

CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C.N.S.C.

Str. Stavropoleos, nr. 6, sector 3, București, România, CP 030084, CIF 20329980
Tel. +4 021 3104641 Fax. +4 021 3104642, +40218900745 www.cnsc.ro

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

DECIZIE

Nr. / /

Data:

Prin contestația nr. .. / .., înregistrată la CNSC sub nr. 2641 / .., aparținând SC SRL, cu sediul în .., b-dul. ..., .., cu sediul ales pentru corespondență în .., înaintată împotriva documentației de atribuire aferente Lotului 2, întocmite de .., cu sediul în .., .., județul .., în calitate de autoritate contractantă în procedura de cerere de oferte online, organizată în vederea atribuirii unui contract de achiziție publică, având ca obiect „Servicii de publicitate 3 loturi: 1 - în presa locală scrisă, 2 - în presa scrisă centrală, 3 - în presa locală online”, cu invitație de participare nr. / .., s-a solicitat Con.... .. / .., înregistrată la CNSC sub nr. / .., SC SRL, cu sediul în .., .., .., județul .., înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr., având CUI .., reprezentată legal prin - Administrator, a înaintat Consiliului cerere de intervenție accesorie, prin care solicită, respingerea, ca nefondată, a contestației formulate de SC SRL, cu consecința menținerii cerințelor tehnice din caietul de sarcini pentru publicațiile ce pot fi oferite la Lotul 2, așa cum au fost stabilite de autoritatea contractantă în Răspuns solicitare clarificări nr. 11328/11472/0102.....

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

DECIDE:

Respinge cererea de intervenție accesorie aparținând SC SRL, ca inadmisibilă, în principiu.

Admite contestația SC SRL și obligă autoritatea contractantă la emiterea unui anunț tip erată, privind modificarea conținutului caietului de sarcini, aferent Lotului 2, prin excluderea referirilor la tirajul minim

difuzat pe ediție și la modalitățile de dovedire a acestuia (Certificatul BRAT și declarația pe proprie răspundere), ce reprezintă clauze nescrise.

Obligă autoritatea contractantă la continuarea procedurii, în maxim 11 zile, prin stabilirea unei date limită noi de înaintare a ofertelor, cu asigurarea unui termen de minim 10 zile, conform motivării ce urmează.

Oligatorie.

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

MOTIVARE

În luarea deciziei, s-au avut în vedere următoarele:

Prin contestația nr. 13/....., înregistrată la CNSC sub nr. 2641/....., SC SRL atacă documentația de atribuire aferentă Lotului 2, întocmită de, în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de atribuire mai sus arătate, solicitând Consiliului

Referitor la cerința caietului de sarcini cu privire la tirajul minim difuzat pe ediție de 15.000 de exemplare pentru *cotidiene naționale*, contestatoarea susține că datorită evoluției puternic descendentă a tirajelor și vânzărilor din presa scrisă în ultimii ani, cât și scăderea cifrelor oficiale privind tirajele prezentate de BRAT, este importantă actualizarea cifrei privind numărul de exemplare auditate, pentru a asigura principiul transparenței și, totodată, principiul eficienței folosirii fondurile publice, prin participarea unui număr cât mai mare de ofertanți și obținerea unui preț cât mai bun.

De asemenea, contestatoarea menționează că tirajul cotidienele naționale pentru perioada aprilie 2014 - martie 2015, conform datelor publicate pe brat.ro este mult mai mic decât cel solicitat de autoritatea contractantă. În susținerea criticii sale, contestatoarea atașează fișa de date a achiziției de la DRGFP Brașov, cea mai actuală procedură de achiziție publică pe o speță similară desfășurată, publicată în SEAP sub numărul 383261/....., la care în fișa de date se preciza, la același criteriu, tiraj mediu difuzat cotidian național: minim 5000 exemplare, număr care reflectă o cifră actualizată în conformitate cu datele actuale publicate de către BRAT, cifra care permite accesul mai multor potențiali ofertanți la procedura de achiziție publică.

În ceea ce privește cerința caietului de sarcini conform căreia autoritatea contractantă acceptă, pentru certificarea tirajului, declarația pe proprie răspundere dată de editor, însoțită de documente pentru a justifica tirajul pe trei luni aferente ultimului an calendaristic, adică anul 2015, contestatoarea consideră că *Certificatul BRAT* este singurul instrument cert și fără echivoc, unic utilizat, pentru certificarea tirajului mediu difuzat, realizat de instituții independente, specializate de audit, document general recunoscut în industria de profil. Datele din declarația pe proprie răspundere a editorului nu sunt date auditate de o instituție specializată în domeniu, cum este BRAT.

Contestatoarea atașează în sprijinul contestării acestui punct, print screen BRAT (document public pe site brat.ro) privind metodologia de eliberare a certificatului Brat anual conform Regulamentului de auditare

BRAT, cu privire la termenele care trebuie respectate în obținerea Certificatului BRAT, precum și adresa BRAT 504/23.12.2015 privind auditarea pentru perioada aprilie 2014 - martie 2015, acesta reprezentând ultima perioada auditată.

Contestatoarea consideră că lipsa certificatului BRAT a oricărui potențial ofertant la data organizării procedurii, adică 12.02....., nu poate fi compensată cu acceptarea declarației pe proprie răspundere dată de editor de către autoritatea contractantă. Acceptarea declarației pe proprie răspundere, la orice achiziție publică de aceeași speță, nu conduce decât la indiferența potențialului ofertant de a obține în timp util, foarte bine precizat în metodologia și documentele BRAT, documentele necesare participării la orice procedură de achiziție publică, certificate de instituții specializate în industria de profil.

Contestatoarea susține că acceptarea declarației pe proprie răspundere făcută de editor însoțită de acte justificative, documente financiar-contabile privind tirajul înregistrat, așa cum este cerută în caietul de sarcini, face ca instituția specializată, așa cum se solicită în documentația de atribuire, care certifică tirajul, să fie autoritatea contractantă și nu Pricewaterhousecooper Audit SRL, firma de audit care realizează auditul în vederea Certificării BRAT a tirajului mediu difuzat pe ediție. Astfel, contestatoarea se întreabă, de ce mai este nevoie de auditarea BRAT, care costă și pentru care trebuie respectate termenele din metodologia de audit, dacă autoritatea contractantă prin cerința contestată de societatea sa, devine instituție specializată de auditare tiraje în mod gratuit.

Contestatoarea menționează că a solicitat autorității contractante modificarea cerințelor criticate anterior formulării contestației conform legii.

Prin adresa nr. .../....., înregistrată la CNSC sub nr./....., SC SRL a înaintat Consiliului cerere de intervenție accesorie, prin care solicită, respingerea, ca nefondată, a contestației formulate de SC SRL, cu consecința menținerii cerințelor tehnice din caietul de sarcini pentru publicațiile ce pot fi oferite la Lotul 2, așa cum au fost stabilite de autoritatea contractantă în actul intitulat Răspuns solicitare clarificări nr. 11328/11472/01.02.....

Intervenienta susține că interesul său legitim de a formula cererea de intervenție accesorie este justificat de faptul că este înscrisă ca ofertant la procedura de cerere online din speță, pentru Lotul 2 - presă scrisă centrală, iar solicitările contestatoarei contravin necesităților autorității contractante și încalcă prevederile art. 35 alin (5) din OUG nr. 34/2006.

www.brat.ro Cu privire la contestația depusă de SC SRL, intervenienta o apreciază ca nefondată. Astfel, intervenienta susține că solicitarea modificării cerinței caietului de sarcini cu privire la tirajul mediu difuzat pe ediție la minim 5000 de exemplare, motivat de faptul că tirajul cotidianelor naționale pentru perioada aprilie 2014 - martie 2015, conform datelor publicate pe brat.ro este mult mai mic decât cel solicitat de autoritatea contractantă, nu este susținută de datele furnizate de site-ul www.brat.ro. tirajele cotidianelor naționale publicate pe site-ul menționat fiind:

Perioada	Tiraj cotidian național (exemplare/ediție)			
	Evenimentul Zilei	România Liberă	Adevărul	Jurnalul Național
ian.- mar. 2015	13.147	10.714	9.777	4.970
apr. - iun. 2015	12.468	10.328	9.247	4.420
iul. - sept. 2015	12.167	11.352	9.206	4.480

Intervenienta consideră că cerința tehnică a autorității contractante privind tirajul nu poate fi considerată de natură să restrângă concurența între operatorii economici (agențiile de publicitate), existând suficiente cotidiene naționale care au un tiraj de peste 8000 exemplare/ediție cât solicită autoritatea contractantă, iar SC SRL, ca agenție de publicitate, poate oferta oricare dintre aceste publicații.

De asemenea, intervenienta arată că solicitarea de a modifica cerința din caietul de sarcini cu privire la tirajul mediu difuzat pe ediție la minim 5000 de exemplare contravine necesităților autorității contractante, care își propune să asigure transparența activității sale, anunțurile să fie publicate într-un cotidian cu un număr mai mare de exemplare/ediție, pentru ca informația publică să ajungă la un număr mai mare de cetățeni realizându-se informarea cât mai corectă, obiectivă și în timp util a societății civile.

În continuare, intervenienta susține că solicitarea contestatoarei de a se preciza explicit *că documentul care certifică tirajul mediu difuzat pentru minim 3 luni din ultimul an calendaristic, 2015, este Certificatul BRAT și nu declarația pe propria răspundere dată de editor*, ar introduce în documentația de atribuire un obstacol nejustificat, de natură să restrângă concurența între ofertanții participanți la procedura de achiziție.

Intervenienta învederează Consiliului că singura publicație națională care a finalizat auditul, deținând Certificatul de audit BRAT pentru o perioadă de 3 luni din anul calendaristic 2015, este cotidianul România Liberă - ofertat aproape exclusiv de contestatoarea SC SRL. Toate celelalte cotidiene naționale de informații generale sunt în diferite faze ale procesului de auditare, premergătoare obținerii Certificatului de audit.

Mentținând posibilitatea ca operatorii economici să poată prezenta declarație pe propria răspundere însoțită de documente financiar contabile privind tirajul înregistrat, intervenienta consideră că autoritatea contractantă respectă prevederile art. 177 alin (2) din OUG nr. 34/2006, ofertanții „având dreptul de a prezenta, în scopul demonstrării îndeplinirii anumitor cerințe, orice alte documente echivalente ... care probează, în mod concludent, îndeplinirea respectivelor cerințe”, precum și art. 11, alin (2) din HG nr. 925/2006 „Documentele solicitate nu trebuie să limiteze posibilitatea ofertantului/candidatului de a demonstra îndeplinirea criteriilor de calificare și prin alte mijloace, în măsura în care acestea pot fi considerate edificatoare de către autoritatea contractantă”.

Astfel, intervenienta concluzionează că admiterea solicitării contestatoarei ar reduce drastic concurența la un singur cotidian național, impunerea prezentării Certificatului de audit BRAT poate fi considerată că încalcă prevederile art. 35 alin. (5) din OUG nr. 34/2006.

Prin adresa nr. 16226/....., înregistrată la CNSC sub nr. 3391/....., autoritatea contractantă a transmis Consiliului punctul de vedere față de contestația formulată de SC SRL, considerând observațiile contestatoarei nefondate și total nelegale, motiv pentru care solicită respingerea ei.

Autoritatea contractantă susține că, față de nivelul tirajului mediu difuzat pe ediție - cerință tehnică precizată în caietul de sarcini pentru Lotul 2, au fost transmise două solicitări de clarificări (dintre care una a contestatoarei), în cuprinsul cărora era cerută și reducerea nivelului cerinței, de la 15.000 de exemplare pentru cotidiene naționale, la 9.000 de exemplare și, respectiv, 5.000 de exemplare (cerința contestatoarei). Cele două solicitări de clarificări au fost analizate cu maximă diligență, iar decizia autorității contractante a fost luată în contextul aspectelor menționate de cei doi potențiali ofertanți - vădit interesați de cerințele tehnice specifice Lotului 2, și a constatat în diminuarea tirajului mediu difuzat pe ediție, de la 15.000 de exemplare la 8.000 de exemplare. Această hotărâre referitoare la cerința tehnică a tirajului mediu difuzat pe ediție corespunde necesității autorității (respectiv asigurarea difuzării informației publicate către un număr cât mai mare de persoane - posibil interesate) și a fost formalizată într-un Răspuns la solicitarea de clarificări, document postat în data de 01.02....., ora 15:20 la Secțiunea Clarificări, decizii și documentație adițională atașată invitației de participare.

Autoritatea contractantă menționează că, în luarea deciziei de reducere a tirajului cerut la 8.000 de exemplare, s-a ținut cont de faptul că datele referitoare la cifrele de difuzare general accesibile (prezentate pe site-ul www.brat.ro/audit-tiraje, care se bucură de maximă credibilitate din partea contestatoarei), arată existența mai multor cotidiene cu tiraje superioare acestui număr și, chiar mai mult, nu indică nici un cotidian generalist național care să se situeze, ca cifră a tirajului, în intervalul 5.000-8.000 de exemplare.

În acest context, raportat la scopul inițierii procedurii (nevoia crescută de diseminare a informațiilor de interes public unui număr cât mai mare de cetățeni), insistența contestatoarei în a solicita reducerea tirajului până la 5.000 de exemplare pare lipsită de sens (din moment ce nu există date care să indice poziționarea vreunui cotidian în intervalul menționat).

Un alt aspect care trebuie reținut de Consiliu, în opinia autorității contractante, este legat de faptul că - de regulă - la achizițiile publice pentru atribuirea contractelor de prestare a serviciilor de publicitate în presa scrisă centrală nu participă direct editorii publicațiilor implicate, ci societăți specializate/agenții de publicitate, care ofertează cotidienele în cauză - în această categorie înscriindu-se și cei 2 potențiali ofertanți care au solicitat clarificări.

În acest sens, este de necontestat faptul că agențiile de publicitate doritoare pot oferta oricare dintre publicațiile existente pe piață, care

îndeplinesc cerințele tehnice ale autorității, așa cum au fost ele definite în caietul de sarcini și în răspunsul la solicitările de clarificări, subsecvente publicării invitației.

www.brat.ro Autoritatea contractantă susține că SC SRL a formulat contestația absolut arbitrar (fără ca aceasta să țină seama de răspunsul autorității contractante la solicitările de clarificări formulate de către ofertanți, document postat în data de 01.02.2016, ora 15:20 la Secțiunea Clarificări, decizii și documentație adițională atașată invitației de participare, conform căruia cerința inițială din caietul de sarcini referitoare la tirajul mediu difuzat pe ediție a fost diminuată substanțial, de la 15.000 exemplare la 8.000 exemplare) și total nerezonabil - tirajul cotidianului pentru care ofertează contestatoarea se încadrează în cerința tehnică așa cum a fost ea modificată, (respectiv: tirajul mediu difuzat pe ediție de 8.000 de exemplare trebuie să fie certificat pe o perioadă de minim trei luni, din ultimul an calendaristic - 2015, și conform extrasului de pe site-ul www.brat.ro - atașat în Anexă, pentru perioada iulie-septembrie 2015, cotidianul România Liberă prezintă cifre superioare cerinței).

În contextul celor menționate, autoritatea contractantă consideră acțiunea contestatoarei ca fiind una abuzivă din moment ce, raportat la nivelul actual al tirajului, respectiv 8.000 de exemplare, contestatoarea potențial ofertant pentru cotidianul România Liberă, nu justifică vătămarea unui drept sau a interesului legitim (așa cum este prevăzut de art. 255 din OUG 34/2006), întrucât cotidianul național pentru care ofertează înregistrează un tiraj cu peste 30% mai mult decât nivelul minim impus.

Pe fondul contestației formulate de către SC SRL pentru cotidianul național România Liberă, autoritatea contractantă arată că trebuie reținut faptul că cerința tehnică referitoare la tirajul mediu difuzat pe ediție minim 8.000 de exemplare este una nerestrictivă și perfect legală (aspecte privite prin prisma scopului organizării procedurii de către autoritatea contractantă în contextul respectării prevederilor art. 35 alin. (5) din OUG nr. 34/2006).

În contextul celor arătate, este evident faptul că difuzarea informației publicate către un număr cât mai mare de persoane interesate poate fi asigurată de cotidiene care au tiraje mari și, în consecință, stabilirea cerinței tehnice a tirajului la minim 8.000 de exemplare asigură accesul la procedură pentru numeroasele agenții de publicitate care activează pe piața de profil. Agențiile în cauză pot oferta suficiente cotidiene naționale care au capacitatea de a asigura autorității contractante, în condiții de eficiență crescută, servicii de publicare anunțuri în presa scrisă la nivel național (respectiv, difuzarea aceleiași informației publicate se va face către mai multe persoane posibil interesate).

Referitor la punctul 2 al contestației, respectiv prezența în caietul de sarcini a faptului că se acceptă pentru certificarea tirajului o declarație pe proprie răspundere dată de editor însoțită de documente justificative, autoritatea contractantă susține că a menținut cerința tehnică pentru a evita introducerea în cuprinsul documentației de atribuire a unui obstacol nejustificat, de natură să restrângă concurența între operatorii economici (respectiv, Certificatul BRAT).

Autoritatea contractantă consideră că solicitantul încearcă obținerea unei modalități exclusive de îndeplinire a cerinței tehnice, cu un vădit caracter părtinitor (admiterea în procedură numai a acelor entități care au avut disponibilitatea de a parcurge procedura de auditare impusă de Biroul Român de Audit al Tirajelor (BRAT) și - în mod necesar, a o finaliza prin eliberarea certificatului de audit BRAT).

Intenția contestatoarei este una cât se poate de categorică, respectiv, participarea la procedurile de achiziție organizate pentru atribuirea contractelor de prestări servicii de publicitate trebuie permisă numai editorilor care au parcurs întreg procesul de auditare și care au obținut Certificatul BRAT, toți ceilalți fiind excluși - indiferent dacă sunt angajați într-o procedură de auditare a tirajelor (nu neapărat BRAT) - în faze intermediare, premergătoare obținerii unui certificat de auditare, sau nu au inițiat încă o procedură de auditare. Evitarea acestei situații constituie considerentul esențial pentru care, în calitate de autoritate contractantă, a insistat asupra menținerii în cuprinsul cerinței tehnice formulate, a variantei prin care tirajul mediu difuzat pe ediție poate fi susținut și printr-o declarație pe propria răspundere, însoțită de documente financiar contabile privind tirajul înregistrat.

Chiar dacă are un profund caracter subiectiv, autoritatea contractantă susține că cerința privind excluderea echivalenței la Certificatul BRAT (în speță, *declarație pe propria răspundere, însoțită de documente financiar contabile*), este, în realitate, nejustificată, contestatoarea trebuind să-și amintească, iar cei interesați (în principal Consiliul) trebuie să știe că *verificarea documentelor financiar contabile constituie etapa principală a procedurii de auditare* (aspect desprins din *Metodologia auditului de tiraje* - publicată pe site-ul www.brat.ro/audit-tiraje/metodologie). În consecință, declarația pe proprie răspundere poate fi susținută, fără niciun dubiu, de către documente financiar contabile privind tirajul înregistrat.

Autoritatea contractantă subliniază faptul că impunerea unei certificări anume (BRAT) ar reduce drastic concurența, o astfel de solicitare putând fi considerată că încalcă prevederile art. 35 alin. (5) din OUG nr. 34/2006.

Pentru toate aceste considerente, autoritatea contractantă a decis să păstreze, prin răspunsul la solicitarea de clarificări, cerința tehnică inițială referitoare la modul în care poate fi demonstrat tirajul, evitând astfel eludarea prevederilor legale în vigoare (așa cum au fost ele precizate mai sus).

Totodată autoritatea contractantă învederează Consiliului că a interzictonat ca prin cerințele tehnice menționate în caietul de sarcini, să asigure, exclusiv, un raport optim între asigurarea accesului la procedură pentru un număr rezonabil de ofertanți (cel puțin 3) și tirajul mediu difuzat pe ediție pe care aceștia îl realizează (cerință care să poată fi susținută prin orice mijloc - respectiv certificat emis de către instituții autorizate, independente, de audit, sau echivalent (declarație pe proprie răspundere însoțită de documente financiar contabile privind tirajul înregistrat)).

Prin continuarea procedurii în condițiile arătate, nu-i este afectat interesul contestatoarei sub nicio formă, arată autoritatea contractantă, ea

asigurând condițiile derulării procedurii în strictă conformitate cu prevederile OUG nr. 34/2006, prin promovarea concurenței între operatorii economici/agențiile de publicitate interesate, garantarea tratamentului egal și asigurarea utilizării eficiente a fondurilor (pentru aceleași sume cheltuite difuzarea informației publicate să fie făcută către un număr cât mai mare de persoane interesate).

Pentru toate aceste motive, autoritatea contractantă consideră observațiile contestatoarei nefondate și total nelegale, solicitând Consiliului respingerea, pe fond, a contestației.

Prin adresa nr. 24/....., înregistrată la CNSC sub nr. 3481/....., SC SRL a transmis un răspuns la punctul de vedere al autorității contractante, formulat în vederea justificării, de bună credință și în favoarea autorității contractante, a cifrei de 5000 de exemplare tiraj mediu difuzat, indicate atât în cadrul clarificărilor solicitate autorității contractante, cât și în contestația sa.

Contestatoarea arată că, potrivit Ordinului ANRMAP nr. 73/2006, care definește și reglementează componența tirajului mediu difuzat, și anume: "Tiraj mediu difuzat pe ediție - media pe ediție a exemplarelor pentru care se poate dovedi pe bază de acte că au intrat în posesia utilizatorului final. Tirajul difuzat este compus din: abonamente, exemplare vândute cu bucata și ...", cotidianul România Liberă, care este ofertată în mod constant de SC SRL, pentru perioada anului 2015, perioadă solicitată, ca referință, de autoritatea contractantă în caietul de sarcini (15000 exemplare) și, ulterior, în răspunsul la solicitarea de clarificări (8000 exemplare), are o cifră de 5784 exemplare tiraj mediu difuzat. Contestatoarea susține că la o speță similară cu cea contestată, Consiliul a pronunțat decizia cu numărul din 22.09.2015, decizie definitivă.

Concluzionând, contestatoarea consideră că modificarea cerinței cu privire la tirajul mediu difuzat, de la valoarea de 8000 menționată în clarificare, la valoarea de 5000 de exemplare, ar fi de bună credință și este în interesul autorității contractante, deoarece ar permite participarea unui număr cât mai mare de potențiali ofertanți și obținerea unui preț cât mai mic în cadrul procedurii de achiziție publică.

Pentru susținerea solicitării certificatului BRAT, ca fiind documentul care atestă, fără echivoc, tirajul unui cotidian național, contestatoarea anexează decizia CNSC nr. 896/C4/819/1033 din 17.06.2015.

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

Pentru atribuirea unui contract de achiziție publică având ca obiect „Servicii de publicitate 3 loturi: 1 - în presa locală scrisă, 2 - în presa scrisă centrală, 3 - în presa locală online", ... (în calitate de autoritate contractantă) a inițiat procedura, cerere de oferte online, prin publicarea în SEAP a invitației de participare nr./....., la care a atașat documentația de atribuire.

Nemulțumită de conținutul documentației de atribuire aferente Lotului 2, SC SRL, a înaintat Consiliului contestația de față (însoțită de garanția de bună conduită în valoare de 300.00 lei), solicitând

Consiliului suspendarea procedurii de achiziție publică până la soluționarea cauzei, modificarea cerinței caietului de sarcini cu privire la tirajul minim difuzat pe ediție de la 15.000 de exemplare la minim 5000 de exemplare, precum și precizarea explicită în cadrul caietului de sarcini că documentul care certifică tirajul mediu difuzat pentru minim 3 luni din ultimul an calendaristic, 2015, este Certificatul BRAT și nu declarația pe proprie răspundere dată de editor.

Asupra cererii de suspendare a procedurii de atribuire Consiliul s-a pronunțat prin Decizia nr., în sensul admiterii ei, suspendând procedura de atribuire până la soluționarea pe fond a contestației.

De asemenea, Consiliul reține că, în cauză, SC SRL, pretins operator "înscriș la procedura de cerere online" din speță, a formulat cerere de intervenție în interesul autorității contractante, solicitând respingerea contestației.

Văzând momentul intervenirii acestei cereri, precum și calitatea autoarei acesteia, Consiliul consideră cererea de intervenție accesorie inadmisibilă în principiu, raportat la dispozițiile coroborate ale art. 61 alin. (1), art. 64 alin. (2) și art. 33 din Codul de Procedură Civilă.

Astfel, condiția de bază a înaintării cererii de intervenție este existența unui interes, iar acesta trebuie să fie determinat, legitim, personal, născut și actual.

Or, în cauza de față, intervenienta nu poate proba că are un interes determinat, personal și actual, întrucât procedura de atribuire se află în faza de pregătire a ofertelor, respectiv etapa în care nu este certă participarea efectivă în procedura de atribuire. De altfel, operatorul economic în cauză a pretins că ar fi înscriș în procedura de atribuire online, însă nici nu a făcut dovada înaintării ofertei, nici nu se raportează la vreo prevedere legală, privitoare la derularea unei astfel de proceduri, care ar impune înscrierea prealabilă a viitorilor ofertanți.

Mai mult, interesul său în participarea în procedură ar putea fi determinat și actual după depunerea ofertei, iar interesul menținerii formei actuale a documentației de atribuire, susținut pentru autoritatea contractantă, nu poate fi nici asociat unui pretins scop de a împiedica încălcarea unui drept subiectiv amenințat sau producerea vreunei pagube iminente, pentru autoritatea contractantă sau pentru intervenientă, aceste din urmă condiții fiind alternative înaintării unei cereri ce nu se bazează pe un interes născut și actual, precizate în teza a doua a art. 33 din Codul de Procedură Civilă.

În consecință, fără analiza cererii de intervenție pe fond, Consiliul o respinge, ca inadmisibilă, în principiu.

Văzând disputa părților, privitoare la cele două cerințe ale caietului de sarcini, cu privire la tirajul minim difuzat pe ediție și la modalitatea de dovedire a acestui tiraj, Consiliul ia act că, în fond, autoritatea contractantă admite, în parte, că formatul inițial al caietului de sarcini trebuie modificat, respectiv că aceasta a emis o clarificare prin care a diminuat numărul minim de exemplare al tirajului, de la 15.000 la minim 5000.

Or, un astfel de demers al autorității contractante, din punct de vedere formal, nu respectă dispozițiile art. 50¹ alin. (5) din OUG nr. 34/2006: *Este interzisă modificarea/completarea informațiilor cuprinse în invitația de participare/anunțul de participare prin intermediul clarificărilor și fără publicarea unei erate.*

De asemenea, Consiliul constată că, prin respectiva clarificare, autoritatea contractantă probează faptul că a inițiat procedura de atribuire deși caietul de sarcini nu a reflectat o necesitate obiectivă, acceptând modificarea lui, sub aspectul contestat, ceea ce relevă o nesocotire a dispozițiilor art. 35 alin. (2) din OUG nr. 34/2006: *Specificațiile tehnice reprezintă cerințe, prescripții, caracteristici de natură tehnică ce permit fiecărui produs, serviciu sau lucrare să fie descris, în mod obiectiv, în așa manieră încât să corespundă necesității autorității contractante.*

Văzând natura informațiilor/cerințelor ce stau la baza disputei, Consiliul constată că, în fapt, acestea reprezintă cerințe/criterii care probează capacitatea tehnică a ofertanților, și nu au caracteristicile unor specificații tehnice ale viitoarelor servicii de publicitate.

Astfel, tirajul minim difuzat reprezintă dovada faptului că, în precedent, la nivel național, un eventual ofertant a avut capacitatea tehnică de a presta servicii similare, la nivelul cantitativ arătat (15.000/8.000 exemplare). Aceasta reprezintă un element de informare a autorității contractante, de tipul celui precizat la art. 187 alin. (3) din Ordonanța de urgență: *Capacitatea tehnică și/sau profesională a unui ofertant/candidat se apreciază în funcție de experiența, aptitudinile, eficiența și eficacitatea acestuia, rezultate în urma analizării informațiilor prezentate pe parcursul procedurii de atribuire.*

În mod subsecvent acestei cerințe, modalitatea de a dovedi îndeplinirea ei, printr-o certificare BRAT sau printr-o declarație pe proprie răspundere, la care se atașează documente doveditoare, reprezintă tot o cerință de natura celor ce ar trebui să facă parte din fișa de date a achiziției.

Or, asemenea cerințe ale autorității contractante nu pot fi disimulate în caracteristici/specificații tehnice ale viitoarelor prestații, întrucât, conform art. 35 alin. (1) din OUG nr. 34/2006: *Caietul de sarcini conține, în mod obligatoriu, specificații tehnice.*

Totodată, Consiliul are în vedere că, în concordanță cu prevederile art. 33 alin. (3) din același act normativ, acest demers al autorității contractante nu poate fi considerat opozabil ofertanților, întrucât: *Cerințele/Criteriile de calificare și/sau selecție, care se regăsesc în caietul de sarcini ori documentația descriptivă și care nu sunt preluate în fișa de date/invitația de participare/anunțul de participare, sunt considerate clauze nescrise.*

În consecință, fie că autoritatea contractantă accepta sau nu modificarea caietului de sarcini, fie că ar fi emis sau nu un anunț tip erată, cu privire la cele două cerințe, îndeplinirea acestora de către operatorii economici ofertanți nu ar putea/poate fi verificată din perspectiva unor specificații tehnice, întrucât sunt considerate clauze nescrise.

Pentru cele ce preced, în temeiul dispozițiilor art. 278 alin. (2) și (4) din OUG nr. 34/2006, cu modificările la zi, Consiliul admite contestația și

obligă autoritatea contractantă să emită un anunț tip erată, prin care să aducă la cunoștința operatorilor economici interesați să oferteze, în concordanță cu dispozițiile art. 33 alin. (1) din același act normativ, că cerințele atacate sunt eliminate din caietul de sarcini, fiind clauze nescrise.

De asemenea, în temeiul dispozițiilor art. 278 alin. (6), având în vedere perioada scursă de la data inițierii procedurii și până la data suspendării ei, Consiliul obligă autoritatea contractantă să continue procedura de atribuire, în maxim 11 zile, prin asigurarea unei perioade de întocmire a ofertelor de minim 10 zile de la publicarea anunțului de tip erată, conform dispozițiilor coroborate ale art. 71 și 72 din OUG nr. 34/2006.

La punerea în aplicare a dispozițiilor prezentei decizii, părțile vor avea în vedere caracterul lor obligatoriu, dar și dreptul de a formula plângere, în temeiul dispozițiilor art. 280 alin. (3) și art. 281 din ordonanța de urgență.

PREȘEDINTE COMPLET

.....

MEMBRU COMPLET

.....

MEMBRU COMPLET

.....

.....