



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, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr. 2633/C11/2022

Data: 09.11.2023

Prin contestația nr. 1897/16.10.2023, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 56704/17.10.2023, formulată de SRL, cu sediul social în, ..., ..., înregistrată la Registrul Comerțului sub nr., având CUI, reprezentată legal prin, și convențional de, cu sediul profesional în, ..., adresă aleasă pentru comunicarea tuturor actelor de procedură, împotriva rezultatului procedurii de atribuire, comunicat prin adresa nr. 2597/06.10.2023, și a raportului procedurii nr. 6879/05.10.2023, emise de SA, cu sediul în, ..., ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul licitației deschise, organizată în vederea atribuirii contractului de Servicii de publicitate, lotul 1 – Servicii de publicitate - Campanii de publicitate TV, s-a solicitat admiterea contestației, și, pe cale de consecință:

- anularea tuturor actelor autorității contractante ce au stat la baza emiterii adresei privind comunicarea rezultatului procedurii, în partea ce privește declararea admisibilă și câștigătoare a ofertei SRL, respectiv, dar fără a se limita la, rapoartele intermediare, procesele verbale ce au stat la baza emiterii actelor nelegale, raportul procedurii;
- 2. anularea raportului procedurii, în partea ce privește oferta SRL;
- 3. obligarea autorității contractante la reluarea procedurii de atribuire, respectiv reluarea procesului de evaluare și stabilirea ofertantului câștigător dintre ofertele admisibile;
- 4. obligarea autorității contractante la plata cheltuielilor de judecată pentru soluționarea contestației.

Prin adresa nr. /, înregistrată la CNSC sub nr. / 27.10.2023, ... SRL, cu sediul în, ..., ..., ..., ..., înregistrată la Registrul Comerțului sub nr., având CUI RO, reprezentată

legal de ...- administrator, formulează cerere de intervenție accesorie, solicitând admiterea acestei cereri, fiind ofertant declarat câștigător, și respingerea în totalitatea a contestației formulată de SRL, ca nefondată și lipsită de obiect.

Contestația și cererea de intervenție vor fi soluționate împreună, având în vedere dispozițiile art. 66 alin. (1), art. 67 alin. (1) și art. 123 alin. (1) C. proc. civ.

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

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestația de față, prin care SRL solicită cele menționate în partea introductivă a deciziei.

În cadrul procedurii de atribuire, precizează că a depus ofertă pentru lotul 1 - *Servicii de publicitate - Campanii de publicitate TV*.

Așa cum a fost consemnat inclusiv în raportul procedurii, oferta sa a respectat în integralitate cerințele stabilite prin documentația de atribuire de către autoritatea contractantă, precum și dispozițiile legale în vigoare, sens în care, a fost declarată admisibilă, însă, în urma aplicării criteriului de atribuire, a fost clasată pe locul II.

De asemenea, precizează că, în conformitate cu informațiile consemnate în raportul procedurii, oferta clasată pe primul loc, desemnată câștigătoare, este oferta SRL

Pentru a ilustra cu claritate clasamentul ofertelor în urma aplicării criteriului de atribuire, redă, în extras, tabelul din cuprinsul raportului procedurii, în cadrul căruia a fost indicat punctajul obținut de fiecare ofertă admisibilă, respectiv:

Nr. crt.	Ofertant	Punctaj tehnic	Punctaj financiar	Punctaj total obținut	Clasament
1.	 - ofertant cu ... - - tert și subcontractant;	56,29 puncte	32,55 puncte	88,84 puncte	I.
2.	 -	47,76 puncte	40,00 puncte	87,76 puncte	II.
3.	 -	49,73 puncte	26,71 puncte	76,44 puncte	III.

Astfel, susține că, oferta depusă de SRL, având ca terț și subcontractante pe ..., se impunea a fi respinsă, ca neconformă, pentru următoarele motive:

Preliminar expunerii neconformității ofertei SRL, dată fiind relevanța acestora în soluționarea prezentei spețe, redă, în extras,

prevederile documentației de atribuire nerespectate de către societatea desemnată în mod nelegal câștigătoare al procedurii (caietul de sarcini, Secțiunea 3 - Specificații tehnice și fișa de date, Secțiunea II.2.5 Criterii de atribuire).

Analizând documentația de atribuire, în partea ce privește mixul media solicitat pentru fiecare campanie de publicitate TV, rezultă că a fost solicitat ca ofertanții să asigure difuzarea spotului TV pe 6 posturi de televiziune din România, posturi printre care trebuie să se regăsească și un post de televiziune cu tematică generalistă care să aibă o audiență medie de minim 3.00 % puncte de rating.

De asemenea, în documentația de atribuire, autoritatea contractantă a prevăzut inclusiv că *„Ofertantul are obligația de a elabora propunerea tehnică cu asumarea respectării/îndeplinirii tuturor cerințelor și specificațiilor tehnice definite în prezentul caiet de sarcini cu respectarea și asumarea tuturor standardelor și reglementărilor în materia prestării de servicii”*.

Prevederile documentației de atribuire atestă faptul că, autoritatea contractantă și-a îndeplinit obligația ca la elaborarea documentației de atribuire, să aducă, în mod transparent la cunoștința operatorilor economici interesați toate informațiile necesare elaborării ofertelor, respectând prevederile art. 154 din Legea nr. 98/2016.

Subliniază că această cerință și condițiile de difuzare a spoturilor, a dobândit caracter obligatoriu, atât pentru ofertanți, cât și pentru autoritatea contractantă.

Referitor la caracterul obligatoriu al documentației de atribuire citează din Decizia CNSC nr. 975/C10/820 din data de 10.05.2022.

Sușține că este indubitabil că, în cadrul documentației de atribuire autoritatea contractantă a furnizat operatorilor economici toate informațiile necesare pentru a asigura o informare completă, corectă și clară cu privire la cerințele achiziției, obiectul contractului și modul de desfășurare a procedurii de atribuire, și cu privire la obligația de a asigura difuzarea spotului TV, inclusiv pe un post TV din România cu tematică generalistă și cu o audiență medie de minim 3,00% Rtg, în intervalul 08:00-24:00.

Pe scurt, autoritatea contractantă, în ceea ce privește mixul de stații TV, a solicitat ca ofertanții să asigure, printre altele, 1 post de televiziune cu tematică generalistă și cu o audiență medie de minim 3.00% puncte de rating, care să asigure difuzarea spotului în intervalul 08:00-24:00, conform tabelului de la pagina 4 din caietul de sarcini.

Învederează că doar două dintre posturile de televiziune din țara noastră îndeplinesc condiția amintită anterior, respectiv doar ... și ..., după cum reiese fără echivoc din topul de audiență emis de ...(...).

În momentul elaborării ofertei, pentru cerința în discuție, a solicitat oferte de la toate stațiile care îndeplineau condiția impusă de autoritate (post de televiziune generalist, cu o audiență medie de minim 3.00% puncte de rating), respectiv de la ... și Urmare a solicitării formulate, i-au fost transmise acorduri de difuzare atât de la ..., cât și de la ..., acorduri pe care le-a anexat.

Conform celor două acorduri, reprezentanții posturilor TV i-au confirmat acordul și disponibilitatea spațiului de emisie pentru

implementarea campaniilor de difuzare a materialelor video ce fac obiectul procedurii de atribuire în discuție, pentru clientul SA, în conformitate cu planificarea media realizată de SRL.

Cu toate acestea, consideră că, independent de faptul că posturile TV menționate și-au exprimat acordul de a difuza materialele video, ulterior, discutând în detaliu condițiile și obiectul procedurii cu reprezentanții ..., i-a fost adus la cunoștință faptul că, în urma consultării departamentului juridic, ... poate difuza spoturile video ce fac obiectul prezentei proceduri organizată de SA, doar după ora 23:00. Așadar, reprezentanții ..., practic, au arătat că vor difuza spoturile ce fac obiectul prezentei proceduri doar după ora 23:00, respectiv în afara intervalului solicitat prin documentația de atribuire.

Amintește că, cerința autorității contractante este clară, în sensul că, ofertanții au obligația de a asigura pentru postul de televiziune generalist, cu o audiență medie de minim 3.00%, în perioada fiecărei campanii TV, un număr total de minim 42 difuzări ale spotului TV în intervalul orar 08:00-24:00. respectiv minim 6 difuzări pe zi x 7 zile.

În susținerea celor afirmate, a atașat contestației e-mailul comunicat de reprezentanții ... cu privire la disponibilitatea de a difuza spot-urile video aferente prezentei proceduri de atribuire în intervalul solicitat prin documentația de atribuire, respectiv în intervalul 08:00-24:00.

Precum reiese din răspunsul comunicat de reprezentanții ..., programele interzise minorilor sub 15 ani, în categoria cărora intră și spoturile publicitare care promovează jocurile de noroc (inclusiv jocurile de noroc de tip loto), se difuzează numai în intervalul orar 23:00-06:00, interval ce nu coincide cu cel solicitat de autoritatea contractantă.

În cuprinsul răspunsului prezentat de ..., au fost indicate inclusiv prevederile legale care susțin decizia sa de a nu difuza spoturile video în discuție, respectiv prevederile din decizia nr. 220/2011 privind Codul de reglementare a conținutului audiovizual, respectiv art. 9, art. 12, art. 13, art. 21, art. 24.

Așadar, din coroborarea prevederilor deciziei nr. 220/2011 privind Codul de reglementare a conținutului audiovizual, emisă de, rezultă că, jocurile de noroc, sunt încadrate în categoria programelor interzise minorilor sub 15 ani, programe care, precum reiese din art. 24 citat anterior, se difuzează numai în intervalul 23:00-06:00.

În consecință, cum, din oferta prezentată de SRL rezultă că, aceasta a oferit un post de televiziune care nu poate asigura difuzarea spotului TV în condițiile impuse prin documentația de atribuire, se impunea a se reține neconformitatea acesteia.

Astfel, solicită Consiliului să constate că, în mod nepermis, autoritatea contractantă a considerat oferta SRL admisibilă și a

acordat acesteia, pentru componenta tehnică, punctajul maxim, respectiv 35 puncte, cu toate că, precum a arătat anterior, acesta a prezentat o ofertă neconformă, respectiv a prezentat, pentru cerința referitoare la postul de televiziune cu tematică generalistă și cu o audiență medie de minim 3,00% Rtg, deoarece postul de televiziune ... nu va difuza spoturile în condițiile documentației de atribuire, dat fiind faptul că, spoturile ce fac obiectul achiziției, fac parte din categoria programelor interzise minorilor sub 15 ani, iar acestea, conform deciziei nr. 220/2011 privind Codul de reglementare a conținutului audiovizual, se pot difuza doar în intervalul orar 23:00-06:00.

Totodată, susține că, întrucât ... a declarat că nu poate difuza spoturile aferente procedurii de achiziție în discuție în intervalul orar dorit de autoritatea contractantă, astfel cum a fost acesta indicat în cuprinsul documentației de atribuire, a inclus în mixul de stații singura stație care mai putea asigura îndeplinirea condițiilor (post de televiziune cu tematică generalistă și cu o audiență medie de minim 3.00% puncte de rating), respectiv postul Se impune a menționa că, introducerea în mix a stației TV ..., ar fi condus la obținerea unui punctaj tehnic mai mare, conform modului de calcul a factorului de evaluare tehnic.

Cu toate că, cerința documentației era clară, ofertantul SRL a prezentat un post de televiziune ce nu asigură difuzarea spoturilor TV în intervalul impus de autoritate. În acest context, se constată că, autoritatea contractantă a evaluat în mod nelegal și cu încălcarea cerințelor documentației de atribuire oferta declarată câștigătoare.

Concret, analizând oferta tehnică a ofertantului desemnat câștigător, se observă că, în mixul TV propus de acesta, a fost inclus postul de televiziune ..., justificând disponibilitatea acestuia printr-un Acord în care nu a fost prezentat media planul.

Referitor la această situație, a învederat Consiliului faptul că, inclusiv SRL a primit din partea postului ... Acordul în discuție, însă, în urma unei discuții cu privire la autoritatea contractantă, în speță, ... SA, și la specificul activității acestuia, discuții ce au vizat inclusiv intervalele orare impuse prin documentația de atribuire pentru difuzarea spoturilor, departamentul juridic al ... a decis că nu poate asigura difuzarea spoturilor în intervalul 08:00-24:00, ci exclusiv în intervalul 23:00- 06:00, adică în afara cerințelor caietului de sarcini, invocând, totodată, dispozițiile art. 215 din Legea nr. 98/2016.

Pentru a confirma că, în fapt, ... nu va difuza spoturile TV în intervalul solicitat prin documentația de atribuire (08:00-24:00), a solicitat respectivului post TV un punct de vedere privind posibilitatea acestuia de a asigura difuzarea campaniilor TV aferente procedurii de achiziție în discuție, pentru SA, în perioada septembrie 2023 - iulie 2024, conform prevederilor caietului de sarcini, astfel cum a fost acesta publicat în SEAP.

Potrivit adresei din data de 09.10.2023, prin care reprezentanții postului ... i-au răspuns solicitării, s-a reliefat că, societatea ..., deținătoarea postului ..., „*va asigura difuzarea spoturilor sus menționate, conform legislației în vigoare*”.

În acest context, amintește decizia ... nr. 220/2011 privind Codul de reglementare a conținutului audiovizual.

Relevant a învedera este faptul că, prin adresa amintită, societatea ..., deținătoarea postului ..., a evidențiat că, „Asigurăm difuzarea spoturilor ...în intervalul menționat la art. 24 (1), 23:00-06:00”.

Potrivit art. 65 alin. (2) și art. 133 din HG nr. 395/2016, comisia de evaluare are obligația de a analiza și de a verifica fiecare ofertă atât din punctul de vedere al elementelor tehnice propuse, cât și din punctul de vedere al aspectelor financiare pe care le implică. Propunerea tehnică trebuie să corespundă cerințelor minime prevăzute în caietul de sarcini. Totodată, în baza art. 127 alin. (1) lit. f) din același act normativ, comisia de evaluare are atribuția verificării conformității propunerilor tehnice ale ofertanților cu prevederile caietului de sarcini. De asemenea, art. 137 alin. (2) lit. b) din normele metodologice stabilește că oferta este considerată inacceptabilă dacă a fost depusă de un ofertant care nu îndeplinește unul sau mai multe dintre criteriile de calificare stabilite în documentația de atribuire.

Raportat la deficiențele semnalate anterior, rezultă că, autoritatea contractantă nu a respectat dispozițiile art. 133 din HG nr. 395/2016, respectiv caracterul obligatoriu al documentației de atribuire.

Totodată, referitor la obligația comisiei de evaluare de a evalua ofertele prin prisma documentației de atribuire, sunt și considerentele deciziei civile nr. 1589/12.08.2021, pronunțată de Curtea de Apel, Secția

Raportat la deficiențele ofertei prezentată de SRL, rezultă că autoritatea contractantă nu a respectat dispozițiile art. 133 din HG nr. 395/2016, respectiv caracterul obligatoriu al documentației de atribuire, dar nici prevederile art. 215 din Legea nr. 98/2016.

Precum se relevă cu evidență din oferta SRL, acesta, pentru a demonstra îndeplinirea cerinței privind postul de televiziune cu tematică generalistă și cu o audiență medie de minim 3,00% Rtg a indicat postul de televiziune ..., post care, după cum reiese din adresa din data de 09.10.2023, declară că nu va putea asigura difuzarea spoturilor TV în intervalul orar solicitat în cuprinsul documentației de atribuire.

În fapt, consideră că sunt incidente dispozițiile art. 137 alin. (3) din HG nr. 395/2016, întrucât, oferta prezentată de SRL este una neconformă, sens în care, comisia de evaluare avea obligația de a dispune respingerea ofertei în discuție.

Concluzionând, din aspectele înfățișate anterior, reiese că, analiza ofertei SRL nu a fost analizată cu rigurozitatea impusă de lege.

Astfel, apreciază că, toate argumentele prezentate fac dovada deplină a faptului că decizia achizitoarei privind declararea ofertei

SRL admisibilă și câștigătoare, a fost emisă cu încălcarea prevederilor legale în materia achizițiilor publice, aspect pentru care, reiterează solicitarea de a dispune admiterea contestației, astfel cum a fost formulată.

În temeiul dispozițiilor art. 19 din Legea nr. 101/2016, pentru asigurarea accesului la mijloacele de probă pe care se sprijină contestația, în vederea respectării principiului legalității, contradictorialității și al asigurării dreptului de apărare în desfășurarea procedurii de soluționare a contestațiilor, solicită acordul de a studia dosarul aflat pe rolul CNSC.

În probațiune, au fost depuse înscrisuri.

..... SA a transmis punctul de vedere nr. 7280/20.10.2023, înregistrat la CNSC cu nr. 57668/20.10.2023, atașând dosarul achiziției.

Prin punctul de vedere, opinează următoarele:

În preambul, precizează modul de desfășurare a procedurii, susținând că, la data de 05.10.2023, a declarat oferta depusă de SRL, având ..., terț și subcontractant, drept ofertă câștigătoare, clasându-se pe locul I în urma aplicării criteriului de atribuire „cel mai bun raport calitate preț”, în conformitate cu raportul procedurii, postat în SEAP la data de 06.10.2023 sub indicativul [CN1056823/00192].

Susține că a procedat la o evaluare riguroasă a tuturor ofertelor, procesul de evaluare desfășurat de comisia de evaluare fiind consemnat în cadrul proceselor verbale intermediare nr. 730/31.07.2023, nr. 759/07.08.2023, nr. 761/08.08.2023, nr. 762/08.08.2023, nr. 766/18.08.2023, nr. 795/28.08.2023, nr. 804/30.08.2023, nr. 806/01.09.2029, nr. 831/12.09.2023, 875/19.09.2023, 948/03.10.2023 și raportul procedurii 953/04.10.2023, acte ce se regăsesc la dosarul achiziției.

Din cuprinsul întregii contestații, a reținut doar următoarea critică adusă de către contestatoare, respectiv: „în mod nepermis, autoritatea contractantă a considerat oferta SRL ca fiind admisibilă și a acordat acesteia, pentru componenta tehnică, punctajul maxim, respectiv 35 puncte, cu toate că, precum am arătat anterior, acesta a prezentat o ofertă neconformă respectiv a prezentat, pentru cerința referitoare la postul de televiziune cu tematică generalistă și cu o audiență medie de minim 3,00% Rtg, postul de televiziune ..., post care, precum reiese din e-mailul comunicat subscrisei de reprezentanții din cadrul departamentului juridic ai ..., nu va difuza spoturile în condițiile documentației de atribuire” și

„în acest context, se constată că, entitatea contractantă a evaluat în mod nelegal și cu încălcarea cerințelor documentației de atribuire oferta declarată câștigătoare”.

Solicită Consiliului să rețină că, procesul de evaluare a ofertelor pentru lotul 1 „Servicii de publicitate - Campanii de publicitate TV” s-a făcut pe baza documentelor depuse și asumate de către ofertanți pe platforma SEAP.

Astfel, prin contestația formulată, ... SRL nu are în vedere documentația de atribuire (caietul de sarcini) în forma publicată în SEAP,

ceea ce face ca această contestație să fie neîntemeiată, deoarece motivele invocate în contestație nu sunt cuprinse în documentația de atribuire.

Așa cum de altfel a afirmat însăși contestatoarea, trebuie avut în vedere că documentația de atribuire (alcătuită din fișa de date, caietul de sarcini, formularele anexă, etc.), nu a fost contestată de nici un operator economic, drept pentru care toate prevederile ei și-au consolidat forța obligatorie, atât pentru operatorii economici participanți la procedura de atribuire, cât și pentru autoritatea contractantă, acestea fiind în sensul prevederilor art. 75 din Legea 98/2016. Prin depunerea ofertei sale la procedură de față, se presupune că SRL și-a însușit documentația de atribuire fără rezerve, ceea ce înseamnă că nu i se poate scuza nicio abatere de la prescripțiile ei și cu atât mai mult nicio speculație pe marginea ei. Astfel, cum un contract constituie legea părților, și documentația de atribuire, însoțită de clarificările postate în SEAP, are aceeași valoare pentru părți, iar niciuna dintre ele nu o poate ignora sau nesocoti clauzele.

Prin necontestarea în termen legal, clauzele caietului de sarcini au devenit obligatorii, atât pentru ofertanți, cât și pentru comisia de evaluare, în exercitarea atribuțiilor sale prevăzute la art. 127 alin. (1 din HG nr. 395/2016.

Într-o astfel de situație, pentru a face dovada admisibilității ofertei lor, fiecare dintre participanții la procedura de atribuire avea obligația de a prezenta înscrisuri prin care să facă dovada îndeplinirii tuturor cerințelor din documentația de atribuire, iar autoritatea contractantă, în aplicarea dispozițiilor art. 133 din anexa la HG nr. 395/2016, avea obligația să se asigure că toate cerințele sunt îndeplinite de participanți.

Astfel, ofertantul SRL a depus acordul emis de ... SRL la data de 25.07.2023 prin care acest post de televiziune declară „disponibilitatea spațiului de emisie pentru implementarea campaniei de difuzare spoturi TV, în cadrul proiectului de achiziție publică organizată de, conform cu planificarea media făcută de SRL pe întreaga durată a campaniei, în conformitate cu negocierile purtate".

La rândul său, ofertantul SRL susține și el primirea acordului emis de ... SRL la data de 12.07.2023 prin care acest post de televiziune declară „disponibilitatea spațiului de emisie pentru implementarea campaniilor de difuzare a materialelor video de 30 secunde ale clientului, conform cu planificarea media făcută de SRL așa cum a fost prezentată în cadrul Ofertei tehnice și Ofertei Financiare pentru procedura de achiziție publică "Servicii de publicitate - Campanii de publicitate TV" organizată de S.A. (cod de identificare CN1056823)", cu limitările ulterioare asupra acordului în ceea ce privește difuzarea spoturilor TV doar în intervalul 23:00-6:00, limitare

materializată prin e-mail-ul depus de către contestatoare și având drept dată de comunicare data de 20.07.2023.

De altfel, precizează că, la rândul ei, nu a înțeles caracterul contradictoriu al acordurilor emise de către ..., în cadru aceluiași proiect, dar direcționate către operatori diferiți, însă de acest aspect nu poate fi făcută răspunzătoare, mai ales în contextul în care documentele din corespondența purtată între SRL și SC ... SRL, prezentate în cadrul contestației drept Anexele 5 și 5.1 nu sunt documente care se regăsesc între documentele ofertei depuse în SEAP de ofertantul SRL ca participant la procedura de achiziție pentru lotul 1 – „Servicii de publicitate - Campanii de publicitate TV”, acesta fiind motivul pentru care autoritatea contractată nu avea cunoștință despre ele.

De asemenea, este foarte interesant cum negocierea purtată de către contestatoare cu postul de televiziune ... a avut drept finalitate mail-ul din data de 20.07.2023 (prin care se confirma difuzarea spoturilor TV ale SA doar în intervalul orar 23:00-6:00), respectiv anterior acordului emis către SRL, aceasta primind acordul necondiționat al ... pentru difuzarea spoturilor la 5 zile distanță față de condiționarea dată către contestatoare.

În consecință, este adevărat că cele 2 acorduri emise de către ..., unul către SRL și celălalt către SRL, sunt asumate de către persoane diferite din cadrul societății ... SRL, ceea ce poate susține fie o politică internă diferită a ..., fie că există o vină pentru eșuarea negocierii cu postul de televiziune și aceasta aparține contestatoarei, fie ridică suspiciunea că acordul dat către SRL nu este complet, fie niciuna dintre ele. Cert este că nu autoritatea contractantă trebuie să se exprime asupra acestui aspect, în egală măsură susținerile petentei pot fi reale sau nu, la fel cum oferta prezentată de către SRL prezintă realitatea sau nu.

În subsidiar, autoritatea contractantă solicită Consiliului să constate că întreaga decizie emisă în cadrul procedurii de atribuire ce face obiectul prezentei contestații a avut la baza buna credință a participanților la această procedură, orice abatere de la acest principiu depășind limitele impuse de materia achizițiilor publice.

Astfel, scopul evaluării unor oferte este acela de atribuirea a unui contract nu acela de verificare a veridicității unui act.

Autoritatea contractantă consideră contestația depusă de către SRL neîntemeiată, deoarece argumentele prezentate de operatorul economic contestator nu au în vedere faptul că baza achiziției este documentația de atribuire, inclusiv caietul de sarcini asumat de toți ofertanții, precum și faptul că documentele pe care le invocă nu au fost depuse în cadrul procedurii și nu au fost niciodată în posesia autorității contractante.

Drept pentru care, pentru considerentele și susținerile expuse, solicită respingerea contestației formulată de către operatorul economic SRL.

..... SRL, prin adresa nr./....., înregistrată la CNSC sub nr./27.10.2023, a formulat cerere de intervenție

accesorie, solicitând admiterea cererii de intervenție, fiind ofertant declarat câștigător, și respingerea în totalitatea a contestației formulată de SRL, ca nefondată și lipsită de obiect.

Intervenienta solicită respingerea tuturor celor 6 puncte solicitate de către contestatoare, aceste solicitări fiind lipsite de fundament și obiect, deoarece nu se încadrează în prevederile legale din Legea nr. 101/2016. În fapt, oferta sa, după aplicarea factorilor de evaluare, a fost declarată câștigătoare, cu cele mai multe puncte înregistrate, fiind net superioară celorlalte oferte depuse în cadrul procedurii.

Consideră că operatorul clasat pe locul II, ... SRL, își susține contestația pe motive post desfășurare procedură de achiziție, motive „apărute” ulterior, după ce oferta sa a fost declarată câștigătoare, folosindu-se cu rea credință de anumite speculații. După cum se poate observa în anexele depuse în cadrul contestației, ... SRL a invocat în anexa 5.1. un email primit de la un reprezentant ... în data de 20.07.2023, înainte de data depunerii ofertelor în SEAP 31.07.2023.

Astfel, își pune întrebarea dacă SRL avea aceasta comunicare de la ... înainte de data depunerii, de ce nu a folosit-o în cadrul procedurii, solicitând astfel autorității contractante descalificarea tuturor operatorilor care au ofertat

Întreaga contestație a operatorului SRL se constituie pe interpretarea eronată a prevederilor Legii nr. 98/2016, respectiv, art. 215 alin. (5).

Oferta este considerată neconformă dacă nu respectă cerințele prezentate în documentele achiziției, a fost primită cu întârziere, prezintă indicii de înțelegeri anticoncurențiale sau corupție sau a fost considerată de autoritatea contractantă ca fiind neobișnuit de scăzută.

Ori, această interpretare a prevederilor legale din cadrul legii 98/2016, făcută de contestatoare privind conformitatea ofertelor depuse este total eronată.

Arată că a depus o ofertă completă cu respectarea tuturor prevederilor legale și cu respectarea tuturor aspectelor prevăzute în documentația de atribuire a contractului.

Referindu-ne în mod specific la motivul invocat de SRL, autoritatea contractantă a solicitat ca pentru toate stațiile TV oferate, alături de ofertă, să se depună și un acord de principiu prin care stațiile declară că sunt de acord cu difuzarea campaniei în conformitate cu oferta realizată de operatorul economic.

Precizează că a depus acordul stației ... semnat în data de 25.07.2023, chiar de șeful operațiunilor de business. Surprinzător și suspicios este că emailul la care face referire contestatoarea SRL în contestația sa, este din data de 20.07.2023, iar acordul său de la ...,

depus în cadrul licitației, odată cu oferta, este ulterior acestei date, este din 25.07.2023. Față de acest aspect, menționează că a transmis acordul pe care l-a primit de la ... și pe care l-a depus în cadrul procedurii.

Pe cale de consecință, încălcarea prevederilor legale la care face referire SRL, nu există.

Consideră că oferta sa este conformă și respectă toate prevederile legii achizițiilor publice. Autoritatea contractantă a procedat corect, cu respectarea prevederilor legii, declarând oferta sa câștigătoare.

Contestatoarea se află într-o eroare totală în interpretarea legii și face referire la aspecte viitoare, care se pot întâmpla, aducând ca probă o comunicare de la ..., Anexa nr.5, datată ulterior încheierii evaluării ofertelor și după închiderea raportului procedurii. Adresa primită de la ... este din data de 09.10.2023, iar raportul procedurii prin care oferta sa a fost declarată câștigătoare este din data de 05.10.2023. Astfel, contestatoarea își motivează contestația pe fapte viitoare, posibil probabile la implementarea contractului. Mai mult, contestatoarea încearcă să convingă Consiliul de faptul că autoritatea contractantă a procedat greșit în evaluarea realizată susținând drept argumente și probe procurate după închiderea procedurii. Ori, dacă ceva s-a schimbat de la depunere și mai ales după declararea unui câștigător în mod legal și corect atunci înseamnă că este responsabilitatea autorității contractante și a ofertantului declarat câștigător să rezolve această problemă apărută. Ofertantul clasat pe locul II nu are nici dreptul și nici responsabilitatea de a contesta aspecte care nu puteau fi prevăzute în cadrul procesului de evaluare. Autoritatea contractantă nu avea de unde să știe de un document, apărut ulterior, deci în viitor, la 4 zile după declararea câștigătorului, ... SRL. Până la acest moment, ... SRL nu a primit nici o înștiințare oficială de la ... conform căreia că această campanie nu va fi difuzată.

Ori, dacă o anumită prevedere legală împiedică difuzarea la stația ... atunci aceeași prevedere legală împiedică difuzarea și la stația ..., întrucât legea este general valabilă pentru toate posturile TV din România, nu doar pentru cine dorește să se aplice sau nu.

Pe lângă toate aceste, contestatoarea în pretențiile sale, solicită obligarea autorității la plata cheltuielilor de judecată invocând prevederile Legii nr. 101/2016, art. 9).

Intervenienta consideră că autoritatea contractantă nu are nici o culpă în evaluarea ofertelor și închiderea actelor din cadrul procedurii, aceasta acționând în conformitate cu documentația de atribuire și cu respectarea prevederilor Legii nr. 98/2016. Motivele invocate de contestatoare fac referire la o acțiune viitoare privind aspecte de implementare ale campaniei și sunt lipsite de fundamente raționale și legale. Mai departe, dacă autoritatea contractantă va semna contractul cu ofertantul declarat câștigător și dacă prevederile legii ... se aplică sau nu se aplică, nu este atributul contestatoarei. Contestatoarea solicită, de asemenea, reevaluarea și declararea ofertei sale ca fiind câștigătoare, ori, aceasta este într-o înțelegere eronată, deoarece o eventuală declarare a ofertei sale câștigătoare ar ajunge sub auspiciile acelorași prevederi legale pe care le invocă în speța de față.

Modul în care va acționa autoritatea contractantă nu implică prejudicii aduse contestatoarei și nici nu reprezintă un interes pentru aceasta, în conformitate cu prevederile legii. Acțiunea contestatoarei este lipsită de sens, lipsită de finalitate și are un efect de un eventual boomerang, în sensul că dacă, ipotetic, Consiliul ar decide reevaluarea sa și ulterior, autoritatea contractantă ar declara oferta sa ca fiind câștigătoare ar întâmpina aceleași prevederi legale referitoare la modul de implementare a campaniei tv. Prin absurd, contestatoarea ar trebui să invoce în favoarea susținerii ofertei sale prevederi legale care se aplică doar stației ..., prevederi care nu se aplică și stației

Acuzațiile aduse de contestatoare sunt nefondate, procedura s-a desfășurat cu respectarea Legii achizițiilor publice, autoritatea contractantă a procedat în mod legal, iar aspectele ce țin de implementarea contractului rămâne atributul ofertantului declarat câștigător și al autorității contractante, având în vedere ca nici o prevedere legală nu a fost încălcată în timpul evaluării ofertelor, iar argumentele contestatoarei sunt realizate/ emise după declararea ofertei câștigătoare.

Mai mult, ține să precizeze că dispozițiile art. 89 raportate la cele ale art. 12, art. 13, art. 21 și ale art. 24 din Codul audiovizualului au caracter general valabil și se aplică tuturor stațiilor TV, nu doar stației ..., deci, și stației ... și tuturor stațiilor TV prezente în oferta contestatoarei SRL la hotărârea instituției abilitate în a se pronunța în această speță, respectiv, instituția Nici contestatoarea și nici stațiile TV nu sunt în postura în care pot decide dacă legislația privind difuzarea la TV a campaniilor desfășurate de SA se aplică sau nu.

..... SRL a transmis concluzii scrise prin adresa nr. 1976/27.10.2023, înregistrată la Consiliu cu nr. 59134/30.10.2023, întocmite prin raportare la documentele studiate în cadrul dosarului achiziției la sediul CNSC, precum și prin raportare la poziția procesuală expusă de autoritatea contractantă prin punctul de vedere nr. 7280/20.10.2023 (2743/20.10.2023).

Preliminar, evidențiază că, își menține în totalitate criticile și argumentele invocate în cadrul contestației cu privire la modalitatea de evaluare a ofertei desemnată câștigătoare, în speță, ... SRL.

Fără a proceda la reiterarea celor expuse în cuprinsul contestației, apreciază necesar a puncta următoarele repere esențiale în soluționarea prezentei spețe, din care rezultă modul în care a fost instituită obligația privind difuzarea spoturilor, respectiv posturile de televiziune care pot asigura difuzarea în condițiile impuse de către autoritatea contractantă și, în special, lipsa prezentării dovezii privind difuzarea spoturilor TV pe postul

... în intervalul 08:00-18:00 - 18:00-24:00 de către ofertantul desemnat câștigător al procedurii.

De primă importanță, în susținerea temeiniciei criticilor aduse, apreciază oportun a menționa, pe scurt, faptul că, documentația de atribuire prevede următoarele:

- ofertanții au obligația de a asigura difuzarea spotului TV inclusiv pe 1 post de televiziune cu tematică generalistă și cu o audiență medie de minim 3,00% Rtg;

- pentru postul de televiziune cu tematică generalistă și cu audiența minimă de 3,00% Rtg, ofertanții trebuie să asigure un număr total de minim 42 de difuzări ale spotului TV, în intervalul orar 08:00-18:00 - 18:00-24:00, respectiv minim 6 difuzări pe zi, distribuite conform tabelului indicat în caietul de sarcini.

Așadar, din cele expuse de mai sus, se impun a fi reținute următoarele:

Ofertanții trebuie să asigure difuzarea spotului TV pe un post TV cu tematică generalistă și cu o audiență de minim 3,00 Rtg, în intervalul orar 08:00-18:00 - 18:00-24:00.

Amintește și că, în conformitate cu topul de audiență emis de ..., doar două posturi de televiziune din țară pot îndeplini cerințele autorității, în speță să fie post de televiziune cu tematică generalistă și cu o audiență medie de minim 3,00 % Rtg, respectiv doar ... și

Concret, se impune a fi avut în vedere că doar ... și ... îndeplinesc condiția de a avea o audiență minimă de 3,00 puncte.

Pentru a evidenția în amănunt cele expuse, susține că, în conformitate cu datele redade în cuprinsul Topului de audiență emise de ..., postul de televiziune ..., are o audiență de 4,54 % Rtg, în timp ce postul ..., are o audiență de 3,3 % Rtg.

Relevanța celor expuse se explică prin faptul că, factorul de evaluare „Audiența medie” se calculează prin luarea în considerare a celei mai mari audiențe medii cumulate, fiind stabilit un algoritm.

Precum a arătat și în cuprinsul contestației, arată că ofertantul desemnat câștigător, pentru postul ... (post de televiziune cu tematică generalistă și cu o audiență medie de 3,00% Rtg), a nominalizat postul de televiziune ..., post care, precum reiese din datele raportate de ..., are cel mai mare Rating, respectiv 4,54 %.

Admite că, datorită ratingului de care se bucură ..., acest post a fost și prima opțiune a sa în momentul elaborării ofertei, sens în care, a solicitat ofertă inclusiv postului TV în discuție, o solicitare în urma căreia i-a fost comunicat Acordul de difuzare. Cu toate acestea, ulterior discuțiilor purtate cu reprezentanții ... în vederea stabilirii condițiilor concrete ale unei eventuale colaborări, i-a fost comunicat că, în urma consultării departamentului juridic, ... poate asigura difuzarea posturilor doar după ora 23:00, respectiv în afara intervalului solicitat de autoritatea contractantă. În consecință, dat fiind faptul că, postul TV amintit, nu poate asigura difuzarea spotului TV în conformitate cu cerințele documentației de atribuire, a nominalizat cel de-al doilea (și, de altfel, singurul) post TV care îndeplinea cerința de a fi un post cu tematică generalistă, cu o

audiență medie de minim 3,00%, și care și-a asumat difuzarea spotului TV în intervalul solicitat de autoritate, respectiv 08:00-18:00 - 18:00-24:00.

Apreciază că, inclusiv împrejurarea conform căreia, niciunul dintre ceilalți ofertanți participanți la procedură nu au inclus în cadrul mixului de stații TV, postul de televiziune ..., denotă că, în fapt, ..., nu și-a asumat că va asigura difuzarea spoturilor în intervalul solicitat de autoritate. În acest sens, arată că, potrivit procesului-verbal nr. 795/28.08.2023, mixurile de stații TV, oferite în cadrul procedurii, sunt compuse după cum urmează:

- SRL (... , ... , ... , ... , ... , ...);
- ...SRL (... , ... , ... , ... , ... , ...);
- (... , ... , ... , ... , ... , ...);
- (... , ... , ... , ... , ... , ...).

Astfel cum reiese din întreg ansamblul contestației, dar și din cuprinsul documentelor existente la dosarul achiziției, comisia de evaluare, în cadrul procedurii de atribuire, a dat dovadă de o evaluare formală a ofertei SRL, adoptând decizia de declarare ca fiind câștigătoare a ofertantului indicat anterior fără a fi în posesia tuturor informațiilor de care avea nevoie pentru a avea convingerea că, în fapt, acesta poate să asigure îndeplinirea contractului în condițiile impuse prin documentația de atribuire.

Important a evidenția este și faptul că, inclusiv autoritatea contractantă, prin punctul de vedere, menționează că, „*pentru a face dovada admisibilității ofertelor lor, fiecare dintre participanții la procedura de atribuire avea obligația de a prezenta înscrișuri prin care să facă dovada îndeplinirii tuturor cerințelor din documentația de atribuire, iar autoritatea contractantă, în aplicarea dispozițiilor art. 133 din Anexa la HG nr. 395/2016, avea obligația să se asigure că toate cerințele sunt îndeplinite de participanți.*”

Or, tocmai aceste aspecte, anume, nerespectarea obligației de a prezenta înscrișuri prin care să facă dovada îndeplinirii tuturor cerințelor din documentația de atribuire, respectiv, nerespectarea, de către comisia de evaluare, a obligației de a se asigura că ofertanții îndeplinesc toate cerințele documentației, fac obiectul actualei contestații.

Analizând dosarul achiziției, se constată că, ofertantul SRL, pentru demonstrarea îndeplinirii cerinței privind difuzarea spotului TV, inclusiv pe un post TV cu tematică generalistă și cu o audiență de minim 3,00% Rtg (....), a prezentat Acordul emis de societatea ..., din cadrul căruia se observă că, societatea în discuție, deținătoare a posturilor TV- ..., ..., .., ... și, își declară disponibilitatea spațiului de emisie pentru implementarea campaniei de difuzare spoturi Tv organizată de SA, în conformitate cu negocierile purtate, fără a fi indicat în mod expres că, își exprimă disponibilitatea pentru difuzarea spoturilor TV în intervalul 08:00-18:00 - 18:00-24:00 solicitat prin documentația de atribuire.

Așadar, în contextul redat anterior, evidențiază că, din verificarea proceselor-verbale privind evaluarea conformității propunerilor tehnice, se constată că, autoritatea contractantă nu a verificat respectarea de către ofertant a cerinței ce se regăsește atât la nivelul caietului de sarcini, cât și a fișei de date, respectiv a cerinței privind difuzarea spoturilor TV, pe un post de televiziune cu tematică generalistă și cu o audiență medie minimă de 3,00% Rtg, în intervalul 08:00-18:00 - 18:00-24:00. Mai exact, comisia de evaluare s-a rezumat la a verifica îndeplinirea parțială a cerinței, și anume: difuzarea pe un post de televiziune cu tematică generalistă și cu o audiență medie minimă de 3,00% Rtg, fără a se asigura că difuzarea spoturilor TV va avea loc în intervalul impus prin documentația de atribuire.

Având în vedere că întreaga documentație de atribuire este opozabilă atât operatorilor economici la întocmirea ofertelor, cât și autorităților contractante la verificarea acestora, consideră că achizițtoarea avea obligația de a verifica îndeplinirea de către ofertantul SRL a tuturor cerințelor impuse în documentația de atribuire, inclusiv a celei ce vizează difuzarea spotului TV în intervalul 08:00-18:00 - 18:00-24:00.

Mai mult, precizează că, nicio ofertă nu poate fi considerată conformă și admisibilă, și cu atât mai puțin, câștigătoare, cât timp, nu a fost făcută dovada îndeplinirii cerințelor impuse în documentația de atribuire.

Pentru motivele evocate anterior, apreciază că, se impune a se reține că, evaluarea efectuată de autoritatea contractantă în privința ofertei câștigătoare nu s-a realizat cu maximă diligență și obiectivitate, prin verificarea respectării cerințelor documentației de atribuire în integralitate, sens în care, contestatoarea solicită reevaluarea ofertei în discuție, prin aplicarea prevederilor documentației de atribuire și ale legislației incidente.

O evaluare minuțioasă și argumentată a propunerii tehnice era, și este în continuare necesară, cu atât mai mult cu cât, este cunoscut faptul că, autoritatea contractantă nu este îndrituită să deducă elemente esențiale ale unei oferte pe baza unor informații insuficiente sau, cum este cazul în speța de față, inexistente. Or, în acordul postului de televiziune ... nu se regăsește nicio mențiune cu privire la disponibilitatea de a difuza spoturile TV în intervalul 08:00-18:00 - 18:00-24:00, precum a fost solicitat prin documentație. Astfel, afirmă că, autoritatea contractantă nu și-a îndeplinit obligația de a clarifica și verifica propunerea tehnică a SRL în conformitate cu rigorile documentației de atribuire, potrivit normelor legale.

Față de ansamblul considerentelor expuse anterior, concluzionează că, evaluarea ofertei SRL s-a făcut în mod formal, superficial, și, în consecință, cu nerespectarea prevederilor legale în vigoare în privința verificării atente de către comisia de evaluare a îndeplinirii cerințelor documentației de atribuire în integralitate de către ofertanți.

Independent de faptul că, prin punctul de vedere, autoritatea își exprimă surprinderea față de faptul că, acordurile emise de ... în cadrul aceluiași proiect sunt contradictorii, și susține că nu poate fi ținută răspunzătoare de acest aspect, motivat de faptul că, respectivele acte nu sunt documente ce se regăsesc între documentele depuse în SEAP de

societatea sa, contestatoarea apreciază că, autoritatea contractantă trebuie să conștientizeze răspunderea care îi revine în privința desemnării unui ofertant ca fiind câștigător al procedurii. Este cunoscut faptul că, la momentul desemnării ofertei câștigătoare, nu poate să existe nicio îndoială legată de îndeplinirea întocmai a tuturor cerințelor documentației, învederând art. 1 alin. (4) din HG nr. 395/2016. Așadar, autoritatea contractantă este responsabilă inclusiv pentru concluziile verificărilor cu privire la posibilitatea reală a ofertantului de a asigura difuzarea spotului TV în intervalul 08:00-18:00 - 18:00-24:00.

În continuare, ... SRL supune atenției Consiliului concluziile autorității contractante, redactate la nivelul punctului de vedere, conform cărora: „(...)ceea ce poate susține fie o politică internă diferită a ..., fie că există o vină pentru eșuarea negocierii cu postul de televiziune și aceasta aparține contestatorului, fie ridică suspiciunea că acordul dat de către SRL nu este complet, fie niciuna dintre ele. Cert este că nu autoritatea contractantă trebuie să se exprime asupra acestui aspect, în egală măsură susținerile contestatorului pot fi reale sau nu, la fel cum oferta prezentată de către SRL prezintă realitatea sau nu.”

Prin raportare la cele expuse anterior, se deduce că autoritatea contractantă admite că există posibilitatea ca oferta prezentată de către SRL să nu respecte cerințele documentației de atribuire.

Mai mult, din întreaga motivare expusă în punctul de vedere, se observă că, autoritatea contractantă nu aduce argumente plauzibile și pertinente, care să denote că, în cadrul procesului de evaluare, a verificat în mod corespunzător disponibilitatea postului de televiziune ... de a difuza spotul TV în intervalul 08:00-24.00. Singurele susțineri sunt că *„întreaga decizie a autorității contractante în cadrul procedurii de atribuire ce face obiectul prezentei contestații a avut la bază buna credință a participanților (...)”, respectiv că “documentele pe care le invocă nu au fost depuse în cadrul procedurii și nu au fost niciodată în posesia autorității contractante”.*

În primul rând, a procedat în mod similar pentru toate stațiile propuse în mixul de stații TV ofertat, respectiv a solicitat să îi fie confirmat faptul că, posturile în discuție își exprimă disponibilitatea de a asigura difuzarea spotului cu îndeplinirea tuturor condițiilor impuse prin documentația de atribuire, așadar, inclusiv cu respectarea intervalului impus, anume 08:00-18:00 - 18:00-24:00. Subliniază faptul că, toate stațiile TV propuse în mixul ofertat, i-au asigurat difuzarea spoturilor în condițiile solicitate de autoritatea contractantă, mai puțin ..., care, i-a comunicat că nu poate asigura difuzarea spoturilor în intervalul 08:00-18:00 - 18:00-24:00.

În situația în care, în cadrul procedurii de atribuire, autoritatea contractantă definește condițiile pe care le impune ofertanților, cum este și

cazul de față, în care, autoritatea a solicitat ca pentru postul ..., să se asigure difuzarea spotului în intervalul 08:00-18:00 - 18:00-24:00, comisia de evaluare are obligația ca, la momentul evaluării ofertelor, să nu se abată de la condițiile pe care le-a definit, în caz contrar, fiind încălcat principiul tratamentului egal. De asemenea, în baza art. 133 alin. (1) lit. g), comisia de evaluare are atribuția de a verifica conformitatea propunerilor tehnice cu prevederile de sarcini, această atribuție implicând verificarea îndeplinirii cerințelor în totalitate, iar nu doar parțial.

Reliefează că, în speță, din evaluarea realizată de autoritatea contractantă reiese că nu a fost realizată o verificare cu privire la disponibilitatea reală a postului TV ... de a difuza spoturile în intervalul indicat în documentația de atribuire, și anume, în intervalul 08:00-18:00 - 18:00-24:00.

Jurisprudența Consiliului este constantă, și în acord deplin cu cele expuse, în sensul că, se apreciază că, orice decizie a autorității contractante privind admiterea sau respingerea unei oferte trebuie fundamentată pe o evaluare temeinică a ofertei, sub toate aspectele acesteia, și pe probe concludente, iar nu pe simple presupuneri.

A invocat și decizia nr. 1589/12.08.2021, pronunțată de Curtea de Apel, Secția

În speța dedusă soluționării Consiliului, se constată că, autoritatea contractantă nu a verificat dacă, în fapt, ofertantul desemnat câștigător poate asigura îndeplinirea cerinței de a se difuza spoturile TV inclusiv pe un post TV cu tematică generalistă și cu o audiență medie minimă de 3,00%.

Cu toate că, autoritatea contractantă, prin punctul de vedere recunoaște că, „baza achiziției este documentația de atribuire, inclusiv caietul de sarcini asumat de toți ofertanții”, se observă că, deși, în cuprinsul Acordului prezentat de SRL nu a fost prevăzut că, societatea ... SRL își exprimă acordul de a difuza spoturile TV în intervalul de timp solicitat în mod expres de prevederile documentației, astfel încât să poată fi consemnată respectarea cerințelor documentației, comisia de evaluare a reținut caracterul admisibil al ofertei SRL, și, mai mult, a desemnat-o ca fiind câștigătoare a procedurii de atribuire.

O confirmare suplimentară a faptului că, în speță, autoritatea contractantă, a realizat o evaluare formală, fără a se asigura că, în fapt, ofertanții pot asigura îndeplinirea contractului în condițiile impuse prin documentația de atribuire, o reprezintă faptul că, din Acordul prezentat de către SRL pentru Postul ... (post cu tematică generalistă, cu o audiență medie de minim 3,00%), reiese doar că, Societatea ... SRL, deținătoare a posturilor TV-..., ..., ..., ... și, își declară disponibilitatea spațiului de emisie pentru implementarea campaniei de difuzare spoturi Tv organizată de SA, conform cu planificarea media făcută de SRL (fără a detalia planificarea media făcută), pe întreaga durată a campaniei, în conformitate cu negocierile purtate (fără a detalia negocierile). Nu se specifică nimic de conformitatea celor prevăzute în procedura de achiziție publică „Servicii de publicitate - Campanii de publicitate TV”, așa cum se specifică în acordul cu SRL.

Fără a proceda la o dezvoltare exhaustivă a contextului faptic redat anterior, notează că, în cadrul procedurii de atribuire, autoritatea contractantă a adoptat o decizie privind ofertantul SRL fără a clarifica cu acesta dacă, în fapt, poate asigura difuzarea spoturilor tv pe un post de televiziune cu tematică generalistă și cu o audiență medie de minim 3,00% Rtg în intervalul 08:00-18:00 - 18:00-24:00, astfel cum a fost solicitat prin documentația de atribuire.

Nevoia de clarificare a unei oferte și conduita autorității în acest sens, nu sunt aspecte pur formale ale activității de evaluare a ofertei, ci reprezintă îndeplinirea unei obligații stabilită de legiuitor în sarcina autorității contractante, pe care aceasta din urmă nu o poate ignora.

Relevante în acest sens, sunt prevederile art. 127 alin. (1) lit. i) din HG nr. 395/2016.

În contextul celor conturate, prin raportare inclusiv la informațiile de la nivelul dosarului achiziției, susține că apare întrebarea justificată, cu privire la ce se va întâmpla ulterior semnării contractului, anume în momentul în care se va constata că, ofertantul SRL nu va putea asigura difuzarea spoturilor pe postul de televiziune în discuție, anume pe Amintește că, singurul post TV care se mai încadrează în cerința de a fi un post TV cu tematică generalistă și cu o audiență medie de minim 3,00% Rtg, este postul ..., post ce se regăsește și în mixul media pe care ea l-a oferat. Or, acceptarea unei înlocuiri a postului TV oferat cu postul ..., pe lângă faptul că este contrară prevederilor legale, are drept consecință obținerea unui punctaj mai mic decât cel acordat ofertei sale.

Toate argumentele prezentate, inclusiv în contestație, fac dovada deplină a faptului că, în speță, ofertantul SRL nu a făcut dovada îndeplinirii cerințelor documentației de atribuire care impuneau ca, spoturile TV ce fac obiectul procedurii de atribuire în discuție să fie difuzate inclusiv pe un post de televiziune cu tematică generalistă și cu o audiență medie de minim 3,00% Rtg.

Față de toate aceste considerente, solicită admiterea contestației conform petitelor introductive.

Cu privire la cheltuielile de judecată pe care le solicită în temeiul art. 26 alin. (9) din legea nr. 101/2016, precizează că solicită obligarea autorității contractante la plata sumei de 6.545,00 lei cu titlu de cheltuieli de judecată, reprezentând onorariu avocat suportat cu ocazia soluționării contestației care face obiectul dosarului CNSC nr. 2922/C11/2023, conform facturii fiscale cu nr. ... și a Extrasului bancar din data de 24.10.2023.

..... SRL, prin adresa nr. 1988/01.11.2023, înregistrată la Consiliu cu nr. 59816/01.11.2023, a transmis concluzii scrise, prin

care solicită admiterea contestației, conform petitelor introductive, precum și respingerea cererii de intervenție formulată de SRL, precizând următoarele:

Referitor la pretinsa lipsă de obiect a contestației, arată că, în speță, nu se poate vorbi despre o lipsă de obiect a niciunui capăt de cerere. Pentru a stabili că demersul său este unul lipsit de obiect, ar fi însemnat că, faptul criticat să nu subziste, respectiv ca autoritatea contractantă să fi remediat actele considerate nelegale, în sensul solicitat prin contestație, fapt ce nu s-a petrecut. Astfel, nu poate fi reținut motivul de respingere invocat în mod nefondat și total nemotivat, conform căruia, contestația sa ar fi una lipsită de obiect, întrucât, toate actele a căror anulare petenta a solicitat-o prin actul de investitura a Consiliului, sunt în ființă inclusiv la acest moment.

Prin demersul său, în esență, astfel cum reiese din petitele contestației, a solicitat admiterea contestației și anularea actelor autorității contractante ce au stat la baza emiterii adresei privind rezultatul procedurii, inclusiv a raportului procedurii de atribuire, în partea ce privește declararea ca fiind admisibilă și câștigătoare a ofertei SRL. Nu se poate vorbi despre niciunul dintre petitele contestației ca fiind afectat de o lipsă de obiect. Actele a căror anulare le solicită sunt în ființă și acum, și, mai mult, acestea erau valabile inclusiv la data formulării contestației.

Pe scurt, astfel cum se relevă din cuprinsul dosarului achiziției, contestația este îndreptată împotriva modalității de evaluare realizată cu privire la ofertantul desemnat câștigător, respectiv împotriva actelor emise de autoritatea contractantă în legătură cu ofertantul SRL, acte ce sunt în valabile și la acest moment. Astfel, nu poate fi reținută pretinsa lipsă de obiect a contestației, cum în mod eronat, și fără a aduce argumente în sprijinul celor afirmate, susține intervenienta.

Referitor la fondul contestației, amintește că, în speță, autoritatea contractantă, a desemnat ca fiind câștigătoare oferta SRL, cu toate că, din actele de evaluare întocmite în cauză, nu reiese că, aceasta ar fi verificat modul de îndeplinire a cerinței prin care s-a solicitat prezentarea unui post de televiziune cu tematică generalistă și cu o audiență medie de minim 3,00% Rtg, care să asigure difuzarea spotului TV în intervalul orar 08:00-24:00 (08:00-18:00- 18:00-24:00).

După cum a arătat în cuprinsul concluziilor scrise și a demonstrat și în cuprinsul contestației, criticile formulate sunt întemeiate. Din cuprinsul actelor întocmite de comisia de evaluare, nu rezultă, în mod neîndoielnic că, ofertantul SRL îndeplinește cerința privind postul, respectiv ca postul de televiziune cu tematică generalistă și cu o audiență medie de minim 3,00% Rtg ofertat, să asigure difuzarea spotului TV în intervalul orar 08:00-24:00 (08:00-18:00- 18:00-24:00).

De altfel, se observă că, nici intervenienta nu a consemnat că ar putea îndeplini cerința menționată supra.

Cât privește susținerile conform cărora, ... SRL își susține contestația „pe motive post desfășurare procedură de achiziție, motive „apărute” ulterior”, respectiv „se pune, evident, întrebarea dacă ...avea această comunicare de la ... înainte de depunerii, de ce nu a folosit-o în

cadrul procedurii", menționează că, e-mailul prezentat drept anexă la contestația depusă, a fost primit urmare a demersurilor de negociere purtate în vederea confirmării faptului că, posturile TV pot asigura îndeplinirea tuturor condițiilor impuse prin documentația de atribuire, demersuri în urma cărora, a decis mixul de stații TV ce a fost oferat.

Date fiind argumentele intervenientei, apreciază necesar a menționa la acest moment că a obținut un Acord de principiu de difuzare a spoturilor TV ce fac obiectul prezentei proceduri din partea postului de televiziune ..., însă, urmare a discuțiilor ulterioare cu privire la specificul procedurii de atribuire, i-a fost comunicat e-mail-ul anexat contestației, și, în consecință, întrucât, postul TV nu a confirmat că va asigura difuzarea în condițiile impuse de autoritate, a luat decizia de a include în mixul media postul ..., care a confirmat că va asigura difuzarea în intervalul orar solicitat prin documentație.

În contextul celor prezentate anterior, solicită Consiliului să observe că, în fapt, nu și-a fundamentat contestația *„pe motive post desfășurare procedură de achiziție, motive „apărute” ulterior, după ce oferta noastră a fost declarată câștigătoare, folosindu-se cu rea credință de anumite „speculații”*”, cum în mod eronat susține intervenienta, ci, pe aspecte certe, cunoscute prin prisma discuțiilor purtate cu același post de televiziune în legătură cu procedura de atribuire în discuție și care, au stat la baza adoptării deciziei de a nu include postul TV ... în mixul media oferat, cu toate că, similar intervenientei, i-a fost comunicat un Acord de difuzare, acord care, după cum a arătat, nu este apt a asigura autoritatea contractantă că, în fapt, postul de televiziune urmează să difuzeze spoturile TV în intervalele solicitate prin documentația de atribuire.

În altă ordine de idei, precizează că, în opoziție cu cele expuse de intervenientă, nu putea folosi în cadrul procedurii adresa emisă de ... pentru a solicita descalificarea tuturor ofertanților care au nominalizat postul ... în cadrul mixului media.

Astfel, amintește că, în conformitate cu prevederile Legii nr. 98/2016, în cadrul procedurii de atribuire, operatorii economici depun ofertă, legiuitorul furnizând inclusiv definiția ofertei, în cadrul art. 3 alin. (1) din Legea nr. 98/2016.

Or, urmând raționamentul intervenientei, pe lângă faptul că nu poate depune în cadrul procedurii elemente străine de oferta sa, nu putea cunoaște ce posturi TV urmau să oferteze operatorii economici în cadrul procedurii de atribuire, pentru a prezenta autorității contractante elemente care să vină în susținerea procesului de evaluare.

Cât privește faptul că, nu a folosit în cadrul procedurii comunicarea ... și că, nu a solicitat autorității contractante „descalificarea tuturor operatorilor economici care au oferat ...”, supune atenției

intervenientei că, în conformitate cu prevederile legale, reglementate de Legea nr. 101/2016, în ipoteza în care, un ofertant se consideră vătămat de actele autorității, acesta are două opțiuni, respectiv de a formula contestație împotriva actelor autorității contractante, fie la Consiliu, fie la instanța de judecată. În acest context, nu pot fi primite concluziile intervenientei, conform cărora, dacă era în posesia emailului înainte de data depunerii, ar fi trebuit să solicite autorității contractante descalificarea tuturor operatorilor economici care au ofertat Mai mult, după cum a redat în cuprinsul concluziilor scrise din data de 27.10.2023, din ofertele depuse în cadrul procedurii, se observă că, ofertantul intervenient este singurul care a ofertat postul TV Or, în contextul în care, ofertantul intervenient, este singurul care a decis să oferteze postul de televiziune ..., apare suspiciunea rezonabilă cu privire la disponibilitatea reală a postului în discuție de a asigura difuzarea spoturilor în conformitate cu rigorile documentației, în speță, de a difuza spoturile în intervalul 08:00-24:00 (08:00-18:00- 18:00-24:00).

Referitor la afirmațiile nefondate, conform cărora, „..... SRL a depus o ofertă completă cu respectarea tuturor prevederilor legale și cu respectarea tuturor aspectelor prevăzute în documentația de atribuire a contractului”, evidențiază că, printre rigorile documentației de atribuire, se regăsește inclusiv cerința ca, spoturile TV să fie difuzate pe un post TV cu tematică generalistă și cu o audiență medie de minim 3,00% Rtg, în intervalul 08:00-24:00 (08:00-18:00 - 18:00-24:00), cerință pe care ofertantul intervenient nu o poate îndeplini și, pentru care, nu a depus nicio dovadă care să ateste că, în fapt, postul TV ofertat își manifestă acordul de a difuza spoturile ce fac obiectul procedurii de atribuire organizată de SA în intervalul solicitat prin documentația publicată în SEAP.

Totodată, lipsa posibilității reale a SRL de a asigura îndeplinirea cerinței în discuție, respectiv de a asigura difuzarea spoturilor TV pe postul ... (postul ofertat) în intervalul 08:00-24:00 (08:00-18:00-18:00-24:00), reiese și din faptul că, aceasta, niciunde în cuprinsul cererii de intervenție, nu menționează că, postul TV și-ar fi manifestat disponibilitatea de a difuza spotul TV în intervalul 08:00-24:00 (08:00-18:00- 18:00-24:00), rezumându-se la a menționa că, oferta sa respectă prevederile legale și documentația de atribuire. Concret, din apărările intervenientei, nu se identifică niciun argument pertinent care să demonstreze că, în fapt, postul de televiziune va difuza spoturile în conformitate cu rigorile documentației de atribuire.

De altfel, în cuprinsul intervenției formulate, ... SRL, nu doar că nu contrazice susținerile sale conform cărora postul TV ... nu și-ar fi manifestat fără echivoc acordul de a difuza spoturile aferente procedurii în discuție în intervalul 08:00-24:00 (08:00-18:00- 18:00-24:00), ci, afirmă următoarele:

- adresa primită de în data de 09.10.2023, se bazează pe „fapte viitoare, posibil probabile la implementarea Contractului”;

- „dacă ceva s-a schimbat de la depunere și mai ales după declararea unui câștigător în mod legal și corect atunci înseamnă că este responsabilitatea autorității contractante și a ofertantului declarat câștigător să rezolve această problemă apărută”;

- „până la acest moment, ... nu a primit nicio înștiințare oficială de la ... conform căreia că această campanie nu va fi difuzată”.

Așadar, poate afirma că, intervenienta admite implicit că, postul în discuție, nu l-ar fi asigurat cu privire la disponibilitatea de a asigura difuzarea campaniilor TV ale clientului SA în intervalul 08:00-24:00 (08:00-18:00- 18:00-24:00). În mod contrar, apreciază că nu ar fi afirmat că, faptele sunt „posibil probabile”, respectiv că:

„este responsabilitatea autorității contractante și a ofertantului declarat câștigător să rezolve această problemă apărută”, „nu a primit nicio înștiințare oficială de la ... conform căreia că această campanie nu va fi difuzată”.

Apreciază că, aspectele redate supra, coroborate cu faptul că, niciunde în cuprinsul intervenției sale, ofertantul nu afirmă că ... l-ar fi asigurat cu privire la disponibilitatea sa de a difuza spoturile achizitoarei în intervalul 08:00-24:00 (08:00-18:00- 18:00-24:00), precum și cu faptul că, din oferta depusă, nu rezultă că, ... SRL a negociat cu postul de televiziune ... aspectele referitoare la intervalul de difuzare, „trădează” imposibilitatea ofertantului de a asigura difuzarea în condițiile solicitate de achizitoare și caracterul nereserios al ofertei depusă, fiind argumente suplimentare care susțin temeinicia demersului SRL de a contesta rezultatul procedurii.

Astfel, în considerarea aspectelor detaliate în cuprinsul prezentelor concluzii, precum și a celor dezvoltate anterior în cadrul contestației, dar și a concluziilor din data de 27.10.2023, se constată că, oferta SRL este una neconformă, întrucât nu respectă cerințele documentației de atribuire privind difuzarea spoturilor TV inclusiv pe un post de televiziune cu tematică generalistă și cu o audiență medie de minim 3,00% Rtg, în intervalul 08:00-24:00 (08:00-18:00 - 18:00-24:00). În egală măsură, se constată că, autoritatea contractantă nu a verificat fundamentarea informațiilor din cadrul ofertei SRL din perspectiva verificării posibilității reale a acestuia de a difuza spoturile pe un post TV cu tematică generalistă și cu o audiență medie de minim 3,00% Rtg, în intervalul precizat, stabilit prin documentația de atribuire.

Prin raportare la afirmațiile intervenientei, conform căroră, ar fi făcut referire la „aspecte viitoare, care se pot întâmpla, aducând ca probă o comunicare de la ..., Anexa nr. 5, datată ulterior încheierii evaluării”, petenta notează că, în fapt, a făcut referire la lipsa îndeplinirii, de către SRL, a cerinței privind difuzare spoturilor TV pe un post de televiziune cu tematică generalistă și cu o audiență medie de minim 3,00% Rtg, în intervalul stabilit, respectiv la evaluarea superficială realizată de autoritatea contractantă în legătură cu această cerință de către ofertantul desemnat câștigător.

Astfel, consideră că, autoritatea contractantă are obligația ca, anterior adoptării unei decizii de respingere/desemnare ca fiind

câștigătoare a unei oferte, să se edifice în mod complet asupra situației reale de fapt în ceea ce privește îndeplinirea/neîndeplinirea de către ofertanți a cerințelor din documentația de atribuire, având la dispoziție, în acest sens, instrumente esențiale, precum sunt solicitările de clarificări. Or, în speță, cu toate că, din oferta SRL nu reiese că aceasta va asigura difuzarea spoturilor TV pe un post TV cu tematică generalistă și cu o audiență medie de minim 3,00% Rtg, care să își fi asumat că asigură difuzarea în intervalul solicitat, autoritatea contractantă, a desemnat ofertantul în discuție, ca fiind câștigător al procedurii, analizând, parțial, îndeplinirea cerințelor de către acesta.

Față de cele expuse, conchide prin a preciza că, în măsura în care, comisia de evaluare ar fi transmis o simplă solicitare de clarificări, aceasta ar fi clarificat fără echivoc că, în fapt, ofertantul SRL nu îndeplinește condiția de a asigura difuzarea spoturilor TV pe un post TV cu tematică generalistă și cu o audiență medie de minim 3,00% Rtg, în intervalul respectiv.

Așadar, concluzia comisiei de evaluare este eronată, fiind întemeiată pe o informație incompletă identificată în Acordul de principiu emis de ..., fără a se proceda la confirmarea faptului că, postul ... va difuza spoturile în intervalul solicitat.

După cum a arătat, lipsa disponibilității postului de televiziune ... de a difuza spoturile în intervalul solicitat de autoritatea contractantă a fost confirmată de respectivul post TV societății sale, în contextul în care, în momentul întocmirii ofertei, a purtat negocieri inclusiv cu postul Tv în discuție, cu mențiunea că, spre deosebire de ofertantul desemnat câștigător, a învederat reprezentanților postului de televiziune toate informațiile cu privire la obiectul procedurii de atribuire.

Concret, opinează că, evaluarea ofertei SRL trebuia realizată într-o manieră diligentă, comisia de evaluare având obligația de a manifesta un rol activ, prin formularea de solicitări de clarificări cu privire la modalitatea de îndeplinire a tuturor cerințelor documentației de atribuire.

Consiliul urmează să constate că, ... SRL a prezentat autorității contractante exclusiv Acordul de principiu al postului de televiziune ..., însă ceea ce nu a prezentat oferta autorității contractante este un Acord, sau orice alt act emis de postul în discuție care să cuprindă mențiuni referitoare la disponibilitatea postului de televiziune de a asigura difuzarea spoturilor în intervalul cerut, pentru a putea fi verificată posibilitatea reală a ofertantului de a asigura îndeplinirea cerinței în condițiile impuse prin documentația de atribuire. Numai în prezența unei astfel de informații, care să facă proba faptului că, ... SRL poate asigura că spoturile TV vor fi difuzate pe postul ..., ofertat, în acest interval, era posibilă declararea admisibilă a ofertei, lipsa acestor informații demonstrând caracterul incomplet al activității achizitoare și necesitatea reluării evaluării ofertei în discuție.

Raportat la cele menționate, subliniază că, autoritatea contractantă a procedat la desemnarea ofertei SRL câștigătoare, fără a întreprinde minime acțiuni în a stabili cu certitudine dacă oferta acestuia satisface în mod corespunzător cerințele caietului de sarcini.

Consideră că aspectele de fapt și de drept invocate, conduc la concluzia nelegalității deciziei autorității contractante de a dispune desemnarea ca fiind câștigătoare a ofertantului SRL, în condițiile în care, membrii comisiei de evaluare, anterior adoptării unei astfel de decizii, trebuiau să întreprindă demersuri prin care să se edifice cu privire la posibilitatea reală a ofertantului de a asigura difuzarea spotului TV pe un post de televiziune cu tematică generalistă și cu o audiență medie de minim 3,00% Rtg, care, totodată, asigură difuzarea spotului TV în intervalul stabilit de achizițoare.

Jurisprudențial, referitor la obligația autorității de a verifica respectarea tuturor cerințelor documentației de atribuire, invocă considerentele reținute în decizia CNSC nr. 1272/C9/1217 din data de 06.06.2023, Hotărârea Tribunalului Uniunii Europene din 10 decembrie 2009, ..., T-195/08, EU:T:2009:491, punctul 58, respectiv decizia CNSC nr. 2175/C9/2355 din data de 03.12.2019.

..... SRL a constituit cauțiunea în sumă de 86.204,00 lei, conform art. 611 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, fiind depusă la dosar recipisa de consemnare nr. 209611778/1, eliberată de CEC BANK SA, Sucursala Aviației, la data de 19.10.2023, fiind transmisă, în original, prin adresa înregistrată la Consiliu cu nr. 57792/23.10.2023.

Din analiza susținerilor părților și a documentelor existente la dosarul cauzei, Consiliul reține cele ce urmează:

..... SA a organizat licitația deschisă, în vederea încheierii contractului de Servicii de publicitate, lotul 1, prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr. CN1056823/ 30.06.2023. Valoarea estimată a contractului de servicii este de 4.896.212,55 lei, fără TVA, valoarea estimată a lotului 1 este 4.310.190,88 lei, fără TV, iar criteriul de atribuire aplicat este „cel mai bun raport calitate-preț”.

Împotriva rezultatului procedurii de atribuire pentru lotul 1 – Servicii de publicitate - Campanii de publicitate TV, comunicat prin adresa nr. 2597/06.10.2023, și a raportului procedurii nr. 6879/05.10.2023, ... SRL a înaintat Consiliului contestația în analiză, solicitând admiterea contestației, și, pe cale de consecință:

1. anularea tuturor actelor autorității contractante ce au stat la baza emiterii adresei privind comunicarea rezultatului procedurii, în partea ce privește declararea admisibilă și câștigătoare a ofertei SRL, respectiv, dar fără a se limita la, rapoartele intermediare, procesele verbale ce au stat la baza emiterii actelor nelegale, raportul procedurii;
2. anularea raportului procedurii, în partea ce privește oferta SRL;

3. obligarea autorității contractante la reluarea procedurii de atribuire, respectiv reluarea procesului de evaluare și stabilirea ofertantului câștigător dintre ofertele admisibile;
4. obligarea autorității contractante la plata cheltuielilor de judecată pentru soluționarea contestației.

Ca o chestiune prealabilă, Consiliul reține că, urmare a depunerii contestației, ... SRL formulează cerere de intervenție accesorie, pe care Consiliul o încuviințează în principiu, în conformitate cu art. 64 Cod procedură civilă, dat fiind faptul că autoarea acesteia, în calitate de ofertantă declarată câștigătoare, dovedește un interes legitim propriu în pricina prin promovarea acestei cereri.

Astfel, cererea de intervenție urmează a fi cercetată odată cu solicitările contestatoarei, în condițiile impuse de dispozițiile coroborate ale art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016 cu cele ale art. 64 și 67 din Codul de procedură civilă, autoarea ei având interes în menținerea actualului rezultat al procedurii de atribuire, respectiv menținerea deciziei privind admisibilitatea ofertei depuse de SRL.

Analizând contestația, Consiliul reține că autoarea acesteia critică rezultatul procedurii de atribuire în ceea ce privește oferta depusă de SRL, considerând că autoritatea contractantă în mod greșit a constatat admisibilitatea acestei oferte și a declarat-o câștigătoare pentru lotul 1 – Servicii de publicitate - Campanii de publicitate TV.

Astfel, din cuprinsul contestației rezultă că autoarea acesteia susține că este eronată decizia achizițoarei de declarare câștigătoare a ofertei SRL deoarece această ofertă este neconformă pentru că nu îndeplinește toate cerințele caietului de sarcini.

În discuție, Consiliul reține că este modul în care SRL a respectat prevederile caietului de sarcini, Secțiunea 3 – Specificații tehnice, prin care autoritatea contractantă a stabilit pentru lotul 1 că:

"3.1. LOTUL 1: Servicii de publicitate - Campanii de publicitate TV

.....
5) Cerințe și detalii privind serviciile solicitate și mixul de media, pentru fiecare campanie de publicitate TV:

.....
- Ofertantul va elabora și prezenta 2 propuneri de concept creativ al campaniei publicitare și pentru fiecare concept propus va prezenta câte 1 variantă de creație (descriere) pentru 1 spot TV, plus 2 eventuale actualizări/versiuni.

- Ofertantul va asigura producția unui spot TV cu durată de 30 secunde, pe baza variantei de creație aferente agreeate de Autoritatea contractantă, după caz - cu posibilitatea de efectuare a 2 eventuale actualizări/versiuni ale spotului, ce pot presupune completări/modificări de grafică și voce față de spotul principal, cu privire la diferite informații/mesaje transmise în cadrul spotului. Realizarea (producția) spotului TV se va asigura în principiu în format video (grafic/ animație grafică/ cu imagini din baze de date cu materiale video/imagini) & audio, respectiv fără elemente de filmare/producție TV personalizată.

- Ofertantul va asigura difuzarea spotului TV pe 6 posturi de televiziune din România, cu acoperire națională, din care:

a) 1 post de televiziune cu tematică generalistă și cu o audiență* medie de minim 3,00% Rtg.

b) 3 posturi de televiziune cu tematică de știri, fiecare cu o audiență* medie de minim 0,50% Rtg.

c) 2 posturi de televiziune cu tematică generalistă, fiecare cu o audiență* medie de minim 0,15% Rtg.

*audiență medie avută în vedere: % Rating mediu, pentru perioada 01.08.2022 - 31.12.2022 și intervalul orar 08:00-24:00, target National 18+, conform datelor raportate de

Ofertantul va urmări selectarea unor posturi TV care să asigure un optim de vizibilitate și de audiență în rândul publicului tinta și o cât mai bună valorizare a mesajului.

- Ofertantul va asigura pentru postul de televiziune precizat la punctul a) de mai sus, in perioada fiecărei campanii TV (durata 7 zile), un număr total de minim 42 difuzări ale spotului TV in intervalul orar 08:00-24:00, respectiv minim 6 difuzari/zi x 7 zile, dupa cum urmeaza:

Zile de difuzare in perioada campaniei (durata 7 zile), pentru fiecare post TV	Număr total difuzări (interval 08:00 24:00)	Din care	
		Difuzări in intervalul orar 08:00-18:00	Difuzări in intervalul orar 18:00-24:00
In fiecare zi, in primele 6 zile ale campaniei de publicitate (total 6 zile de difuzare)	minim 6 difuzari/zi x 6 zile = minim 36 difuzări	minim 3 difuzari/zi x 6 zile = minim 18 difuzări	minim 3 difuzari/zi x 6 zile = minim 18 difuzări
In ziua a 7-a a campaniei de publicitate (total 1 zi de difuzare)	minim 6 difuzări	Difuzări in intervalul orar 08:00-15:00	
		minim 6 difuzării	

Ofertantul va asigura pentru fiecare din posturile de televiziune precizate la punctele b) si c) de mai sus, in perioada fiecărei campanii TV (durata 7 zile), un număr total de minim 56 difuzări ale spotului TV in intervalul orar 08:00- 24:00, respectiv minim 8 difuzari/zi x 7 zile, (...)."

În aplicarea criteriului de atribuire ales ("*cel mai bun raport calitate-preț*"), Consiliul observă că autoritatea contractantă a stabilit alături de alți factori de evaluare, următorul factor de evaluare, cu o pondere de 35% din punctajul total:

"Audienta medie cumulata a celor 6 posturi TV propuse ce depaseste pragul minim de audienta solicitat, respectiv marjele de rating ce depasesc pragul minim de audienta solicitat pentru fiecare post TV propus".*

Conform fișei de date, cap. II.2.5 *Criterii de atribuire*, acest factor de evaluare este descris astfel:

"(6 posturi de televiziune din Romania, cu acoperire nationala, din care:

o 1 post de televiziune (Post TV 1) cu tematica generalista si cu o audienta medie de minim 3,00% Rtg. o 3 posturi de televiziune (Post TV 2, Post TV 3, Post TV 4) cu tematica de stiri, fiecare cu o audienta* medie de minim 0,50% Rtg.*

o 2 posturi de televiziune (Post TV 5, Post TV 6) cu tematica generalista, fiecare cu o audienta medie de minim 0,15% Rtg.*

**audienta medie avuta in vedere: % Rating mediu, pentru perioada 01.08.2022 – 31.12.2022 si intervalul orar 08:00–24:00, target National 18+, conform datelor raportate de)",*

având următorul algoritm de calcul:

"Algoritm de calcul:

*a) Pentru oferta cu cea mai mare audienta medie cumulata*se acorda 35 puncte*

**Cea mai mare audienta medie cumulata ce depaseste pragul minim solicitat = [A(post...) + A(postTV2) + A(postTV3) + A(postTV4) + A(postTV5) + A(postTV6)](Maxima)*

b) Pentru oferta cu o audienta medie cumulata mai mica decat cea prevazuta la lit. a), punctajul se acorda astfel:

$P1(n) = \{[A(post...) + A(postTV2) + A(postTV3) + A(postTV4) + A(postTV5) + A(postTV6)](n) / [A(post...) + A(postTV2) + A(postTV3) + A(postTV4) + A(postTV5) + A(postTV6)](Maxima)\} \times 35$ puncte

Unde:

A (post TV 1) = Audienta medie %Rtg. post TV 1 – 3,00% Rtg.

A (post TV 2) = Audienta medie %Rtg. post TV 2 – 0,50% Rtg.

A (post TV 3) = Audienta medie %Rtg. post TV 3 – 0,50% Rtg.

A (post TV 4) = Audienta medie %Rtg. post TV 4 – 0,50% Rtg.

A (post TV 5) = Audienta medie %Rtg. post TV 5 – 0,15% Rtg.

A (post TV 6) = Audienta medie %Rtg. post TV 5 – 0,15% Rtg.

Audienta medie avuta in vedere: % Rating mediu, pentru perioada 01.08.2022 – 31.12.2022 si intervalul orar 08:00–24:00, target National 18+, conform datelor raportate de).

Legat de aceste prevederi ale documentației de atribuire, Consiliul reține că autoarea contestației susține că ofertantul declarat câștigător, respectiv SRL, ofertând postul ..., nu îndeplinește cerința "1 post de televiziune cu tematica generalista si cu o audienta* medie de minim 3,00% Rtg", în ceea ce privește programul de difuzare a spoturilor publicitare, astfel că, prin evaluarea realizată, autoritatea contractantă a constatat în mod eronat că această ofertă este conformă și admisibilă și, mai mult, a declarat-o câștigătoare a procedurii de atribuire.

Verificând propunerea tehnică a acestui ofertant, Consiliul constată că pentru postul de televiziune cu tematică generalistă a fost propus postul ..., fiind indicat că va fi asigurat totalul de 42 de difuzări ale spotului TV pe postul de televiziune cu tematică generalistă (punctul a), respectiv ..., din cele 42 de difuzări/campanie, 24 de difuzări fiind în intervalul 08.00:18.00 și 18 difuzări în prime time 18.00:24.00. Atașat propunerii tehnice se regăsește documentul adresat SRL, la data de 25.07.2023, în care reprezentantul postului ... (Societatea ... SRL) declară disponibilitatea spațiului de emisie pentru implementarea campaniei de difuzare spoturi TV, în referire la procedura de față, conform planificării media făcută de acest ofertant pe întreaga campanie, potrivit negocierilor purtate.

Din procesul-verbal nr. 766/18.08.2023, legat de acest aspect, rezultă că autoritatea contractantă a considerat suficiente aceste informații, fără a putea fi identificate informații legate de o analiză a achizitoarei a posibilității reale de a îndeplini cerința în discuție din prisma intervalului orar de difuzare a spoturilor publicitare.

De asemenea, conform proceselor-verbale ulterioare, nr. 795/28.08.2023, nr. 804/30.08.2023 și nr. 806/01.09.2023, nu a putut fi identificată efectuarea vreunei verificări de către autoritatea contractantă a posibilității reale de a difuza spoturile publicitare în intervalul orar stabilit de către ofertantul declarat câștigător, interval doar asumat prin propunerea tehnică, deși în cel din urmă proces-verbal dintre cele enumerate s-a concluzionat că cerința este îndeplinită.

Tot în cadrul acestui din urmă proces-verbal (nr. 806/01.09.2023) oferta SRL este declarată conformă, fiindu-i acordat punctajul maxim (35 puncte) pentru factorul de evaluare privind audiența.

În privința celor decise de achizitoare, autoarea contestației arată faptul că același post indicat de ofertantul declarat câștigător, respectiv ..., i-a transmis, la data de 20.07.2023 și reconfirmat la data de 09.10.2023, că spoturile publicitare care promovează jocurile de noroc (inclusiv jocurile de noroc tip loto), intră în categoria programelor interzise minorilor sub 15 ani, astfel că se difuzează numai în intervalul orar 23.00-06.00, conform Codului de reglementare a conținutului audovizual.

În contra celor susținute de contestatoare, autoritatea contractantă arată că evaluarea ofertelor pentru Lotul 1 "*Servicii de publicitate - Campanii de publicitate TV*" s-a făcut pe baza documentelor depuse și asumate de către ofertanți, respectiv că autoarea contestației nu are în vedere documentația de atribuire (caietul de sarcini) în forma publicată în

SEAP, deoarece motivele invocate în contestație nu sunt cuprinse în documentația de atribuire.

În soluționare sunt considerate relevante prevederile Deciziei nr. 220/ 2011 privind Codul de reglementare a conținutului audiovizual, emisă de ..., unică autoritate de reglementare în domeniul programelor audiovizuale, la data de 24.02.2011, cu modificările ulterioare:

"Art. 19. - (1) Criteriile în funcție de care se clasifică programele difuzate au drept scop asigurarea protecției minorului și informarea publicului cu privire la conținutul acestora.

(2) Responsabilitatea clasificării programelor revine radiodifuzorilor și furnizorilor de servicii media la cerere, în conformitate cu următoarele criterii:

a) numărul și natura scenelor violente, precum și caracterul gratuit sau indispensabil al acestora, raportat la genul și subiectul programului;

b) utilizarea violenței și rolul acesteia în rezolvarea problemelor;

c) modalitatea de tratare prin imagini a scenelor de violență, tipul de plan utilizat, realismul reprezentării, rolul coloanei sonore în a genera frică ori angoasă;

d) contextul în care este prezentat consumul de droguri și alcool;

e) numărul și natura scenelor de nuditate, reprezentarea actului sexual;

f) psihologia personajelor și reperele morale pe care acestea le oferă copiilor sau adolescenților;

g) tipologia eroilor, scopul acțiunii acestora, gradul de recurgere la violență;

h) prezența și rolul minorilor în scene de violență;

i) prezentarea femeii în ipostaze degradante;

j) numărul și intensitatea scenelor de violență casnică;

k) calitatea și tipologia limbajului;

l) genul sau tema programului.

Art. 20. - În clasificarea producțiilor audiovizuale de ficțiune furnizorii de servicii media audiovizuale se vor ghida și după clasificarea stabilită de producător sau, după caz, după cea în care producția de ficțiune a fost difuzată în alte țări, evitând încadrarea cel mai puțin restrictivă, în situația în care aceasta este singulară.

Art. 21. - Categoriile în care se clasifică programele, în funcție de criteriile precizate la art. 19 alin. (2), sunt următoarele:

a) programe accesibile tuturor categoriilor de public, fără restricții sau semne de avertizare;

b) programe care pot fi vizionate de minorii în vârstă de până la 12 ani numai cu acordul părinților sau împreună cu familia, denumite în continuare programe AP (acord parental);

c) programe interzise minorilor sub 12 ani, denumite în continuare programe 12;

d) programe interzise minorilor sub 15 ani, denumite în continuare programe 15;

e) programe interzise minorilor, altele decât cele pornografice, care în Statele Unite ale Americii și în țările din Uniunea Europeană sunt interzise publicului sub 18 ani, filme horror, erotice, de o violență extremă, programe sponsorizate de producătorii de băuturi spirtoase, denumite în continuare programe 18;

f) programe interzise minorilor, filme și emisiuni pornografice al căror scop principal este prezentarea în detaliu a actului sexual, a modalităților de satisfacere a dorințelor sexuale sau programe în care se prezintă un act sexual real, indiferent de modalitatea de filmare, denumite în continuare programe 18+."

Art. 24. - (1) Programele 15 se difuzează numai în intervalul orar 23,00-6,00 și vor fi însoțite permanent de un semn de avertizare reprezentând un cerc de culoare albă, iar în interiorul acestuia, pe fond transparent, numărul 15 de culoare albă; fac excepție de la intervalul orar filmele artistice, serialele și cele documentare clasificate 15, în cazul cărora intervalul permis de difuzare este 22,00-6,00.

Art. 89. - (1) Jocurile de noroc pot fi difuzate în cadrul unui program audiovizual sau pot fi subiect al unei comunicări comerciale audiovizuale numai dacă sunt autorizate în condițiile legii.

(2) Este interzisă difuzarea de jocuri-concurs cu câștiguri de orice fel, prin intermediul liniilor telefonice sau al altor sisteme de telecomunicație, televiziune ori radio, prin care se

condiționează obținerea unor avantaje materiale ca rezultat al răspunsurilor formulate la întrebări adresate publicului și care presupun o taxă de participare.

(3) Cu excepția spoturilor publicitare referitoare la pariuri care pot fi difuzate și în timpul transmisiunilor sportive în direct, programele audiovizuale care conțin jocuri de noroc, precum și spoturile publicitare care promovează astfel de jocuri se supun condițiilor de protecție a minorilor prevăzute în cap. II «Clasificarea programelor în vederea protecției minorilor» din titlul II «Protecția minorilor».

(4) Jocurile de noroc nu pot fi incluse în programele adresate minorilor și nici nu este permisă incitarea acestora să participe la astfel de jocuri.

(5) Jocurile de noroc trebuie să respecte regulile informării corecte, iar regulamentul lor de desfășurare trebuie să fie clar și adus la cunoștință în mod corespunzător.

(6) La începutul și pe parcursul desfășurării programului, publicul va fi informat, vizual și auditiv, despre caracterul jocului, condițiile de participare și de tarificare, modalitățile de acces și de atribuire a câștigurilor.

(7) Anterior programării difuzării jocului, furnizorii de servicii media audiovizuale au obligația să aducă la cunoștința Consiliului datele principale din licența sub care acesta este organizat.

(8) Este interzisă solicitarea insistent adresată publicului de a participa la joc."

În acest context, ținând cont de intervalul orar de difuzare impus de autoritatea contractantă prin caietul de sarcini 08.00 – 24.00, se impunea ca autoritatea contractantă, în evaluarea ofertelor depuse, să verifice capacitatea ofertanților de a asigura în mod legal difuzarea spoturilor publicitare în acest interval.

Asemenea verificări trebuiau făcute, atât din prisma determinării conformității ofertelor depuse, cât și din prisma faptului că audiența postului desemnat la lit. a) prezintă relevanță în aplicarea criteriului de atribuire și a factorilor de evaluare, factorul de evaluare în cauză având o pondere semnificativă în punctajul total obținut.

Contrar aprecierilor achizitoareii faptul că ofertanții au declarat că asigură respectarea intervalului stabilit prin caietul de sarcini nu este suficient, fiind de datoria sa de a se asigura că, într-adevăr, aceștia pot îndeplini cerința astfel cum aceasta a fost formulată.

Astfel, se impunea, din prisma criteriului de atribuire stabilit de achizitoarea, a factorilor de evaluare aferenți acestuia, ca autoritatea contractantă să solicite ofertantului prezentarea de dovezi concrete asupra capacității legale de a asigura difuzarea spoturilor publicitare aferente acestui lot din prisma intervalului orar impus.

Din această perspectivă nu pot fi primite susținerile autorității contractante legate de faptul că autoarea contestației ar fi trebuit să critice documentația de atribuire atunci când a luat cunoștință despre prevederile caietului de sarcini.

Prin demersul său, autoarea contestației critică faptul că autoritatea contractantă nu a verificat modul în care ofertantul declarat câștigător poate asigura îndeplinirea cerinței privind intervalul orar impus pentru difuzarea acestor spoturi, plecând de la informațiile deținute cu privire la postul ..., și nu cerințele documentației de atribuire.

Astfel, se impune ca autoritatea contractantă să clarifice în ce măsură ofertantul declarat câștigător poate asigura difuzarea spoturilor publicitare aferente lotului 1 în condițiile stabilite prin caietul de sarcini, cu respectarea regulilor impuse de autoritatea de reglementare furnizorilor de servicii media audiovizuale și să solicite documente relevante în acest sens emise de respectivul difuzor.

Dincolo de cele impuse prin caietul de sarcini, autoritatea contractantă este cea care trebuie să se asigure că ofertanți pot asigura îndeplinirea obiectului contractului.

Prevederile documentației de atribuire sunt, într-adevăr, opozabile atât ofertanților, cât și autorității contractante, însă faptul că a stabilit prin documentația de atribuire că ofertantul este cel care își asumă răspunderea exclusivă pentru legalitatea și autenticitatea documentelor prezentate, nu este de natură a exonera membrii comisiei de evaluare de îndeplinirea obligațiilor ce le revin conform art. 127 alin. (1) din HG nr. 395/2016:

"(1) În raport cu sarcinile și responsabilitățile, comisia de evaluare are, în ansamblu, următoarele atribuții:

- a) deschiderea ofertelor și, după caz, a altor documente care însoțesc oferta;*
- b) verificarea îndeplinirii criteriilor de calificare de către ofertanți/candidați;*
- c) realizarea selecției candidaților, dacă este cazul;*
- d) desfășurarea dialogului cu operatorii economici, în cazul aplicării procedurii de dialog competitiv;*
- e) desfășurarea negocierilor cu operatorii economici, în cazul aplicării procedurilor de negociere;*
- f) verificarea conformității propunerilor tehnice ale ofertanților cu prevederile caietului de sarcini;*
- g) evaluarea propunerilor tehnice ale ofertanților în conformitate cu criteriile de atribuire, dacă este cazul;*
- h) verificarea propunerilor financiare prezentate de ofertanți, inclusiv verificarea conformității cu propunerile tehnice, verificarea aritmetică, verificarea încadrării în fondurile care pot fi disponibilizate pentru îndeplinirea contractului de achiziție publică respectiv, precum și, dacă este cazul, verificarea încadrării acestora în situația prevăzută la art. 210 din Lege;*
- i) elaborarea solicitărilor de clarificări și/sau completări necesare în vederea evaluării solicitărilor de participare și/sau ofertelor;*
- j) stabilirea solicitărilor de participare neadecvate, a ofertelor inacceptabile și/sau neconforme, precum și a motivelor care stau la baza încadrării acestora în fiecare din aceste categorii;*
- k) stabilirea ofertelor admisibile;*
- l) aplicarea criteriului de atribuire și a factorilor de evaluare, astfel cum a fost prevăzut în anunțul de participare/simplificat/de concurs;*
- m) stabilirea ofertei/ofertelor câștigătoare sau, după caz, formularea propunerii de anulare a procedurii;*
- n) elaborarea proceselor-verbale aferente fiecărei ședințe, a rapoartelor intermediare aferente fiecărei etape în cazul procedurilor cu mai multe etape și a raportului procedurii de atribuire."*

Conform celor stabilite de legiuitor era de datoria membrilor comisiei de evaluare de a verifica modul în care sunt îndeplinite cerințele caietului de sarcini. Existența unui document în care se specifică disponibilitatea spațiului de emisie pentru implementarea campaniei de difuzare spoturi TV, în referire la procedura de față, conform unei planificări media, potrivit negocierilor purtate, dar despre care nu există informații, nu reprezintă dovada îndeplinirii cerinței în discuție.

Or, acceptarea ca fiind suficient și relevant un astfel de document reprezintă o lipsă de diligență a membrilor comisiei de evaluare în asigurarea rigorii unui astfel de proces, evaluarea realizată de autoritatea contractantă fiind, în mod evident, incompletă.

Doar după efectuarea unor astfel de demersuri de clarificare, care să ateste faptul că intervalul orar de difuzare impus poate fi respectat, autoritatea contractantă putea decide legat de conformitatea acestei oferte, de admisibilitatea ei și, în final, dacă era cazul, să aplice criteriul de atribuire stabilit.

Cu atât mai mult, în situația prezentă, invocată de contestatoare prin demersul său, susținută de documentele prezentate de aceasta (emise de reprezentanții ...), autoritatea contractantă are obligația de face verificări suplimentare, pentru a determina dacă ofertantul declarat câștigător ar putea asigura îndeplinirea cerințelor caietului de sarcini în totalitatea lor.

Luând în considerare cele mai sus menționate, constatând că membrii Comisiei de evaluare nu au făcut o evaluare completă și legală a a ofertei declarate câștigătoare, în temeiul art. 26 alin. (2) 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 urmează să admită contestația formulată de SRL și să anuleze actele autorității contractante privind declararea admisibilă și câștigătoare a procedurii de atribuire a ofertei depusă de SRL, precum și comunicările privind rezultatul procedurii.

În baza art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va obliga autoritatea contractantă ca, în termen de 15 zile de la primirea deciziei Consiliului, cu respectarea prevederilor legale, să facă aplicarea aspectelor de fapt și de drept, stabilite de Consiliu prin motivarea sa, să reanalizeze oferta depusă de SRL, să stabilească ofertele admisibile și să aplice acestora criteriul de atribuire ales.

Contestația urmând a fi admisă, Consiliul încuviințează în principiu cererea de intervenție depusă de SRL și o va respinge.

În baza dispozițiilor coroborate ale art. 26 alin. (9) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite cererea SRL de obligare a autorității contractante la suportarea cheltuielilor efectuate în cursul soluționării contestației, astfel că va obliga SA la plata către aceasta a sumei de 6.545,00 lei, reprezentând onorariu avocat. La dosarul cauzei, a fost depusă factura seria și numărul ..., în valoare de 6.545,00 lei, emisă de, și extras de cont al, din care rezultă data înregistrării plății în 24.10.2023, reprezentând contravaloarea acestei facturi.

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

CONSILIUL DECIDE:

Admite contestația depusă de SRL în contradictoriu cu SA.

Anulează actele autorității contractante privind desemnarea admisibilă și câștigătoare a ofertei depusă de SRL, precum și comunicările privind rezultatul procedurii.

Obligă autoritatea contractantă ca, în termen de 15 zile de la primirea deciziei Consiliului, cu respectarea prevederilor legale, să facă aplicarea aspectelor de fapt și de drept, stabilite de Consiliu prin motivarea sa, să reanalizeze oferta depusă de SRL să stabilească ofertele admisibile și să aplice acestora criteriul de atribuire ales..

Încuviințează în principiu cererea de intervenție înaintată de SRL și o respinge.

Obligă autoritatea contractantă la plata către SRL a sumei de 6.545,00 lei, reprezentând onorariu avocat.

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

Împotriva ei se poate formula plângere, în termen de 10 zile de la comunicare pentru părțile cauzei, respectiv de la data luării la cunoștință de către alte persoane vătămate, în temeiul art. 29 din Legea nr. 101/2016.

PREȘEDINTE,

.....

MEMBRU,

.....

MEMBRU,

.....

Redactată în 5 exemplare, conține 30 pagini.

Redactată practica deciziei