiv pentru care contractantului nu îi este necesar niciun cash-flow. Abia la momentul ulterior al atribuirii contractelor subsecvente se poate discuta de necesitatea alocării unor resurse financiare.

Pe de altă parte, după cum judicios a remarcat și autoarea contestației, cerința accesului ofertanților la resurse financiare este specifică investițiilor ce implică un rulaj financiar pentru demararea și execuția lor, cu precădere a contractelor de lucrări în care beneficiarul nu poate acorda executantului un avans. Acesta este și motivul pentru care în anexa nr. 1 la Ordinul președintelui Autorității Naționale pentru Reglementarea și Monitorizarea Achizițiilor Publice nr. 509/2011 privind formularea criteriilor de calificare și selecție se face referire la execuția de lucrări, iar nu la prestarea de servicii sau furnizarea de produse ("*ofertantul trebuie să demonstreze că, la momentul semnării contractului, va avea acces la sau are disponibile resurse reale, negrevate de datorii, linii de credit confirmate de bănci ori alte mijloace financiare suficiente pentru a realiza cash-flow de execuție a lucrării pentru perioada precizată*").

În speță, prestarea serviciilor de administrare scoase la licitație nu reclamă un cash-flow de 25.000.000 lei, pentru o perioadă de 3 luni, în condițiile în care autoritate se obligă să deconteze serviciile prestate în 15 zile lucrătoare (ceea ce nu este identic cu o perioadă de 3 luni), potrivit pct. 9.3. din modelul de acord-cadru.

În realitate, din explicațiile aduse de autoritate în punctul său de vedere asupra contestației rezultă riscul ca plățile către contractant să se efectueze într-un interval de 3 luni de la prestarea serviciilor ține de aprobarea cu întârziere a bugetelor de către ordonatorul principal de credite, ceea ce constituie o altă ipoteză față de aceea a asigurării cash-flow-ului financiar. Astfel, în cazul descris, autoritatea trebuia să prevadă în documentația de atribuire că plata contravalorii serviciilor prestate în prima parte a anului se va efectua către beneficiar după aprobarea bugetului, iar nu să restricționeze accesul operatorilor la licitație prin cerința de calificare contestată. Plata constituie o operațiune ulterioară îndeplinirii obligațiilor contractuale, în vreme ce cash-flow-ul reprezintă o condiție prealabilă sau/și concomitentă îndeplinirii lor.

De altminteri, prin prisma art. 8 – "Termenul legal de plată" din Legea 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:

- autoritățile contractante execută obligația de plată a sumelor de bani rezultând din contractele încheiate cu profesioniști cel târziu la:

a) 30 de zile calendaristice de la data primirii facturii sau a oricărei altei cereri echivalente de plată;

b) 30 de zile calendaristice de la data recepției bunurilor sau prestării serviciilor, dacă data primirii facturii ori a unei cereri echivalente de plată este incertă sau anterioară recepției bunurilor sau prestării serviciilor;

c) 30 de zile calendaristice de la recepție sau verificare, dacă prin lege sau prin contract se stabilește o procedură de recepție ori de verificare pentru certificarea conformității mărfurilor sau serviciilor, iar autoritatea contractantă a primit factura ori cererea echivalentă de plată la data recepției sau verificării ori anterior acestei date.

- procedura de recepție sau verificare prevăzută la lit. c) nu poate depăși 30 de zile calendaristice de la data primirii bunurilor sau prestării serviciilor. Prin excepție, în cazuri justificate în mod obiectiv de natura sau caracteristicile contractului, procedura de recepție sau verificare poate avea o durată mai mare de 30 de zile calendaristice, dacă sunt stabilite expres în contract și în documentația achiziției atât termenul de recepție, cât și motivele obiective, sub rezerva ca această clauză să nu fie abuzivă, în sensul art. 12.

Aceeași lege, la art. 7 - "Termenul contractual de plată", prevede că "*Termenele de plată stabilite în contract pentru executarea obligațiilor autorităților contractante nu pot fi mai mari decât termenele stabilite potrivit art. 6 alin. (1). În mod excepțional, părțile pot stipula un termen de plată de maximum 60 de zile calendaristice, dacă acesta este stabilit expres în contract și în documentația achiziției și este obiectiv justificat, ținând cont de natura sau caracteristicile specifice ale contractului, sub rezerva ca această clauză să nu fie abuzivă, în sensul art. 12.*"

Legiuitorul a ales să disciplineze autoritățile contractante în combaterea întârzierii în executarea obligațiilor de plată a sumelor de bani rezultând din contractele de achiziție publică, impunându-le termene stricte și suportarea către beneficiari de dobânzi penalizatoare pentru nerespectarea lor.

Sunt calificate ca fiind abuzive, *in terminis*, de art. 13 lit. d), clauzele contractuale care fixează, în contractele dintre profesioniști și autorități contractante, un termen de plată mai mare decât cel prevăzut la art. 7 alin. (1).

În ceea ce privește critica solicitării certificării ofertanților în baza standardului de management al securității informației (ISO

27001), se constată temeinicia acesteia. Consiliul are în vedere dispozițiile art. 176 din ordonanță, potrivit cărora autoritatea contractantă are dreptul de a aplica criteriile de calificare și selecție referitoare numai la: a) situația personală a candidatului sau ofertantului; b) capacitatea de exercitare a activității profesionale; c) situația economică și financiară; d) capacitatea tehnică și/sau profesională; e) standarde de asigurare a calității; f) standarde de protecție a mediului, în cazurile prevăzute la art. 188 alin. (2) lit. f) și alin. (3) lit. e). Mai mult, potrivit art. 179 din ordonanță, autoritatea contractantă are obligația de a respecta principiul proporționalității atunci când stabilește criteriile de calificare și selecție, iar aceste criterii trebuie să aibă o legătură concretă cu obiectul contractului care urmează a fi atribuit.

Având în vedere dispozițiile mai sus evocate, Consiliul consideră că cerința de calificare privind respectarea de către ofertant a standardelor de asigurarea securității informației conform ISO 27001 excede cadrului legal în materia achizițiilor publice, cu atât mai mult cu cât, pentru contractul ce urmează a se atribui, s-a solicitat ofertanților prezentarea certificatului ISO 9001 pentru managementul calității.

De altfel, în concordanță cu dispozițiile art. 7 și 8 alin. (1) din Hotărârea Guvernului nr. 925/2006, criteriile de calificare au ca scop doar demonstrarea potențialului efectiv de derulare a viitorului contract, fără restricționarea participării în procedură, prin dimensionarea lor disproporționată sau lipsită de relevanță în raport cu obiectul contractului.

Față de normele legale evocate, Consiliul stabilește că cerința îngreșează accesul la procedură al tuturor operatorilor economici care au potențialul necesar îndeplinirii contractului în condiții corespunzătoare, dar nu au implementat standardul ISO 27001 cerut. Or, scopul autorității contractante de a asigura securitatea sau confidențialitatea datelor poate fi atins și prin alte mijloace (de exemplu impunerea în contract a anumitor clauze în acest sens, deși autoritatea se vedește refractară la această soluție valabilă), decât solicitarea ca operatorii economici să aibă implementat un anumit standard.

În plus, cerința în discuție este nerelevantă față de natura și complexitatea acordului-cadru ce urmează să fie atribuit. Achiziționarea sistemului de administrare a clădirilor și terenurilor, chiar dacă vizează și mentenanța unor echipamente IT, nu poate depinde de implementarea sau nu la nivelul operatorului economic a unui sistem de management al securității informației ISO 27001.

În acest sens este practica statornică a Consiliului, dar și a instanțelor de judecată. Relevantă este, spre pildă, decizia nr. 649/CA/2011-R din 14 aprilie 2011, pronunțată de Curtea de Apel Oradea, Secția comercială, de contencios administrativ și fiscal, în

care s-a statuat asupra lipsei de relevanță a cerinței de calificare constând în certificarea ISO 27001.

Autoritatea are dreptul de a impune cerințe minime de calificare care *au o legătură concretă* – deci nu ipotetică, abstractă – cu un eventual risc de neîndeplinire a contractului (la art. 7 din Hotărârea Guvernului nr. 925/2006 se dispune: "Criteriile de calificare [...] au ca scop demonstrarea potențialului tehnic, financiar și organizatoric al fiecărui operator economic participant la procedură, potențial care trebuie să reflecte *posibilitatea concretă* a acestuia de a îndeplini contractul și de a rezolva eventualele dificultăți legate de îndeplinirea acestuia, în cazul în care oferta sa va fi declarată câștigătoare").

Atunci când, *în mod excepțional*, autoritatea găsește de cuviință să introducă anumite cerințe de calificare pentru ofertanți, ea este ținută să se limiteze cu aceste opreliști în calea participării la achiziție doar la cele *absolut necesare* și care *îngrădesc cel mai puțin* operatorii economici, cum s-a afirmat mai sus.

În alegațiile sale privind cerința certificării ofertanților potrivit ISO 27001, cuprinse în punctul său de vedere nr. 3784/28.06.2013, autoritatea nu justifică la modul concret de ce are nevoie pentru prestarea serviciilor numai de către ofertanți certificați ISO 27001. De ce un ofertant care nu deține un asemenea certificat, însă cu experiență similară incontestabilă, nu ar fi în stare să îi presteze autorității mentenanța și garantarea funcționării echipamentelor IT din unitățile de învățământ?

Față de situația faptică și de drept evocată mai sus, cercetarea de către Consiliu a celorlalte aspecte reclamate de petentă este de prisos, ea neputând schimba soarta procedurii de atribuire inițiată de autoritatea contractantă, în sensul compatibilizării ei cu dispozițiile legale, ci dimpotrivă, poate conduce la confirmarea existenței și a altor abateri, de natură să întărească soluția de anulare a licitației, dispusă mai sus.

Redactată în patru exemplare, conține douăzeci și șapte de pagini.

PREȘEDINTE COMPLET,

...

MEMBRU,

...

MEMBRU,

...