

**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. ....**

**Data: ....**

Prin contestația nr. 1565/21.08.2023, înregistrată la CNSC sub nr. ...., formulată de .....SRL, cu sediul în ....., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ...., având CUI ....., reprezentată legal prin ..... și convențional prin ....., cu sediul ales pentru comunicarea actelor de procedură în ....., împotriva raportului procedurii nr. 10549/11.08.2023, emis de către ....., cu sediul în ....., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de licitație deschisă, organizată în vederea atribuirii contractului având ca obiect *Servicii de informare și publicitate în vederea desfășurării unei campanii de informare și conștientizare a alegătorilor privind aspectele de integritate, etică, anti-corupție și anti-mită specifice proceselor electorale*, s-au solicitat:

1. în temeiul art. 25 alin. (1) lit. a) din Legea nr.101/2016, suspendarea procedurii de soluționare a prezentei contestații până la soluționarea plângerii formulate împotriva deciziei CNSC nr. .... din data de ....., care face obiectul dosarului nr. ....aflat pe rolul Curții de Apel .....

2. în temeiul art. 26 alin. (2) lit. a) și b), dispunerea măsurilor de remediere necesare restabilirii legalității procedurii de atribuire, respectiv:

- anularea actelor întocmite ca urmare a reevaluării în raport de decizia CNSC nr..... din data de .....

- anularea raportului procedurii nr. 10549/11.08.2023, precum și a tuturor actelor anterioare și subsecvente acestuia;

3. asigurarea accesului la dosarul constituit la Consiliu, în temeiul art. 19 alin. (1) din Legea nr. 101/2016;

4. obligarea autorității contractante la plata cheltuielilor de judecată efectuate pentru soluționarea contestației, potrivit dispozițiilor art. 26 alin. (9) din Legea nr. 101/2016.

.....SRL, cu sediul în ....., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ...., având CUI ....., reprezentată legal prin ..... – administrator și convențional prin ....., a formulat cerere de intervenție înregistrată la Consiliu cu nr. ...., prin care a solicitat respingerea contestației depusă de .....SRL, pe cale de excepție, ca inadmisibilă, iar, pe fondul cauzei, ca neîntemeiată.

Contestația și cererea de intervenție vor fi soluționate împreună, având în vedere dispozițiile art. 66 alin. (1), art. 67 alin. (1), art. 123 alin. (1) C. Proc. Civ. și art. 17 din Legea nr. 101/2016.

#### 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 critică rezultatul procedurii de atribuire, solicitând cele antemenționate.

Contestatoarea aduce o serie de argumente în susținerea caracterului nelegal al evaluării ofertei sale, apreciind că autoritatea contractantă a încălcat legislația în materia achizițiilor publice atunci când dispus respingerea ofertei societății sale ca neconformă.

În prealabil, reclamanta prezintă un scurt istoric al procedurii în cauză, precum și o serie de aspecte în susținerea capătului de cerere privind suspendarea procedurii de soluționare a prezentei contestații până la soluționarea plângerii formulate împotriva deciziei CNSC nr. ....din data de ....., care face obiectul dosarului nr. ....aflat pe rolul Curții de Apel .....

Prezentând prevederile caietului de sarcini relevante în cauză cu privire la spoturile audio, inclusiv răspunsul consolidat al achizitoarei la solicitările de clarificări din data de 11.05.2023, la întrebările nr. 11 și nr. 12, reclamanta afirmă că este eronată respingerea ca neconformă a ofertei sale, întrucât în cauză, referitor la extrasele din rapoartele ....., nu există prevăzută nicio cerință de

calificare/autorizare a operatorilor iar, pe de altă parte, activitatea .....de a certifica strategia media prin punerea la dispoziție a unui extras de audiență ..... nu face parte din obiectul contractului.

Mai mult, contestatoarea subliniază faptul că raportat la prevederile legale aplicabile, inclusiv la notificarea și Ghidul de bune practici al ANAP publicat în 12.05.2022 ce definesc activitatea pe care o face furnizorul și cea pe care o face subcontractantul, raportat la obiectul contractului menționat în mod expres în cadrul fișei de date, furnizarea unui top al stațiilor radio nu face parte din obiectul contractului, pe cale de consecință, în speță nu este necesară desemnarea .....în calitate de subcontractant/terț susținător.

În plus, confirmarea poziției stațiilor radio propuse în cadrul proiectului tehnic, adaugă reclamanta, putea fi efectuată spre exemplu și printr-un extras ..... primit chiar de la stațiile radio care atestă poziția acestora în topul de audiență.

Autoarea contestației invocă jurisprudența instanțelor naționale în materie, considerând relevantă în speță practica instanțelor prin care a fost stabilită calitatea de furnizori a verificatorilor de proiecte tehnice, nu de subcontractanți.

Reclamanta atrage atenția asupra faptului că, având în vedere faptul că documentația de atribuire nu conține o cerință de calificare/ condiție de executare a contractului, de fi membru ....., respingerea ofertei .....ca neconformă este nelegală.

Invocând jurisprudența CNSC și CJUE în materie, contestatoarea precizează următoarele aspecte:

- prin documentația de atribuire nu s-a solicitat un top certificat ..... pe numele ofertantelor, ci doar un extras care să justifice poziția stațiilor radio propuse;

- stabilirea faptului că datele au fost obținute legal sau ar fi fost încălcate prevederi contractuale dintre terțe părți nu revine autorității contractante, nici acesteia și nici ....., nefiindu-le opozabile obligațiile ce revin unei alte entități în calitate sa de membru .....

- calitatea de subcontractant în cazul procedurilor de achiziții publice se raportează la cerințele documentației și la obiectul contractului, nu în funcție de respectarea de către un operator economic a obligațiilor sale contractuale cu terțe părți;

- presupusa încălcare de către .....a obligațiilor ce îi revin în calitate de membru ..... vizează strict relația sa contractuală cu ....., în cadrul căreia este răspunzătoare conform prevederilor contractuale, neputând avea consecințe în prezenta procedură în relația cu autoritatea contractantă;

- utilizarea de către .....a documentului reprezentat de topul stațiilor radio ce a fost obținut în mod legal în urma relației contractuale cu .....(în cadrul căreia contestatoarea deține calitate de client de

publicitate), nu constituie o încălcare a vreunei obligații, neexistând în sarcina societății sale nicio obligație/cerință care să o împiedice să utilizeze acest document în fața autorității contractante în cadrul ofertei sale;

- așa cum societatea sa a arătat și în fața autorității contractante prin răspunsul din data de 13.06.2023 la solicitarea de clarificare, .....a obținut topul stațiilor radio în urma contractului încheiat cu furnizorul ....., ca parte a strategiei media furnizate de aceasta din urmă, în temeiul calității reclamantei de client de publicitate - beneficiar al serviciilor furnizate de .....

În drept, se invocă dispozițiile Legii nr. 101/2016, Legii nr. 98/2016, HG nr. 395/2016, precum și toate prevederile legale menționate în cuprinsul contestației.

Ca mijloace de probă au fost depuse înscrisuri.

Prin adresa nr. 10768/25.08.2023, înregistrată la Consiliu sub nr. ...., ....., în calitate de autoritate contractantă, a transmis *punct de vedere*, prin intermediul căruia solicită respingerea contestației formulată de .....SRL.

Autoritatea contractantă prezintă un istoric al procedurii în cauză și notează că reclamanta, ofertanta declarată inițial câștigătoare, a depus formularele solicitate în procedura în cauză, în care afirmă că este ofertant unic, inclusiv în DUAЕ, aspect evidențiat și în SEAP în cadrul *Declarației de participare*, menționând inclusiv în răspunsul la solicitarea de clarificări adresată de către ..... că societatea de la care a cumpărat, pe bază de contract, topul stațiilor radio, .....nu este subcontractor în prezenta procedură, ca atare nu a fost declarată în documentele ofertei, comisia de evaluare declarând oferta .....ca fiind neconformă, lucru consemnat în procesul-verbal din data de 07.08.2023, publicat în SEAP.

De asemenea, învederează faptul că toate motivele invocate de către reclamantă în contestație nu sunt prevăzute de Legea nr. 101/2016 și mai mult, există o decizie pronunțată de către CNSC în speță, respectiv Decizia nr. ...., iar o eventuală nouă pronunțare ar duce fără echivoc la nerespectarea ordinii legale cu privire la pronunțarea instanțelor de judecată investite cu soluționarea unor astfel de litigii (.....a formulat plângere la Curtea de Apel ....., stabilindu-se un prim termen la data de 18.10.2023).

Totodată, ..... arată că, în cadrul plângerii depuse la Curtea de Apel ....., .....SRL nu a solicitat *suspendarea procedurii licitației*.

Cu privire la faptul că, în baza contestației depusă la CNSC de către ....., aceasta consideră că *autoritatea contractantă a procedat la reevaluarea ofertei .....anterior împlinirii termenului prevăzut de lege în favoarea subscrisei de a formula plângere împotriva deciziei CNSC și anterior ca instanța de judecată, respectiv Curtea de Apel ....., să soluționeze plângerea subscrisei*, achizitoarea susține că a

acționat în mod legal, întrucât Decizia CNSC Nr. .... este obligatorie, iar autoritatea contractantă avea obligația de a reanaliza oferta ..... în termen de 10 zile de la primirea deciziei, ceea ce a și făcut, lucru consemnat prin procesul-verbal din data de 07.08.2023.

De asemenea, ..... remarcă faptul că .....solicită suspendarea procedurii de soluționare a prezentei contestații, până la soluționarea plângerii formulate la Curtea de Apel ..... împotriva Deciziei CNSC nr. ...., având ca prim termen de judecată data de ....., precum și anularea actelor întocmite ca urmare a reevaluării, a raportului procedurii nr. 10549/11.08.2023 și a actelor anterioare și subsecvente acestuia, achizitoarea constatând faptul că reclamanta, despre care CNSC a notat în decizia antecitată că se afla în imposibilitatea de a realiza singură o parte dintre activitățile contractului de achiziție, se adresează CNSC în vederea contestării unor acte și acțiuni ale ....., realizate în baza deciziei CNSC susmenționată, care erau de altfel, obligatorii pentru aceasta.

Autoritatea contractantă atrage atenția asupra faptului că proiectul .....se finanțează pe extensia de 3 ani suplimentari ai perioadei de programare 2014 - 2020, activitățile din proiect, în special această campanie de informare și conștientizare a alegătorilor privind aspectele de integritate, etică, anti- corupție și anti-mită specifice proceselor electorale, ca element principal al proiectului, trebuie să se finalizeze cel mai târziu la data de 30.11.2023.

În drept, se invocă dispozițiile Legii nr. 101/2016, ale Legii nr. 98/2016 și HG nr. 395/2016.

Ca mijloace de probă au fost depuse înscrisuri.

Prin *cererea de intervenție* înregistrată la Consiliu cu nr. ...., .....SRL solicită cele menționate în partea introductivă, aducând argumente în susținerea inadmisibilității contestației și a cererii de suspendare formulate de .....SRL, iar pe fond, în susținerea faptului că autoritatea contractantă a declarat în mod corect ca neconformă oferta reclamantei având în vedere Decizia CNSC nr. ....

Intervenienta apreciază că formularea contestației împotriva raportului corectiv nr.10549/11.08.2023 al raportului procedurii nr. 8267/23.06.2023 are caracter inadmisibil întrucât partea care nu este mulțumită de cele dispuse prin Decizia CNSC are posibilitatea formulării căii de atac a plângerii potrivit dispozițiilor art. 29 și urm. din Legea nr. 101/2016 și nu de a formula contestație împotriva actului de procedură întocmit ca urmare a deciziei pronunțate.

A se reține contrariul ar însemna, în opinia intervenientei, posibilitatea de a formula contestație împotriva raportului de fiecare dată când este admisă contestația anterioară (întrucât conduce la modificarea raportului în defavoarea uneia dintre părți), ceea ce este contrar

reglementărilor Legii nr. 101/2016 care au prevăzut o singură cale de atac, respectiv plângerea împotriva Deciziei CNSC.

Referitor la faptul că .....nu are calitatea de membru al ..... („.....”) pentru a putea presta serviciile prezentate în caietul de sarcini, .....prezintă o serie de aspecte în susținerea faptului că și pentru realizarea strategiei campaniei de informare și conștientizare este necesar ca ofertanta să dețină calitatea de membru .....

Astfel, intervenienta arată că topul de audiență este necesar și pentru strategia campaniei, iar ..... nu are capacitatea profesională de a monitoriza o campanie radio și de a măsura audiențele din lista softului ..... de măsurare a audiențelor.

Autoarea intervenției consideră că în mod nelegal ..... a încercat să își demonstreze capacitatea sa profesională prin preluarea de la un alt operator economic (fără nicio calitate în procedura de achiziție), dar și fără drept de revânzare a unor topuri de audiență care nu sunt publice.

Adaugă că topurile de audiență utilizate, provenite de la ....., au fost transmise de ..... către aceasta din urmă, cu titlul expres de a fi utilizate doar în nume propriu pentru ..... fără a avea posibilitatea de a le transmite unui alt terț pentru a-i crea un avantaj.

Raportat la necesitatea declarării .....ca și subcontractant, .....supune atenției următoarele aspecte:

- În cadrul răspunsului la solicitarea de clarificări, ..... precizează ca ..... nu este subcontractant, deci, în opinia intervenientei, respectivul operator economic nu există în cadrul procedurii în cauză sub nicio formă, nici în calitate de ofertantă și nici în calitate de subcontractant, însă, pune la dispoziția reclamantei date de audiență;

- Pentru aceste servicii, accesul la datele de audiență radio, nu există calitatea de furnizor a unei agenții de publicitate pentru altă agenție de publicitate. Există servicii de consultant media, de achiziții spațiu publicitar la stațiile radio etc., însă, calitatea de furnizor pentru date de audiență nu există în mod legal;

- ....., prin folosirea topului certificat de ..... în mod exclusiv către .....și prezentarea acestuia în cadrul procedurii în cauză în baza unei furnizări de servicii, a implicat ..... într-o activitate *ilegală* și într-un conflict cu toți membrii ....., agențiile și stațiile radio care sunt membri, fără știința acestora;

- Solicitarea autorității contractante de a pune la dispoziție date de audiență, inițial pentru selecția stațiilor radio pe targetul campaniei și ulterior, pentru realizarea rapoartelor de audiență din cadrul contractului, se regăsește în condițiile tehnice minime de îndeplinit în caietul de sarcini, și este explicată în răspunsurile oferite operatorilor economici înainte de depunerea ofertelor.

În dovedirea cheltuielilor de judecată, .....SRL, în calitate de intervenientă în cadrul dosarului CNSC nr. ...., a transmis, în copie, factura nr. ...., în sumă totală de 4.698,88 lei, aferentă serviciilor de asistență juridică prestate conform contractului de asistență juridică nr. .... și ordinul de plată din 29.08.2023, care atestă efectuarea plății facturii antecitată.

Prin adresa înregistrată la Consiliu sub nr. ...., contestatoarea a precizat că renunță la cererea de studiere a dosarului nr. ....

.....SRL a constituit cauțiunea în sumă de ..... lei, fiind depusă la dosar recipisa de consemnare nr. ...., eliberată de ....., înregistrată în registrul de evidență al Consiliului sub nr. ....

Prin Încheierea nr. ...., s-a dispus suspendarea soluționării contestației formulată de .....SRL, în contradictoriu cu ....., în calitate de autoritate contractantă, până la soluționarea de către Curtea de Apel ....., a plângerii care formează obiectul dosarului nr. ....

Prin Încheierea nr. ...., s-a dispus repunerea pe rol a dosarului nr. .... și continuarea soluționării contestației înregistrată la Consiliu cu nr. ...., formulată de .....SRL, în contradictoriu cu .....

*Din examinarea materialului probator administrat, aflat la dosarul cauzei, Consiliul reține următoarele:*

....., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura de licitație deschisă, în vederea atribuirii contractului de servicii având ca obiect: *Servicii de informare și publicitate în vederea desfășurării unei campanii de informare și conștientizare a alegătorilor privind aspectele de integritate, etică, anti-corupție și anti-mită specifice proceselor electorale*, cod CPV principal – 79341400-0, elaborând, în acest sens, documentația de atribuire aferentă și publicând în SEAP anunțul de participare nr. CN1054355/20.04.2023, conform căruia valoarea estimată a procedurii este de 2.100.840 lei, fără TVA. Conform cap. II.2.5) din anunț, criteriul de atribuire al contractului este *cel mai bun raport calitate - preț*.

Împotriva deciziei de desemnare a ofertei câștigătoare și a punctajului acordat ofertei sale (decizii consemnate în raportul procedurii nr. 8267/23.06.2023), .....SRL a depus contestația soluționată prin decizia nr. ...., în sensul admiterii, în parte, a contestației. A fost anulat raportul procedurii nr. 8267/23.06.2023, în partea care privește evaluarea ofertei .....SRL, precum și actele subsecvente acestuia și obligată autoritatea contractantă ca, în termen de 10 zile de la primirea deciziei Consiliului, să reanalizeze oferta .....SRL, cu respectarea prevederilor legale și a celor evocate în motivare. A fost respinse capetele de cerere privind obligarea autorității contractante la

desemnarea drept câștigătoare a ofertei .....SRL și la reevaluarea ofertei contestatoarei.

Reevaluarea s-a finalizat prin întocmirea *raportului corectiv al raportului procedurii nr. 8267/23.06.2023* înregistrat sub nr. 10549/11.08.2023, în care este consemnată respingerea, ca neconformă, a ofertei .....SRL și desemnarea drept câștigătoare a ofertei .....

Se impune precizarea faptului că Decizia Consiliului nr. .... a făcut obiectul plângerii formulată de .....SRL, soluționată de către Curtea de Apel ....., prin decizia nr. ...., instanța respingând plângerea.

Ulterior depunerii plângerii la Curtea de Apel ....., considerând că oferta sa, în mod nelegal, a fost declarată neconformă, pentru motivele evocate mai sus, .....SRL a sesizat Consiliul cu soluționarea contestației aflată în prezent pe rol.

Față de această din urmă contestație, a depus cerere de intervenție .....SRL. Văzând că ofertantul are calitate și capacitate procesuală și a dovedit un interes legitim propriu în pricină prin promovarea cererii, fiind ofertantul declarat câștigător, astfel cum rezultă din *raportul corectiv al raportului procedurii nr. 8267/23.06.2023* înregistrat sub nr. 10549/11.08.2023, în conformitate cu art. 64 Cod procedură civilă, Consiliul o încuviințează, în principiu, ca cerere de intervenție accesorie în interesul autorității contractante. Intervenția formulată în cauză este în interesul autorității contractante, respectiv acela de respingere a contestației și menținere ca fiind legale a actelor întocmite de achizitoare, prin care a fost desemnată câștigătoare oferta sa.

Excepția inadmisibilității contestației invocată de societatea intervenientă pe motiv că partea care nu este mulțumită de cele dispuse prin decizia CNSC are posibilitatea formulării căii de atac a plângerii, Consiliul o găsește ca fiind lipsită de temei, prin raportare la dispozițiile art. 2 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 potrivit căroră orice persoană care se consideră vătămată într-un drept ori într-un interes legitim printr-un act al autorității contractante, prin încălcarea dispozițiilor legale în materia achizițiilor publice, poate solicita, prin contestație, anularea actului, obligarea autorității contractante de a emite un act, recunoașterea dreptului pretins sau a interesului legitim, iar prin persoană vătămată se înțelege orice operator economic care:

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

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

În contextul înfățișat, .....SRL îndeplinește condițiile de a fi considerată persoană vătămată, în sensul Legii nr. 101/2016, de noul act

emis urmare a punerii în aplicare a deciziei nr. .... / ..... Prezentul demers al contestatoarei este îndreptat împotriva noile acte emise de unitatea achizitoare și nu împotriva deciziei Consiliului, astfel că acesta nu poate fi calificat ca inadmisibil.

Conform art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, deciziile Consiliului sunt obligatorii pentru părțile cauzei, inclusiv pentru ....., ținută de obligația punerii în executare a deciziei, inclusiv prin prisma considerentelor decisive pe care ea le cuprinde.

Totodată, potrivit Codului de procedură civilă:

Art. 430 - Autoritatea de lucru judecat

(1) Hotărârea judecătorească ce soluționează, în tot sau în parte, fondul procesului sau statuează asupra unei excepții procesuale ori asupra oricărui alt incident are, de la pronunțare, autoritate de lucru judecat cu privire la chestiunea tranșată.

(2) Autoritatea de lucru judecat privește dispozitivul, precum și considerentele pe care acesta se sprijină, inclusiv cele prin care s-a rezolvat o chestiune litigioasă.

(3) Hotărârea judecătorească prin care se ia o măsură provizorie nu are autoritate de lucru judecat asupra fondului.

(4) Când hotărârea este supusă apelului sau recursului, autoritatea de lucru judecat este provizorie.

(5) Hotărârea atacată cu contestația în anulare sau revizuire își păstrează autoritatea de lucru judecat până ce va fi înlocuită cu o altă hotărâre.

Art. 431 - Efectele lucrului judecat

(1) Nimeni nu poate fi chemat în judecată de două ori în aceeași calitate, în temeiul aceleiași cauze și pentru același obiect.

(2) Oricare dintre părți poate opune lucrul anterior judecat într-un alt litigiu, dacă are legătură cu soluționarea acestuia din urmă.

Deși nu operează excepția autorității de lucru judecat în prezenta cauză, întrucât nu sunt îndeplinite toate condițiile art. 431 alin. (1) precitat, actul vătămător atacat fiind diferit față de cel din litigiul anterior, Consiliul nu poate infirma cele deja stabilite, singura având competență în acest sens fiind curtea de apel în a cărei rază se află sediul ..... Astfel cum s-a arătat în cele ce preced, Curtea de Apel ..... a respins plângerea formulată împotriva deciziei nr. ....

Însă, pe deplin aplicabil este efectul puterii de lucru judecat, statuat la art. 431 alin. (2) C. proc. civ. - Oricare dintre părți poate opune lucrul anterior judecat într-un alt litigiu, dacă are legătură cu soluționarea acestuia din urmă.

Condiția de aplicare a autorității de lucru judecat presupune identitatea de acțiuni (părți, obiect și cauză juridică), ce oprește repetarea judecății, iar puterea, prezumția de lucru judecat, ce impune consecvența în judecată, astfel că ceea ce s-a constatat și statuat printr-o hotărâre nu trebuie să fie contrazis printr-o altă hotărâre.

În decizia sa nr. 1777 din 25 iunie 2015, Înalta Curte de Casație și Justiție, Secția a II-a civilă, a reținut că, în mod corect, instanța de apel a precizat că nu respinge acțiunea în baza autorității de lucru judecat, ci

are obligația de a judeca în fond, însă soluția trebuie să țină cont de dezlegarea deja dată asupra problemei de drept dedusă judecătii, dând eficiență prezumției de lucru judecat, că a mai fost odată dezlegată chestiunea litigioasă.

Relativ la cele trasate de Consiliu în sarcina autorității contractante, în ceea ce privește reevaluarea ofertei .....SRL, sunt reținute considerentele:

(...)

În analiza sa asupra diferendului creat, Consiliul constată că într-adevăr, la nivelul documentației de atribuire, nu există o cerință expresă în sensul necesității ca ofertantul să fie membru al ..... (.....), însă, astfel cum se poate constata, ofertantul .....SRL s-a folosit de topul audiențelor de la un alt operator economic, respectiv de la .....SRL și ceea ce trebuia să observe autoritatea contractantă era faptul că acest din urmă operator nu poate avea calitatea de furnizor, externalizarea unei părți a contractului, îmbrăcând din punct de vedere juridic, forma subcontractării.

Potrivit documentației de atribuire astfel cum a fost revizuită, în cadrul campaniei de comunicare ofertantul va furniza și spoturi audio la stațiile radio cu tematica *generalist*, alegerea posturilor de radio (primele două locuri) făcându-se din cele cu acoperire națională raportat la audiența cu pragul minim de vârstă de 18 ani.

Pentru a demonstra că ofertantul are capacitatea de execuție a contractului în sensul furnizării acelor spoturi la stațiile de radio (stațiile de pe primele două locuri din categoria de vârstă 18+), se impunea prezentarea de extrase din rapoartele de audiență emise de ..... Ori, în speță, .....SRL nu are această capacitate decât prin intermediul .....SRL, acesta din urmă punându-i la dispoziție topul audiențelor .....

Deosebit de important în economia cauzei, este faptul că în înscrisul datat 16.05.2023, ce conține topul datelor de audiență certificat și semnat digital de către ..... pentru .....SRL (transmis de către .....SRL și în cadrul ofertei și prin intermediul răspunsului la solicitarea de clarificări), se regăsesc următoarele mențiuni:

*Certificarea a fost emisă în data de 16.05.2023 la solicitarea .....SRL și **poate fi folosită doar de această societate** în calitate de membru al ..... audiență pentru beneficiar .....*

Situația de mai sus este confirmată și prin adresa emisă de ..... (.....), la data de 29.06.2023, în referire la prezenta procedură, în atenția: ....., Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor, din care redăm:

*În conformitate cu prevederile contractuale, contract încheiat cu aceleași prevederi cu fiecare membru ....., **datele de audiență nu pot fi transmise și folosite de către o altă entitate**: art. 7 Obligațiile Beneficiarului ....Beneficiarul are obligația utilizării rezultatelor SAR doar pentru uz propriu. Beneficiarul nu poate furniza unui terț rezultatele obținute ca urmare a realizării obiectului prezentului contract, sub nicio formă și cu nici un titlu...*

*Topul certificat de ..... către membru .....SRL poate fi folosit de către aceasta în relația directă cu Beneficiarul final, ....., așa cum s-a prevăzut deja în topul certificat. ....SRL nu are dreptul, prin contractul încheiat cu ....., **de a folosi, cu titlu gratuit sau contracost, datele de audiență pentru a crea un avantaj profesional /economic unei alte agenții de publicitate care nu este membru .....***

*Menționăm că la sesizarea oricărui membru ....., acest aspect poate fi supus Consiliului Director ..... pentru a se lua măsurile care se impun.*

*De asemenea, precizăm că singura entitate care poate emite topuri certificate/oficiale pentru operatorii economici, participanți la licitațiile publice, cum este o astfel de licitație, este doar ..... Astfel de topuri nu pot fi obținute prin contracte de furnizare de către o altă agenție de publicitate care nu este membru .....*

Așadar, din cele precizate de autoritatea în domeniu, ....., rezultă foarte clar că ..... **SRL nu putea avea calitatea de furnizor a topului certificat cu datele de audiență pentru o altă agenție de publicitate care nu este membru .....** (în speță pentru .....SRL), aceste topuri neputând fi obținute prin contracte de furnizare, cum, în mod incorect, susține ofertantul.

Ori, în evaluarea sa, **autoritatea contractantă a nesocotit aceste reguli clare**, inclusiv în înscrisul datat 16.05.2023, ce conține topul datelor de audiență certificat și semnat digital de către ..... pentru .....SRL specificându-se că acea certificare poate fi folosită **doar** de către această societate pentru .....

**Este limpede că .....SRL se putea folosi de datele de audiență decât în calitate de ofertant sau subcontractant, fiind eronată atribuirea calității sale de furnizor.**

Este eronată atribuirea calității de furnizor operatorului .....SRL și din perspectiva Legii nr. 98/2016, normă, care la art. 3 alin. (1), face distincție clară între furnizor și subcontractant:

*w) furnizor - entitatea care pune la dispoziția unui contractant produse, inclusiv servicii de instalare sau amplasare a acestora, dacă este cazul, ori care prestează servicii către acesta, care nu are calitatea de subcontractant;*

*yy) subcontractant/subantreprenor - orice operator economic care nu este parte a unui contract de achiziție publică și care execută anumite părți ori elemente ale lucrărilor/serviciilor, răspunzând în fața contractantului de organizarea și derularea tuturor etapelor necesare în acest scop. Punerea la dispoziție a unui utilaj sau furnizarea de materiale/bunuri în cadrul unui contract de achiziție publică nu este considerată subcontractare în sensul prezentei legi.*

Pornind de la definițiile celor două noțiuni date de Legea nr. 98/2016, Consiliul observă că demarcația dintre cele două calități este dată de următorul aspect: în cazul furnizorului accentul cade pe punerea la dispoziție a produselor, acceptat fiind și că furnizorul le poate instala ori amplasa, pe când în cazul subcontractorului, acesta execută în mod direct părți sau elemente ale lucrărilor/serviciilor. Așadar, legea achizițiilor publice stabilește clar că subcontractantul chiar intervine în executarea contractului și se delimitează de furnizor, care, în mod uzual, pune în vânzare anumite produse sau prestează anumite servicii.

Elocventă în lămurirea diferenței este și poziția exprimată de Agenția Națională pentru Achiziții Publice în notificările din 18.06.2021 și 07.10.2021 cu privire la interpretarea noțiunilor de furnizor și subcontractant în contractul de achiziție publică/sectorial (<http://anap.gov.ro/web/notificare-cu-privire-la-interpretarea-notiunilor-de-furnizor-si-subcontractant-in-contractul-de-achizitie-publica-sectorial/>):

(...)

Este limpede că eventuala completare ulterioară a ofertei cu un subcontractant ar conduce la o avantajare nepermisă de lege [art. 209 alin. (2) din Legea nr. 98/2016].

În condițiile în care ofertantul știe, de la elaborarea ofertei, așa cum este cazul în speță, că nu poate realiza o parte din activitățile contractului de achiziție decât prin intermediul unei terțe persoane care, potrivit legii, deține calitatea de subcontractant, atunci este obligat să indice subcontractantul și partea pe care acesta o va realiza, ceea ce .....SRL nu a înfăptuit.

Cu luarea în considerare a celor de mai sus, Consiliul stabilește că, în mod nelegal, a fost desemnată câștigătoare oferta .....SRL.

Așadar, a reținut Consiliul că, în mod nelegal, a fost desemnată câștigătoare oferta .....SRL dat fiind că aceasta s-a folosit de topul audiențelor de la un alt operator economic, respectiv de la .....SRL, iar această din urmă societate se putea folosi de datele de audiență decât în calitate de ofertant sau subcontractant, fiind eronată atribuirea calității sale de furnizor.

Astfel, Consiliul nu poate face abstracție de raționamentul ce răzbate din decizia sa anterioară nr. ....., rămasă definitivă, iar o analiză asupra ofertei .....SRL nu mai poate fi efectuată, la acest moment, cum s-a subliniat în cele ce preced, organismul administrativ-jurisdicțional neputând infirma cele deja stabilite.

Având a pune în aplicare decizia Consiliului, în mod corect, autoritatea contractantă a respins oferta .....SRL, fapt consemnat în *procesul-verbal privind reanalizarea ofertei .....SRL în urma Deciziei CNSC nr. ....*

Câtă vreme Consiliul s-a exprimat, fără echivoc, că societatea .....SRL s-a folosit de topul audiențelor de la .....SRL, fără a-l declara subcontractant, fiind eronată atribuirea calității sale de furnizor - instanța menținând această concluzie -, ipoteza oricărei analize, la acest moment, pe marginea acestui subiect nu se subscrie concluziei expusă în decizie.

Pe cale de consecință, Consiliul, luând în considerare argumentele expuse în cele ce preced și determinând că nu există motive pentru infirmarea deciziei autorității, va respinge, ca nefondată, contestația formulată de .....SRL.

Consiliul va respinge și cererea de obligare a autorității contractante la plata cheltuielilor de judecată, nefiind reținută culpa .....

Văzând soluția dată contestației, cererea de intervenție formulată de .....SRL va fi admisă.

.....SRL, în calitate de societate intervenientă, a solicitat obligarea contestatoarei la achitarea cheltuielilor de judecată generate de acest litigiu, avansând suma de 4.698,88 lei, pentru care a fost depusă factura nr. .... cu mențiunea *servicii de asistență juridică prestate conform contract de asistență juridică nr. .... în dosar .....*, redactare cerere de intervenție și confirmarea plății, datată 29.08.2023.

Vizavi de o astfel de cerere, ea se supune dispozițiilor art. 26 alin. (9) din Legea nr. 101/2016 care dispun: Consiliul poate obliga, la cerere, **partea în culpă**, la plata cheltuielilor efectuate pentru soluționarea contestației.

Fundamentul suportării cheltuielilor de judecată rămâne culpa procesuală și despăgubirea integrală a părții câștigătoare, iar intervenientul accesoriu este parte câștigătoare atunci când contestația este respinsă, contestatorul aflându-se în culpă procesuală nu doar față de autoritatea contractantă, ci și față de intervenient.

În sensul celor arătate este și Decizia Curții constituționale nr. 463 din 28 iunie 2016:

24. [...] Curtea reține că art. 453 alin. (1) din Codul de procedură civilă determină debitorul obligației de plată a cheltuielilor de judecată (partea care pierde procesul) și creditorul obligației având ca obiect cheltuielile de judecată (partea care câștigă), înlocuind formularea codului anterior din 1865 de "parte căzută în pretenții". **Această diferență terminologică nu schimbă însă cu nimic fundamentul suportării cheltuielilor de judecată, care rămâne culpa procesuală și despăgubirea integrală a părții câștigătoare.** Buna-credință a părții care a pierdut procesul nu justifică exonerarea ei de plata cheltuielilor de judecată. Din acest punct de vedere, între partea care a obținut câștig de cauză, dreptul ei fiind recunoscut prin hotărâre, și partea care acceptă judecata și pierde procesul, riscul acestei situații trebuie să fie suportat de această din urmă parte care, prin comportamentul său, chiar dacă nu a fost de rea-credință, a obligat pe partea potrivnică câștigătoare să angajeze cheltuielile din proces. Așa fiind, **textul criticat induce o culpă procesuală în sarcina celui care, prin atitudinea sa, a determinat cheltuielile de judecată făcute de partea adversă în timpul și cu ocazia desfășurării procesului.**

Întrucât cererea de intervenție a fost admisă pe fond, aceasta are valoare de câștigare a procesului de către intervenient și prin urmare, se impune a beneficia de rambursarea cheltuielilor mai cu seamă că există un precedent multiplu al Înaltei Curți de Casație și Justiție în sensul acordării cheltuielilor către intervenienții accesorii (Decizia nr. 4240 din 6 decembrie 2018, Decizia nr. 1872 din 23 octombrie 2019, Decizia nr. 3878 din 24 iulie 2020, Decizia nr. 985 din 11 mai 2021, Decizia nr. 76 din 15 noiembrie 2021).

Astfel, în baza temeiului mai sus evocat, .....SRL va fi obligată să plătească .....SRL suma de 4.698,88 lei cu titlu de cheltuieli de judecată.

Pentru aceste motive,  
în baza legii și a mijloacelor de probă aflate la dosar,  
**CONSILIUL DECIDE:**

În baza art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, respinge excepția inadmisibilității contestației.

În temeiul art. 26 alin. (6) din lege, respinge, ca nefondată, contestația formulată de .....SRL, în contradictoriu cu ....., în calitate de autoritate contractantă.

În baza art. 26 alin. (9) din Legea nr. 101/2016, respinge cererea .....SRL de obligare a autorității contractante la plata cheltuielilor de soluționare.

Potrivit art. 64 alin. (2) din Codul de procedură civilă, încuviințează în principiu cererea de intervenție formulată de .....SRL și în temeiul art. 67 din același act normativ, o admite.

În temeiul art. 26 alin. (9) din lege, obligă .....SRL la plata către .....SRL a sumei de 4.698,88 lei cu titlu de cheltuieli de judecată.

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

Împotriva prezentei 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.