

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. 180/03.07.2023, înregistrată la Consiliu sub nr., formulată de, cu sediul în, înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr., având CUI, reprezentată prin - administrator, împotriva raportului procedurii nr. 8267/23.06.2023 și a adresei nr. 8269/23.06.2023 de comunicare a rezultatului procedurii, emise de („.....”), 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:

- anularea raportului procedurii nr. 8267/23.06.2023 și a adresei nr. 8269/23.06.2023 de comunicare a rezultatului procedurii, *dar și a tuturor*

actelor subsecvente acestor procese verbale din 15 iunie 2023 prin care a fost declarată câștigătoare societatea;

- obligarea autorității contractante la reluarea procedurii de atribuire în etapa analizării conformității sau neconformității ori admisibilității sau inadmisibilității ofertelor în special a ofertei câștigătoare declarată conformă în mod nelegal, și ulterior trecerea la calcularea punctajelor tehnico - financiare conform caietului de sarcini și fișei de date;

- obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertei reclamantei pe componenta tehnică, iar reevaluarea să fie raportată strict la algoritmi prezentați în documentația de atribuire;

- în urma reevaluării ofertelor, obligarea autorității contractante la

declararea câștigătoare a ofertei contestatoarei, având în vedere următoarele aspecte:

i) *oferta noastră este oferta cu prețul cel mai mic (costul cel mai redus)*

ii) *difuzările media pe radio si de TV in urma desfășurării campaniei sunt net superioare ofertei declarate nelegal câștigătoare.*

..... SRL, cu sediul în, înregistrată la Registrul Comerțului sub nr., având CUI, reprezentată legal prin și convențional prin, cu sediul ales pentru comunicarea actelor de procedură în, a formulat *cerere de intervenție voluntară* nr. 1364/14.07.2023, înregistrată la Consiliu cu nr., prin care a solicitat respingerea, ca nefondată, a contestației depusă de și menținerea rezultatului procedurii, conform actelor emise de autoritatea contractantă, precum și obligarea contestatoarei la plata cheltuielilor de judecată, în temeiul art. 26 alin. (9) din Legea nr. 101/2016.

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 critică rezultatul procedurii de atribuire, solicitând cele antemenționate.

Contestatoarea, a cărei ofertă s-a clasat pe locul al doilea în procedură, aduce o serie de argumente în susținerea faptului că oferta a fost declarată câștigătoare în mod nelegal.

Astfel, reclamanta arată că nu are calitatea de membru al Asociației de Audiență Radio („ARA”) pentru a putea presta serviciile menționate în caietul de sarcini, iar, fără a fi membru ARA, ofertanta criticată nu putea prezenta un top valid al audiențelor în cadrul procedurii, dintr-o sursă oficială, această societate procedând în mod ilegal, încercând să inducă în eroare autoritatea contractantă.

Contestatoarea susține că, neavând capacitatea profesională de a monitoriza o campanie radio și a măsura audiențele din lista softului ARA, a preluat respectivele date de la un alt operator

economic, ...(fără nicio calitate în procedura în cauză), agenție de publicitate care nu avea drept de revânzare a unor topuri de audiență (topuri care nu sunt publice și care i-au fost transmise de către ARA cu titlul expres de a fi utilizate doar în nume propriu, în relația directă cu și nu de a fi transmisă către un alt terț).

Totodată, afirmă că, prin răspunsul la solicitarea de clarificări, operatorul economic criticat susține că în caietul de sarcini nu s-a menționat în mod clar ca operatorii să fie membrii ARA, situație în care comisia de evaluare avea opțiunea de a solicita ARA, în mod oficial, un punct de vedere pentru a verifica dacă operatorul economic a obținut în mod legal datele de audiență.

Reclamanta notează că, exceptând societatea sa, niciun operator economic care a depus ofertă în procedura în cauză, nu este membru ARA și nici nu a avut asociați sau terți susținători, conform DUAЕ, care să fie membrii ARA, deci, automat, nu pot avea acces la date de audiență sau la topuri (ARA furnizând astfel de date în mod exclusiv membrilor asociației).

Dovada în acest sens este, în opinia contestatoarei, ofertanta, a cărei ofertă a fost declarată neconformă tocmai pentru că nu a putut furniza un top ARA în mod legal și corect.

De asemenea, contestatoarea precizează că, în nicio procedură de achiziții publice vizând servicii similare, autoritatea contractantă nu solicită în mod expres operatorilor economici participanți să fie membrii ARA, achizitoarea nefiind obligată să cunoască modul în care operatorii pot avea anumite capacități profesionale.

Un alt *artificiu* la care reclamanta consideră că a apelat, prin care a influențat decizia autorității contractante, a fost folosirea susținerii unei alte companii, respectiv, prezentată în calitate de furnizor de media, ori, din punctul de vedere al contestatoarei, furnizorii apar în *evaluarea procedurilor eventual în justificarea prețurilor oferite conform legii, furnizorii nu apar în momentul declarării unor capacități tehnice*, iar furnizorul este o companie care i-a pus la dispoziție ofertantei câștigătoare în mod ilegal topul stațiilor radio pe audiențele înregistrate pe targetul 18+ National, în calitatea sa de membru ARA și nu de furnizor, cum a fost prezentat.

Mai mult, contestatoarea notează că susține că în calitate de furnizor îi va pune la dispoziție date de audiență pe perioada implementării contractului, conform anexa nr. 3 la contractul nr. 9/12.02.2021.

Astfel, semnalează, ofertanta clasată pe locul I, conform propriilor declarații și a anexei antecitată, atașată răspunsului la solicitarea de clarificări, intenționează să ofere contra cost autorității contractante servicii prestate de alt operator economic, care nu există în

cadrul procedurii, fără a avea dreptul și fără a plăti pentru datele de audiență obținute în mod nelegal.

Reclamanta reiterează faptul că, deși nu este în mod expres specificat în cuprinsul anunțului de participare, calitatea de membru ARA este necesară pentru prestarea serviciilor solicitate prin caietul de sarcini, iar în lipsa acestei calități, ... nu ar putea executa contractul fără a încălca dispozițiile legale în vigoare.

În continuare, contestatoarea prezintă aspecte în susținerea faptului că autoritatea contractantă a efectuat în mod greșit evaluarea punctajelor propunerii tehnice a societății sale.

Reclamanta apreciază că este necesară recalcularea corectă a punctajelor tehnice având în vedere următoarele:

- are în oferta tehnică 18 difuzări suplimentare de spoturi la TV și nu 9 difuzări, cum a calculat autoritatea contractantă în calculul punctajului tehnic;

- societatea contestatoare a depus în cadrul procedurii 66 de bannere online realizate suplimentar și nu 9 bannere, cum a calculat achizitoarea;

- reclamanta are un număr de 16 scripturi radio și nu 9 scripturi cum a calculat autoritatea contractantă;

- societatea sa are în total 5 concepte pentru fiecare spot video în parte, deci are 4 concepte suplimentare pentru fiecare spot video, nu 1 concept suplimentar cum a punctat autoritatea contractantă în calculul punctajului tehnic.

În drept, se invocă dispozițiile art. 8 și următoarele din Legea nr. 101/2016, precum și toate prevederile legale menționate în cuprinsul contestației.

Ca mijloace de probă au fost depuse înscrisuri.

Prin adresa nr. 8620/10.07.2023, înregistrată la Consiliu sub nr., ..., în calitate de autoritate contractantă, a transmis *punct de vedere*, prin intermediul căruia solicită respingerea contestației formulată de, ca neîntemeiată, pentru considerentele expuse în cele ce urmează.

Autoritatea contractantă arată că, pe baza răspunsurilor la solicitarea comună de clarificare, ambele ofertante au transmis un top al stațiilor radio, eliberat de către ARA, top care indică aceleași stații radio situate pe primele două locuri, respectiv și

De asemenea, notează că, deși contestatoarea admite, în răspunsul la solicitarea de clarificare, că „*Desigur, nu este obligația autorității să verifice modul în care operatorul economic poate intra în posesia datelor*”, comisia de evaluare considerând răspunsul ambelor societăți conform cu cerința caietului de sarcini, iată că, după ce a constatat că este ocupanta locului 2 în clasament, aduce în discuție ideea conform căreia nu a solicitat către ARA un punct de vedere

asupra contractului încheiat între și un alt membru ARA, respectiv, „lipsind contestatoarea de un tratament egal!”.

Raportat la cele de mai sus, ... precizează următoarele, în susținerea faptului că instituția sa a procedat corect și echitabil în evaluarea aspectelor de mai jos:

- nu a solicitat prin caietul de sarcini ca ofertantele să fie membrii ARA;

- nu a solicitat ca topul stațiilor radio să fie însoțit de topuri ARA în vederea restricționării accesului la procedura de licitație doar pentru membrii ARA (dovada fiind faptul că la procedură s-au înscris și/sau au participat, atât membrii ARA cât și societăți care nu sunt membrii ARA, iar ofertantele clasate pe locurile 1 și 3 nu sunt membrii ARA);

- a solicitat doar ca indicarea stațiilor să fie însoțită de „extrase din rapoartele de audiență emise de ARA”, acceptând inclusiv „rapoartele publicate online de ARA”, care nu sunt emise specific pentru o anumită societate comercială;

- nu este în nicio situație juridică cu ARA care să îi fie opozabilă;

- a evaluat fiecare ofertă individual, doar pe baza documentelor depuse de respectiva societate și nu pe baza documentelor depuse de contracandidate, aspecte ce ar contravine normelor generale în vigoare.

Referitor la declararea/nedeclararea ca subcontractor sau terț susținător de către (locul 1 în clasament) a societății- cu care are încheiat contractul prin care i s-a furnizat contra cost topul stațiilor radio generat de ARA -, achizitoarea reține faptul că subcontractorii sau terții susținători au legătură cu derularea efectivă a contractului (..... nu a încheiat niciun contract cu), iar declararea acestora potrivit dispozițiilor art. 55 din Legea nr. 98/2016 se face dacă aceștia sunt cunoscuți la momentul depunerii ofertei, putând fi declarați ulterior încheierii contractului.

Invocând comunicatul de presă al ARA referitor la câștigătorii licitației pentru alegerea companiilor de cercetare care vor furniza Studiul Audienței Radio în perioada 2024 - 2027, respectiv și, ... atrage atenția că astfel de studii de audiență se pot face evident și de alte organisme abilitate, fiind până la urmă tot un studiu cu fundament sociologic.

Referitor la critica vizând faptul că autoritatea contractantă a efectuat în mod greșit evaluarea punctajelor propunerii tehnice a reclamantei, ... prezintă o serie de aspecte în susținerea faptului că a procedat la acordarea punctajelor tuturor ofertantelor folosind aceleași criterii de departajare.

Pentru factorul de evaluare 2.4, autoritatea contractantă redă modul de acordare a punctajului pentru numărul suplimentar de difuzări TV pe zi a spoturilor video propuse în cadrul programelor de informare/de știri, în intervalul orar 18:00-23:00.

De asemenea, pentru factorii de evaluare 2.5, 2.3 și 2.1, autoritatea contractantă redă modul de acordare a punctajului pentru numărul suplimentar de propuneri de design banner web, pentru numărul suplimentar de modele de script cu mesaj publicitar, respectiv pentru numărul suplimentar de modele de concept creativ.

Autoritatea contractantă evidențiază și faptul că a descalificat, ca ofertă neconformă cu cerințele caietului de sarcini, oferta nu ca urmare a folosirii sau nefolosirii unui top ARA al stațiilor radio, ci din cauza faptului că, societatea a oferit două stații radio din segmentul *Comercial* grupa de vârstă 18 - 49 de ani, stații care nu se aflau nici măcar pe primele două locuri, conform cerinței, ci pe locurile 2 și 3.

Din punctul de vedere al achiziției, capacitatea tehnică și profesională cerută de instituția sa pentru ofertante nu are legătură cu calitatea de membru ARA, nesolicitând prin documentație așa ceva.

..... solicită respingerea, ca neîntemeiată, a cererii formulată la punctul 4 al contestației, având în vedere că, potrivit dispozițiilor art. 26 alin. (10) din Legea nr. 101/2016 „*Consiliul nu poate decide atribuirea contractului către un anumit operator economic ...*”, iar în speță nu sunt aplicabile excepțiile prevăzute de acest articol, în sensul că reclamanta nu a fost declarată câștigătoare de către autoritatea contractantă, iar calitatea sa de ofertantă câștigătoare nu rezultă din informațiile cuprinse în dosarul de soluționare a contestației, ca urmare a aplicării criteriului de atribuire „*cel mai bun raportat calitate-preț*”.

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

Prin adresa nr. 182/12.07.2023, înregistrată la Consiliu sub nr., ... a transmis *concluzii scrise*, prin intermediul cărora prezintă o serie de aspecte în susținerea criticilor formulate în cuprinsul contestației.

Prin *cererea de intervenție voluntară* nr. 1364/14.07.2023, înregistrată la Consiliu cu nr., ... SRL solicită cele menționate în partea introductivă, aducând argumente pentru combaterea criticilor din cuprinsul contestației depusă de

Raportat la presupusa cerință indicată de contestatoare ca nefiind respectată de ofertanta clasată pe locul I, respectiv aceea de a deține calitatea de membru ARA pentru a putea furniza topul primelor 2 stații radio și de a monitoriza difuzările, intervenienta punctează faptul că o astfel de cerință nu este conținută în fișa de date și în niciun alt document al achiziției.

Autoarea intervenției învederează faptul că, în baza caietului de sarcini, cerința vizând difuzarea spoturilor audio pe primele 2 stații radio,

cu acoperire națională, este impusă pentru strategia de media, urmând a fi cuprinsă în propunerea tehnică.

Conform prevederilor caietului de sarcini, notează intervenienta, topul celor 2 stații radio cu acoperire națională se stabilește în funcție de cota de audiență înregistrată în ultimul interval calendaristic afișat, anterior publicării anunțului de participare în SEAP (market share %, studiul de audiență radio la nivel național, conform raportului lunar al Asociației pentru Radio Audiență / ARA), autoritatea contractantă furnizând și link-ul de unde ofertantele puteau obține informațiile <http://www.audienta-radio.ro/>.

Totodată, semnalează autoarea intervenției, prin răspunsul consolidat la solicitările de clarificări din data de 11.05.2023, punctul 12, autoritatea contractantă confirmă faptul că se acceptă și doar extras din rapoartele publicate online de ARA, rezultând astfel cu claritate faptul că cerința prevăzută prin caietul de sarcini nu presupune un top al primelor 2 stații radio certificat de către ARA cerința fiind îndeplinită și prin depunerea unui extras din rapoartele online ARA.

A primi susținerile contestatoarei ar presupune, în opinia intervenientei, încălcarea caracterului obligatoriu al documentației de atribuire, dar și a principiilor transparenței și al tratamentului egal.

În susținere, invocă jurisprudența CNSC, a instanțelor naționale și CJUE în materie.

Practic, prin afirmațiile sale, intervenienta consideră că reclamanta încearcă să completeze prevederile documentației de atribuire prin adăugarea unei cerințe de calificare.

Pe de altă parte, subliniază autoarea intervenției, deși contestatoarea susține faptul că lipsa calității de membru ARA ar conduce la imposibilitatea monitorizării difuzării spoturilor și furnizării rapoartelor de audiență conform prevederilor caietului de sarcini, monitorizarea difuzării reprezintă o condiție ce vizează executarea contractului și care chiar dacă ar implica deținerea calității de membru ARA, nu ar trebui în niciun caz îndeplinită de participante la data ofertării.

Având în vedere faptul că documentația de atribuire nu conține cerința de calificare constând în deținerea de către participante a calității de membru ARA, acest fapt are, în opinia, drept consecință, netemeinicia criticii vizând lipsa calității de terț susținător ori subcontractant a SRL în cadrul procedurii, întrucât, neexistând o astfel de cerință de calificare/ condiție de executare a contractului, nu se justifică necesitatea declarării ca terț susținător și nici ca subcontractant.

În realitate, intervenienta apreciază că reclamanta pleacă de la o premisă eronată, în cauză neexistând o cerință minimă de calificare, iar, pe de altă parte, activitățile presupuse de colaborarea cu

.....nu reprezintă o activitate parte a contractului, ci eventuale servicii auxiliare.

În continuare, ... prezintă argumente în susținerea faptului că afirmația contestatoarei potrivit căreia realizează peste 70% din contract este falsă, nemotivată și neprobată.

Pentru a combate susținerile reclamantei că și-ar fi încălcat obligațiile de membru ARA și ar fi furnizat nelegal topul stațiilor radio utilizat de în cadrul ofertei, intervenienta punctează următoarele aspecte referitor la contractul încheiat între și ARA:

- conform contractului, ...nu are voie să furnizeze date brute de audiență sau acces la soft-ul de radio, nicidecum un top care certifică o strategie media;

- în contract se stipulează faptul că beneficiarul are obligația utilizării rezultatelor SAR 2022 pentru uz propriu, ceea ce a și efectuat, furnizând o strategie media către clientul său de publicitate

- contractul prevede și excepții în care este permisă furnizarea de către un membru a datelor, o astfel de excepție fiind cazul agențiilor de publicitate care pot transmite date clientului de publicitate sau radiourile care cumpără aceste date de audiență. Astfel, raportul contractual dintre și se încadrează în această situație de excepție, ...fiind agenția de media care a cumpărat datele ARA, iar este clientul de publicitate.

Referitor la adresa ARA anexată de contestatoare, intervenienta învederează faptul că aceasta nu poate fi luată în considerare având în vedere că a fost emisă în urma informațiilor subiective și incomplete furnizate de acestei instituții, situația semnalată de aceasta către ARA nefiind prezentată în mod obiectiv și în concordanță cu datele reale și complete.

Raportat la susținerile reclamantei potrivit căroră comisia de evaluare avea opțiunea de a solicita în mod oficial de la ARA un punct de vedere prin care putea afla dacă operatorul economic a obținut în mod legal datele de audiență, intervenienta evidențiază dreptul de apreciere și autonomia de voință recunoscute de lege autorității contractante, atât în ceea ce privește dreptul său de a solicita clarificări în limitele legale, cât și cu privire la aprecierea concludenței răspunsurilor la aceste solicitări și, eventual, asupra unor verificări suplimentare.

În ceea ce privește critica vizând monitorizarea campaniei radio, în implementarea contractului, intervenienta învederează faptul că rapoartele de monitorizare pentru campania radio nu sunt realizate de ARA, ci de (.....), prin urmare nefiind necesară deținerea calității de membru ARA.

Față de criticile contestatoarei privind evaluarea ofertei sale, autoarea intervenției consideră că autoritatea contractantă, cu respectarea prevederilor legale, a aplicat în mod corect și complet factorii de evaluare, astfel cum aceștia au fost stabiliți prin documentația de atribuire.

Mai mult, adaugă că, și în cazul în care ar fi întemeiate erorile de punctaj prezentate de reclamantă, oferta sa tot ar înregistra un punctaj inferior ofertei

În final, intervenienta reține și inadmisibilitatea capătului 4 de cerere din contestație, prin care reclamanta solicită Consiliului să dispună obligarea autorității contractante la declararea câștigătoare a ofertei contestatoarei, desemnarea ofertei câștigătoare fiind atribuția exclusivă a achizitoarei, iar, chiar și în cazul admiterii contestației, măsurile pe care le poate dispune Consiliul sunt strict cele prevăzute de art.26 alin. (2) din Legea nr.101/2016.

Prin adresa nr. 185/18.07.2023, înregistrată la Consiliu sub nr., ... a comunicat *concluzii scrise*, referitor la cererea de intervenție transmisă de SRL, prin intermediul căreia prezintă o serie de aspecte în combaterea susținerilor intervenientei.

Prin adresa nr. 1410/25.07.2023, înregistrată la Consiliu sub nr., ... SRL a comunicat *concluzii scrise*, referitor la cele prezentate de, prin intermediul căreia prezintă o serie de aspecte în combaterea susținerilor contestatoarei.

Prin adresa nr. 191/26.07.2023, înregistrată la Consiliu sub nr., ... a transmis *nota finală*, referitor la concluziile scrise transmise de SRL.

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

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, ... a depus prezenta contestație, solicitând anularea rezultatului și reevaluarea ofertelor.

Relativ la cererea de intervenție voluntară aparținând SRL, Consiliul ia act că aceasta are calitatea de ofertant declarat câștigător, are calitate și capacitate procesuală și a dovedit un interes legitim propriu în pricină prin promovarea cererii, la data de 14.07.2023, în termenul legal de 10 zile de la publicarea contestației (04.07.2023 – potrivit extrasului SEAP), motiv pentru care, în conformitate cu art. 65 alin. (1) C. proc. civ., Consiliul încuviințează în principiu cererea de intervenție. Cererea este accesorie, de intervenție în favoarea entității contractante.

Astfel cum rezultă din actul decizional al autorității contractante, oferta SRL a fost desemnată câștigătoare a procedurii, întrunind un punctaj de 97,36 puncte, iar cea depusă de admisibilă pe locul II în clasamentul ofertelor admisibile cu un punctaj de 71,07 puncte.

Acest rezultat a fost comunicat prin intermediul adresei nr. 8269/23.06.2023.

Consiliul reține că autoarea contestației reclamă, într-un prim aspect, faptul că SRL nu are calitatea de membru al Asociației de Audiență Română (ARA) pentru a putea presta serviciile prezentate în caietul de sarcini, întrucât fără a fi membru ARA ofertantul nu putea prezenta un top valid al audiențelor dintr-o sursă oficială. Susține contestatoarea că ofertantul câștigător nu are capacitatea profesională de a monitoriza o campanie radio și de a măsura audiențele din lista softului ARA de măsurare a audiențelor, acesta preluând topul audiențelor de la un alt operator economic SRL care nu are nicio calitate în procedură.

Consiliul are în vedere că, potrivit caietul de sarcini, scopul contractului este realizarea unei campanii de informare care vizează informarea și conștientizarea alegătorilor români cu privire la aspectele de integritate și etică specifice proceselor electorale și finanțării partidelor politice și a campaniilor electorale, în vederea diminuării riscurilor de corupție aferente acestora.

(...)

În vederea realizării campaniei de comunicare, operatorul economic va trebui să presteze/livreze următoarele:

1. Strategia campaniei de informare și conștientizare;
2. Creația și producția a 2 spoturi video;
3. Creația și producția a 4 spoturi audio;
4. Media plan care să conțină difuzare și promovare TV pe durata a 5 luni și difuzare și promovare radio pe durata a 5 luni;
5. Promovare în mediul online: creație, producție, afișare și promovare de banner web animate;
6. Campanie de promovare în mediul online prin social media.

Același caiet de sarcini trasează la cap. 3.5 *Condițiile minime obligatorii pentru prezentarea propunerii tehnice*. Printre acestea, cu relevanță în soluționare, se regăsesc și următoarele:

(...)

Toate difuzările spoturilor audio se vor face la **primele 2 spoturi radio de știri cu acoperire națională, în funcție de cota de audiență înregistrată în ultimul interval calendaristic afișat**, anterior publicării anunțului de participare în SEAP (Market Share %, studiu de audiență radio la nivel național, conform raportului lunar al Asociației pentru Radio Audiență/ARA) link <http://www.audienta-radio.ro/default.aspx?id=7>.

Stațiile de radio descrise la punctul de mai sus vor fi identificate și clar nominalizate de ofertant în propunerea tehnică, **indicarea acestora fiind însoțită de extrase din rapoartele de audiență emise de ARA**, în ultimul interval calendaristic afișat anterior publicării anunțului de participare în SEAP.

Cerințele redată mai sus se regăsesc și la capitolul 3.3.4.2 *Difuzare și promovare radio a spoturilor audio și monitorizare difuzare spoturi audio* din același caiet de sarcini.

Reține Consiliul că prin răspunsurile la solicitările de clarificări (răspunsul consolidat publicat la 11.05.2023), autoritatea a subliniat, cu relevanță în soluționare, următoarele:

- alegerea posturilor de radio se va face raportat la audiența care are pragul minim de vârstă de 18 ani – răspunsul 11,
- se acceptă doar extras din rapoartele publicate online de ARA – răspunsul 12,
- publicul țintă este 18+ Național – răspunsul 20,
- se va renunța la tematica *știri* și se va înlocui cu tematica *generalist*, iar alegerea posturilor de radio se va face din cele cu acoperire națională raportat la audiența cu pragul minim de vârstă de 18 ani – răspunsurile 21, 27, 31.

Cerințele de mai sus au făcut obiectul solicitărilor de lămurire cu ofertanții, ofertantului SRL fiindu-i solicitate la 09.06.2023 următoarele:

Referitor la solicitările din Caietul de sarcini de la pct. 3.3.4.2 lit. i) (pag. 21) și pct.3.5 (pag.31), completate/corectate prin răspunsul consolidat la întrebările de clarificare publicat de către în SEAP, **vă rugăm să ne indicați sursa oficială din care rezultă faptul că stațiile radio ofertate de dumneavoastră pentru media planul de difuzare al spoturilor radio sunt clasate pe primele două locuri prin raportare la indicatorul “market share”**.

În acest sens, **vă rugăm să ne menționați/indicați unde, în oferta dumneavoastră și în documentele ce o însoțesc, se regăsesc informațiile prin care puteți proba/susține răspunsul la solicitările din Caietul de sarcini mai sus indicate sau să faceți dovada acestui lucru, printr-un document eliberat de către Asociația pentru Radio Audiență/ARA**, pentru societatea dumneavoastră, înainte de data de depunere a ofertei, respectiv 22.05.2023.

În răspunsul său, ofertantul a susținut următoarele:

1. Conform caietului de sarcini, se solicita « *Toate difuzările spoturilor audio se vor face la primele 2 posturi radio de știri, cu acoperire națională, în funcție de cota de audiență înregistrată în ultimul interval calendaristic afișat, anterior publicării anunțului de participare în SEAP (Market Share %, Studiu de Audiență Radio la nivel național,*

conform raportului lunar al Asociației pentru Radio Audiență/ARA), link <http://www.audienta-radio.ro/default.aspx?id=7>;

Stațiile de radio descrise la punctul de mai sus vor fi identificate și clar nominalizate de Ofertant în Propunerea Tehnică, indicarea acestora fiind însoțită de extrase din rapoartele de audiență emise de ARA, în ultimul interval calendaristic afișat anterior publicării anunțului de participare în SEAP ». De asemenea prin răspunsul de clarificari 12 se menționează ca « Pentru cerința extras din Raportul de audiență emise de ARA- se poate accepta doar extras din Rapoartele publicate online de ARA ».

2. În rapoartele oficiale ARA, pe site-ul ARA sunt prezentate doar top-uri pe alt public tinta fata de cel cerut in caietul de sarcini, adica 18+ National. Pentru a avea acces la un astfel de top, este nevoie sa fii membru ARA. **Furnizorul nostru curent de media –, membru ARA, ne-a pus la dispoziție topul stațiilor ca parte a strategiei media elaborata pentru procedura.** Anexam contractul de colaborare dintre si împreuna cu Anexa aferenta.

3. Subliniem faptul ca in caietul de sarcini nu s-a cerut specific ca ofertantul sa fie membru ARA si nici ca topurile sa fie furnizate de catre ARA pe ofertantul participant, ci doar ca indicarea statiilor sa insotite de « extrase din rapoartele de audiență emise de ARA », inclusiv din « rapoartele publicate online de ARA » care prin definitie nu sunt emise specific pentru o anumita companie.

4. În oferta tehnica topul ARA pe targetul solicitat in caietul de sarcini a fost prezentat in Anexa 8.1_top radio si incarcat in SEAP.

5. Mentionam de asemenea ca **.....nu este subcontractor** in prezenta procedura, ca atare nu a fost declarat in documentele ofertei.

6. De asemenea, aducem in vedere faptul ca in baza jurisprudentei Curții de Justiție a Uniunii Europene (CJUE) – Hotararea din 16 aprilie 2015, emisă în Cauza C-278/14, SC, împotriva ...: ”[...] autoritatea contractantă nu poate respinge o ofertă care îndeplinește cerințele anunțului de participare pe baza unor motive care nu sunt prevăzute în anunțul menționat”.

Au fost anexate răspunsului, contractul de colaborare între SRL și SRL, precum și Anexa 8.1_top radio.

Acest răspuns a fost apreciat concludent de către membrii comisiei de evaluare, aceștia reținând în *procesul-verbal privind evaluarea propunerilor tehnice cu prevederile caietului de sarcini și, după caz, cu factorii de evaluare*, încheiat la data de 15.06.2023, că ofertantul a demonstrat prin răspunsul transmis, că stațiile radio ofertate sunt cele de pe primele două locuri din categoria de vârstă 18+, national, indicator market share, prezentând în acest sens documente concludente (Radio Romania Actualități și).

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 Asociației de Audiență Română (ARA), 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 ARA. Ori, în speță, ... SRL nu are această capacitate decât prin intermediul SRL, acesta din urmă punându-i la dispoziție topul audiențelor ARA.

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 ARA 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 Asociației pentru Radio audiență **pentru beneficiar**

Situația de mai sus este confirmată și prin adresa emisă de Asociația pentru Radio Audiență (ARA), 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 ARA, **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 ARA 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 ARA, **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 ARA.**

Menționăm că la sesizarea oricărui membru ARA, acest aspect poate fi supus Consiliului Director ARA 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 ARA. Astfel de topuri nu pot fi obținute prin contracte de furnizare de către o altă agenție de publicitate care nu este membru ARA.**

Așadar, din cele precizate de autoritatea în domeniu, ARA, 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 ARA (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 ARA 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/>):

Spre deosebire de subcontractant, furnizorul doar pune la dispoziția contractantului principal sau chiar subcontractantului produse sau servicii, după caz, fără a interveni în desfășurarea unor etape din acel contract, **nefiind astfel implicat direct în executarea contractului de achiziție publică**.

Totodată, spre deosebire de furnizor, subcontractantul e considerat participant în procedura de atribuire (art. 53 alin. (1) din Legea nr. 98/2016 și art. 66 alin. (1) din Legea nr. 99/2016), fiindu-i aplicabile, pe cale de consecință, inclusiv dispozițiile legale ce reglementează conflictul de interese.

Având în vedere că subcontractantul execută activități din contract, legislația în domeniul achizițiilor publice/achizițiilor sectoriale impune anumite obligații în sarcina ofertantului cu privire la subcontractanți, obligații care nu există în cazul furnizorilor [...].

[...]

În esență, pentru îndeplinirea activităților aferente unei/unor părți din contract, **subcontractanții propuși de contractant trebuie să aibă capacitatea tehnică și profesională pentru partea lor de implicare și nu trebuie să se afle în situațiile de excludere** (prevăzute la art. 164, 165 și 167 din Legea nr. 98/2016, potrivit dispozițiilor art. 170 alin. (1) și art. 174 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, respectiv cele prevăzute la art. 177, 178 și 180. din Legea nr. 99/2016, potrivit dispozițiilor art. 183 alin. (1) și art. 187 alin. (1) din Legea nr. 99/2016).

Față de obligațiile precizate mai sus și **luând în considerare faptul că acestea nu există în cazul furnizorilor**, referitor la calitatea de furnizor într-un contract de lucrări sau servicii, putem concluziona asupra următoarelor aspecte:

- nu echivalează cu realizarea, executarea lucrărilor/serviciilor respective;
- nu implică pentru acesta obligația legală de a nu se afla în situațiile de excludere prevăzute la art. 164, 165 și 167 din lege;
- nu există obligația legală pentru ofertant de a preciza datele de identificare ale furnizorilor;
- nu sunt solicitate ofertantului/candidatului informații și documente relevante referitoare la capacitatea tehnică și profesională a furnizorilor, neexistând nici dreptul de a solicita în documentatia de atribuire lista furnizorilor;
- nu există obligația completării DUAE pentru furnizor.

Corelativ celor anterior menționate, în cazul furnizorului/furnizorilor:

- această calitate nu poate fi invocată ca experiență similară în realizarea unui contract de achiziție publică de servicii;
- **capacitatea tehnică și profesională a furnizorului/furnizorilor unui ofertant nu va fi luată în considerare, deoarece ei nu sunt implicați direct în contract;**
- nu se pot face plăți directe de către autoritatea contractantă către furnizorul/furnizorii unui ofertant.

Conform legii achizițiilor publice:

Art. 55. - (1) Autoritatea contractantă solicită ofertantului/candidatului să precizeze **în ofertă** ori în solicitarea de participare:

- a) partea/părțile din contract pe care intenționează să o/le subcontracteze; și
- b) datele de identificare ale subcontractanților propuși, dacă aceștia din urmă sunt cunoscuți la momentul depunerii ofertei sau a solicitării de participare.

Art. 60. - (1) Reprezintă situații potențial generatoare de conflict de interese orice situații care ar putea duce la apariția unui conflict de interese în sensul art. 59, cum ar fi următoarele, reglementate cu titlu exemplificativ:

Art. 170. - (1) Autoritatea contractantă are obligația de a verifica inexistența unei situații de excludere prevăzute la art. 164, 165 și 167 în legătură cu subcontractanții propuși.

(2) În cazul în care este identificată o situație de excludere, cu aplicarea în mod corespunzător a dispozițiilor art. 171, autoritatea contractantă solicită ofertantului/candidatului o singură dată să înlocuiască un subcontractant în legătură cu care a rezultat, în urma verificării, că se află în această situație.

(3) În scopul verificării prevăzute la alin. (1), subcontractantul completează declarația pe proprie răspundere în conformitate cu prevederile art. 193-195, precizând că nu se află în niciuna dintre situațiile ce atrag excluderea din procedura de atribuire.

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 îndeplinit.

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

În ceea ce privește punctajul acordat ofertei contestatoarei, în contextul mai sus expus, al constatării nelegalității deciziei de desemnare a ofertei câștigătoare, o analiză în direcția trasată de apare ca lipsită de interes. În contextul expus, interesul în demersul inițiat de societate împotriva punctajului său nu mai subzistă, nu este de natură să-i aducă vreun beneficiu.

Codul de procedură civilă, care reprezintă dreptul comun în privința litigiilor supuse Legii nr. 101/2016 (a se vedea art. 68 din această lege), stabilește imperativ, la art. 32 alin. (1) lit. d) și art. 33, că orice cerere poate fi formulată și susținută numai dacă autorul acesteia justifică un interes, interes care trebuie să fie determinat, legitim, personal, născut și actual.

Acest interes, care trebuie să fie născut și actual, nu există decât dacă acțiunea este susceptibilă, prin rezultatul său, să aducă un beneficiu părții care a formulat-o (Hotărârea Tribunalului din 4 iulie 2006, easyJet/Comisia, T-177/04, pct. 40), ceea ce nu se poate spune în cazul analizei criticilor aduse de punctajului său, aceasta fiind clasată pe locul II iar oferta SRL, în mod nelegal, a fost desemnată câștigătoare având în vedere soluția dispusă în cele ce preced.

În concluzie, stabilind că decizia de respingere a ofertei SRL apare contrară prevederilor legale incidente în cazul de față, Consiliul va admite contestația formulată de, va

anula raportul procedurii nr. 8267/23.06.2023, în partea care privește evaluarea ofertei SRL, precum și actele subsecvente acestuia, autoritatea contractantă urmând a fi obligată ca, în termen de 10 zile de la primirea deciziei Consiliului, să reanalizeze oferta amintită, cu respectarea prevederilor legale și a celor evocate în motivare.

Admiterea contestației este, însă, în parte, întrucât capătul de cerere privind obligarea autorității contractante la desemnarea drept câștigătoare a ofertei, urmează a fi respins, acesta fiind atributul comisiei de evaluare, în lumina dispozițiilor art. 127 din HG nr. 395/2016. De asemenea, va fi respins, ca lipsit de interes, capătul de cerere privind obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertei contestatoarei pe componenta tehnică.

Relativ la cererea de intervenție formulată de SRL, față de cele stabilite mai sus cu prilejul examinării contestației, Consiliul determină că cererea de intervenție este nefondată și va fi respinsă. Consiliul va respinge și cererea societății interveniente de obligare a contestatoarei la plata cheltuielilor de judecată, nefiind reținută culpa

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

În temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, admite, în parte, contestația formulată de, în contradictoriu, în calitate de autoritate contractantă și anulează raportul procedurii nr. 8267/23.06.2023, în partea care privește evaluarea ofertei SRL, precum și actele subsecvente acestuia. Obligă 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.

Respinge capătul de cerere privind obligarea autorității contractante la desemnarea drept câștigătoare a ofertei

Respinge, ca lipsit de interes, capătul de cerere privind obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertei contestatoarei.

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 respinge.

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

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.