

**DECIZIE**  
**BO2010\_0529**  
**Data: ■.2010**

Prin contestația înregistrată la CNSC cu nr. ■/28.12.2009, completată cu adresa nr. ■/19.01.2010, depusă de SC ■ SA, cu sediul în ■, CUI ■, privind procedura de licitație deschisă pentru atribuirea contractului "servicii de publicitate pentru crearea și producerea de produse publicitare, precum și organizarea de evenimente, în vederea derulării unei campanii de informare a publicului privind prevenirea și depistarea precoce a cancerului de sân, cancerului de col uterin și a cancerului pulmonar", coduri CPV 79341000-6 și 79952000-2, cu data de deschidere a ofertelor 26.11.2009, organizată de ■, cu sediul ■, în calitate de autoritate contractantă, contestatoarea a solicitat anularea deciziei de declarare câștigătoare a ofertei ■ SRL, obligarea autorității la respingerea ca neconformă a respectivei oferte, precum și la reevaluarea ofertelor în concordanță cu factorii de evaluare din documentația de atribuire.

În baza legii și a documentelor depuse de părți, CNSC

**DECIDE:**

În baza art. 278 al. 2 și 6 din OUG 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii, cu modificările și completările ulterioare, pentru considerentele evocate în motivarea prezentei, admite în parte contestația SC ■ SA, în contradictoriu cu ■, și anulează raportul procedurii nr. ■/16.12.2009, adresele de comunicare către ofertanți a rezultatului procedurii, precum și întreaga procedură de atribuire.

În temeiul art. 278 al. 5 din aceeași ordonanță, ca urmare a anulării procedurii de atribuire, respinge ca rămas fără obiect capătul de cerere de reevaluare a ofertelor.

Prezenta decizie este executorie și obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 280 al. 1 și 3 din OUG 34/2006.

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

**MOTIVARE**

În luarea deciziei s-au avut în vedere următoarele:

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 266 al. 1 din OUG 34/2006, să soluționeze contestația de față, prin care ofertanta SC ■ SA reclamă decizia de desemnare câștigătoare a ofertei depusă de concurentul ■, la procedura de achiziție publică antemenționată organizată de autoritatea contractantă ■.

Potrivit informațiilor cuprinse în comunicarea rezultatului procedurii, oferta contestatoarei, declarată admisibilă, a obținut 94 de pct., iar cea a ■ 95,52 pct., întrucât:

- oferta contestatoarei a fost depunctată pentru lipsa simplității mesajului și a posibilității relativ scăzute de memorare a acestuia (mesaj lung, compus din două propoziții, fără elemente de legătură), care ar genera un impact scăzut în forma spotului radio;

- oferta câștigătoare propune un mesaj mai simplu și ușor de memorat, care este de impact în ceea ce privește spotul TV, spotul radio și afișele stradale.

Față de informațiile cuprinse în actul atacat, petenta apreciază că autoritatea nu a respectat întocmai dispozițiile art. 207 al. 2 lit. c din OUG 34/2006, nefiind comunicate caracteristicile și avantajele relative ale ofertei declarate câștigătoare în raport cu oferta contestatoarei, în ceea ce privește elementele luate în calcul pentru stabilirea punctajului.

În conformitate cu documentația de atribuire, oferta câștigătoare urma să fie desemnată prin punctarea a doi factori de evaluare, respectiv "prețul ofertei" – 50 pct. și "conceptul campaniei de informare" – 50 pct., acest ultim factor fiind detaliat, astfel:

- concept inovator: 19 pct.
- simplitatea mesajului: 10 pct.
- memorabilitatea mesajului: 10 pct.
- respectarea valorilor ■: 10 pct.
- impact asupra grupului țintă: 10 pct.

Prin specificarea doar a punctajului total obținut de cele două oferte, fără detalierea cel puțin a punctajului tehnic pe cei cinci subfactori enumerați, autoritatea contractantă a încălcat și principiul transparenței, statuat la art. 2 al. 2 din ordonanță. Această detaliere se impunea, cu atât mai mult cu cât trebuiau evaluate atât spoturile radio, cât și spoturile TV și afișele stradale.

Din comunicarea rezultatului rezultă că oferta SC ■ SA a fost depunctată doar în ceea ce privește spotul radio, autoritatea omițând să ofere informații cu privire la spoturile TV și afișele stradale. Se subînțelege astfel că, pentru acestea din urmă, a obținut punctajul maxim.

În punctul său de vedere nr. ■/11.01.2010 asupra contestației, autoritatea contractantă susține că, în ceea ce privește informarea contestatoarei cu privire la caracteristicile și avantajele relative ale ofertei declarate câștigătoare, pe de o parte legislația în vigoare nu prevede un model al comunicării reglementate de art. 206 din ordonanță și nu indică care este nivelul de detaliu care trebuie observat pentru transpunerea în practică a cerințelor textului legal, iar pe de altă parte, toate aceste caracteristici se regăsesc *in extenso* în fișele individuale de analiză tehnică întocmite de membrii comisiei de evaluare; este imposibil și neuzual de reprodus toate aspectele reținute de comisia de evaluare.

În plus, la întocmirea comunicării respective s-a avut în vedere și art. 208 lit. b din ordonanță, apreciindu-se că dezvăluirea anumitor informații relative la oferta câștigătoare (precum textul mesajului propus) ar putea prejudicia fie interesele comerciale ale ofertantului câștigător, fie concurența loială între acesta și ceilalți operatori economici din domeniul publicității, în care conceptul reprezintă o componentă deosebit de valoroasă a creației intelectuale.

Ceea ce s-a transmis prin respectiva comunicare reprezintă, în fapt, argumentul considerat a fi cel mai relevant, respectiv mesajul "*Cancerul se poate infiltra oricând în viața ta. Lupta cu boala însă, poate fi câștigată de la început*" este lung și banal, scăzându-i din memorabilitate și impact. Astfel, declinat pe cele trei medii (TV, radio și afișaj stradal), mesajul este greu de reținut, este prea lung și nu îndeamnă spre acțiune. Din contră, mesajul ofertei câștigătoare "*Cancerul e o formă de viață care se hrănește cu viața ta*" a fost apreciat ca fiind inovator, cu impact mult mai mare, memorabil și tulburător în orice componentă publicitară.

În cazul ofertei depuse de contestatoare:

- spotul TV de 30 sec. este prea încărcat, astfel încât publicul țintă nu va reține mesajul principal descris în documentația de atribuire – "informare și prevenție"; cu alte cuvinte, în cele 30 sec. ale spotului oamenii nu vor înțelege corect legătura dintre banda roz de radiografie și cele trei forme de cancer, deoarece informația este prea aglomerată;

- scriptul radio este neverosimil și nu se leagă de VO-ul final (*voice over*/vocea de final). Oamenii nu sunt sunați să li se spună că au cancer, ci află de boală în urma controlului medical și nicidecum la telefon, deoarece subiectul este mult prea sensibil, iar din această cauză publicul țintă al campaniei nu se va regăsi în acest script. În plus, VO-ul final este prea lung și nu oferă informațiile necesare pentru programare și informare,

cum ar fi numărul de telefon, adresa de web sau alte date de contact ale fundației;

- afisajul stradal este prea încărcat, are prea multe elemente vizuale și prea mult text scris foarte mic, astfel că nu poate fi citit, urmărit și reținut. În plus, accentul nu cade pe un element central, iar informația nu poate fi asimilată;

- broșura de informare, pliantul și posterul de promovare a unității mobile reprezintă, în fapt, o reeditare a unei campanii mai vechi a fundației, ceea ce înseamnă că nu aduce un plus de valoare sau vreo îmbunătățire.

Fundația a dat dovadă de bună credință în ceea ce privește întocmirea comunicării adresată contestatoarei, aceasta fiind informată cu privire la motivele care au stat la baza declarării ofertei sale necâștigătoare, neriscând să sufere vreun prejudiciu ca urmare a adresei respective.

Sunt neîntemeiate criticile contestatoarei cu privire la necomunicarea punctajelor tehnice detaliate pe cei 5 subfactori întrucât:

- nu există niciun text legal expres care să oblige în acest sens autoritățile contractante care organizează proceduri de achiziție publică;

- nu ar fi fost posibilă comunicarea punctajelor tehnice acordate de fiecare dintre membrii comisiei de evaluare, iar punctajul tehnic acordat fiecărei oferte a reprezentat media punctajelor acordate de membrii comisiei de evaluare. Acordarea pct.ilor corespunzătoare celor 5 subfactori nu a fost efectuată și nici nu ar fi fost posibil să fie efectuată în funcție de fiecare dintre cele trei componente ale ofertei tehnice, respectiv spotul TV, spotul radio sau afișajele stradale, ci în mod global.

În absența unor argumente solide care să susțină atât contestația, cât și solicitarea de anulare a comunicării emise de autoritate în 16.12.2009, contestatoarea justifică criticile sale din perspectiva faptului că a fost oferit prețul cel mai scăzut. Față de această precizare, se învederează că, în cadrul procedurii, ofertele s-au încadrat în două categorii: prima categorie, din care face parte SA, a prezentat o propunere financiară reprezentând 88% din valoarea estimată a contractului și cea de-a doua, reprezentată de ceilalți trei ofertanți, care au avansat oferte financiare extrem de apropiate, cuprinse între 95% și 98,33% din valoarea estimată a contractului. Deși s-a concluzionat că cele trei propuneri apropiate de valoarea estimată sunt mai realiste pentru piața publicitară, oferta financiară a contestatoarei a primit punctajul corespunzător formulei stabilite prin documentația de atribuire.

Față de toate cele prezentate, autoritatea contractantă solicită respingerea contestației și menținerea ca temeinice și legale a tuturor actelor emise în legătură cu procedura.

Ca urmare a studierii dosarului cauzei după aprobarea cererii depuse în acest sens, prin adresa nr. ■/19.01.2010 SC ■ SA și-a completat contestația, precizând că oferta ■ ar fi trebuit respinsă ca neconformă în baza art. art. 36 al. 2 lit. a din HG 925/2006, deoarece nu satisface cerințele caietului de sarcini, astfel cum reiese din fișele individuale de analiză a propunerii tehnice, conținând detalierea punctajului și a caracteristicilor și avantajelor relative, precum și din următoarele aspecte:

1. În documentația de atribuire, secțiunea II caiet de sarcini, pag. 13, se precizează că "propunerea tehnică va fi analizată în mod obiectiv de membrii comisiei de evaluare în funcție de relevanța și impactul conceptului, relevanța și impactul scenariului de spot TV, relevanța și impactul scenariului de spot radio, calitatea prezentării, aspect general". Deoarece în documentația de atribuire nu este specificată nicăieri o altă grilă de evaluare a propunerii tehnice, orice ofertant este pe deplin îndreptățit să constate că acel paragraf ca o expunere a modalității de evaluare prezentată și asumată de autoritatea contractantă. Totuși, din fișele individuale de analiză a propunerii tehnice întocmite de fiecare membru al comisiei de evaluare, ce se regăsesc la dosarul achiziției, se poate observa o cu totul altă grilă de evaluare folosită și cu totul alte criterii de departajare a ofertelor decât cele prezentate în caietul de sarcini.

Deși la punctul 1 din fișele individuale de analiză se specifică evaluarea conformității ofertei cu caietul de sarcini, comentariile evaluatorilor pe această temă nu sunt legate de respectarea cerințelor din caietul de sarcini, ci de modul de prezentare a ofertei și calitatea acesteia. De asemenea, evaluatorul ■ nu are niciun comentariu cu privire la conformitate ofertelor, omisiune din care nu se poate deduce decât faptul că membrii comisiei nu au evaluat conformitatea acestora.

2. În documentația de atribuire, secțiunea I, fișa de date a achiziției, punctul VI.5, se menționează ca solicitare a autorității contractante ca formularul de ofertă financiară trebuie să fie însoțit de "un centralizator financiar, anexat, în care se vor detalia prețurile unitare și totale pentru fiecare produs solicitat". Centralizatorul prezentat de ofertantul declarat câștigător nu conține nicio informație referitoare la costurile unitare ale produselor, deși acestea au fost solicitate în mod expres de autoritatea contractantă. Omisiunea acestora

este cu atât mai gravă cu cât în cazul afișajului stradal nu se poate face nicio deducție referitoare la prețul fiecărui tip de afișaj. Lipsa prețurilor unitare reprezintă nerespectarea cerințelor din caietul de sarcini, ceea ce face ca această ofertă să fie neconformă.

3. În documentația de atribuire, secțiunea I, fișa de date a achiziției, punctul II.1.6, se specifică faptul că ofertele alternative nu sunt acceptate. În oferta tehnică a ■ sunt prezentate, în fapt, un număr de 3 concepte generale de campanie, care însumează 7 variante de spot TV și câte 3 variante pentru fiecare dintre cele 3 sesiuni de afișaj stradal, deși în caietul de sarcini autoritatea contractantă a solicitat un singur concept, un singur spot și un concept grafic care să fie declinat pe trei vizualizări diferite. Din acceptarea ofertei mai sus menționate, ofertă ce prezintă variante alternative pentru conceptele și materialele prezentate reiese clar nerespectarea principiului egalității de șanse între ofertanți. Din fișele individuale de analiză întocmite de membrii comisiei și incluse în dosarul achiziției reiese că evaluatorii au luat la cunoștință de existența mai multor propuneri ale unui singur ofertant (cel declarat câștigător) și au punctat acest lucru suplimentar, considerându-l un plus al ofertei, dar nu au prezentat criteriile de selecție aplicate pentru alegerea unei singure variante din cele propuse de acesta pentru compararea cu ofertelor celorlalți candidați. Se deduce că nerespectarea unei cerințe obligatorii din documentația de atribuire a fost considerată de membrii comisiei de evaluare un plus al ofertei, nu un element care atrage neconformitatea ofertei.

4. Referitor la secțiunea II caiet de sarcini, pagina 13, în care se solicită clar că oferta trebuie să exprime "termenul de execuție și de livrare integrală, după ce s-a dat Bun de tipar", oferta propusă ■ nu prezintă nicio specificație cu privire la termenele solicitate de autoritatea contractantă, calendarul campaniei fiind doar o prezentare a distribuției în timp a activităților, fără repere și termene exacte de execuție, iar nerespectarea solicitărilor din caietul de sarcini face din oferta respectivă o ofertă neconformă.

5. În adresa ■/22.10.2010 prin care autoritatea contractantă comunică răspunsul la solicitarea de clarificări venite din partea candidaților la procedură se precizează următoarele: "Locațiile pentru afișajul stradal vor fi răspândite la nivel național. Lăsăm la latitudinea ofertantului să propună o strategie de comunicare pentru acest tip de produs publicitar". În adresa ■/27.10.2009 se specifică: "locațiile vor fi ■ și cel puțin 7 capitale de județ (...); capitalele de județ vor fi propuse

de ofertant". Ofertantul declarat câștigător nu a inclus în ofertă locațiile/capitalele de județ în care se va realiza expunerea stradală a materialelor fundației. În perioada de evaluare autoritatea nu a solicitat ofertantului clarificări cu privire la acest aspect.

6. Propunerile creative pentru afișajul stradal nu au ținut cont de solicitările autorității contractante din adresa nr. ■/05.11.2009 și anume că "cele trei sesiuni de expunere vor folosi vizualizări diferite, funcție de perioada anului și evenimentele fundației din perioada respectivă", motiv pentru oferta depusă de ■ este neconformă.

7. Referitor la punctul de vedere la contestație:

- întrucât evaluarea se realizează pe baza unei grile de punctaj pentru fiecare factor, neprezentarea în comunicarea rezultatului procedurii a acestei grile și a punctajului acordat pe fiecare indicator încalcă principiul transparenței;

- prezentarea punctajului acordat pe fiecare indicator din grila de evaluare nu ar putea duce în vreun fel la prejudicierea intereselor comerciale ale ofertantului câștigător.

Realizarea și prezentarea unei grile de evaluare care să fie aplicată ulterior tuturor ofertelor considerate admisibile reprezintă o respectare a principiului nediscriminării și a tratamentului egal aplicat participanților la procedură. Evaluarea ofertelor după o altă grilă de indicatori decât cea prezentată în caietul de sarcini reprezintă o încălcare a acestui principiu.

Față de cele expuse se solicită anularea deciziei nr. ■ din 16.12.2009 și obligarea autorității contractante la a declara oferta ■ neconformă, precum și la a reevalua ofertele.

Prin adresa nr. ■/20.01.2010, înregistrată la consiliu cu nr. ■/20.01.2010, autoritatea contractantă invocă excepția inadmisibilității completării depuse de contestatoare, precum și pe cea a tardivității ei.

Ordonanța nu prevede posibilitatea unei astfel de completări, în speță nefiind aplicabile nici dispozițiile Codului de procedură civilă.

Pe fond, autoritatea contractantă menționează că, urmare a notei intermediare nr. ■ emisă de "UCVAP", criteriul de atribuire cu privire la conceptul campaniei a fost defalcat în cei 5 subfactori, utilizați și în fișele individuale de punctaj.

În situația în care unul dintre membrii comisiei ar fi declarat neconformă oricare dintre propunerile tehnice, acest aspect s-ar fi menționat în documentele de evaluare, dar necompletarea unui anume punct referitor la conformitate în

toate fișele de evaluare nu poate acredita ideea neconformității ofertelor.

Sușinerile contestatoarei relative la nedetalierea prețurilor unitare nu pot fi luate în considerare, dată fiind simplitatea calculului prin care s-a putut obține costul unitar (costul total al fiecărui produs împărțit la numărul de produse solicitate) declararea ca neconforma a ofertei ■ ar fi fost nefundamentată.

Cele trei concepte generale propuse în cadrul ofertei câștigătoare nu au fost considerate ca reprezentând oferte alternative, ci concepte tehnice suplimentare, corespunzătoare caietului de sarcini, iar membrii comisiei au apreciat criteriile calitative de atribuire în raport cu primul concept ("Celula").

Nu mai puțin, prin formularul 7 (propunere tehnică), ofertantul câștigător s-a obligat la respectarea întocmai a cerințelor incluse în caietul de sarcini, inclusiv a termenelor de realizare, iar absența unor precizări contrare în conținutul propunerii tehnice a fost apreciată ca având semnificația acceptării implicite a calendarului stabilit de autoritatea contractantă.

Față de cele prezentate, autoritatea solicită respingerea contestației și menținerea actelor emise de autoritatea contractantă.

Din examinarea materialului probator administrat, aflat la dosarul cauzei, consiliul reține că, prin anunțul de participare nr. ■/15.10.2009, ■ a inițiat o licitație deschisă pentru atribuirea contractului "servicii de publicitate pentru crearea și producerea de produse publicitare, precum și organizarea de evenimente, în vederea derulării unei campanii de informare a publicului privind prevenirea și depistarea precoce a cancerului de sân, cancerului de col uterin și a cancerului pulmonar", coduri CPV 79341000-6 și 79952000-2. Valoarea estimată a contractului este de 896.470 lei, fără TVA, finanțarea fiind asigurată din fonduri europene, prin mecanismul financiar SEE 2004-2009.

Potrivit pct. IV.2.1 din fișa de date a achiziției, criteriul de atribuire stabilit este "oferta cea mai avantajoasă din punct de vedere economic", cu factorii de evaluare: "prețul ofertei" - 50 pct. și "concept" - 50 pct.

În fișa de date a achiziției, la pct. VII.1, se menționează următorul sistem de punctare:

*"a) prețul ofertei: 50 pct., astfel*  
*- pentru oferta cu cel mai mic preț  $P_{min}$ : 50 pct.;*  
*- pentru alt preț  $P_n$ , diferit de  $P_{min}$ , punctajul se acordă astfel:  $P_{min} / P_n \times 50$  pct..*

*b) conceptul campaniei de informare: 50 pct., astfel*

- pentru oferta cu cea mai mare medie aritmetică a notelor membrilor comisiei Mmax: 50 pct.;

- pentru altă medie Mn diferită de Mmax, punctajul se acordă astfel:  $Mn / Mmax \times 50$  pct.."

Cu privire la evaluare se mai face o mențiune, în caietul de sarcini: "Propunerea tehnica va fi analizata în mod obiectiv de membrii comisiei de evaluare în funcție de relevanta și impactul conceptului, relevanta și impactul scenariului de spot TV, relevanta și impactul scenariului de spot radio, conceptul grafic al materialelor tiparite, calitatea prezentării, aspect general."

Prin clarificarea nr. ■/03.11.2009, ca urmare a Notei intermediare a UCVAP nr. ■/27.10.2009, factorul de evaluare "conceptul campaniei de informare" este detaliat astfel:

- concept inovator: 10 pct.
- simplitatea mesajului: 10 pct.
- memorabilitatea mesajului: 10 pct.
- respectarea valorilor ■: 10 pct.
- impact asupra grupului tinta: 10 pct.

Împotriva punctajului acordat și a rezultatului procedurii, pentru motivele de mai sus, ofertantul SC ■ SA a formulat prezenta contestație la consiliu.

Asupra obiecțiilor privind adresa de comunicare a rezultatului procedurii nr. ■/16.12.2009, consiliul constată că, prin această adresă, autoritatea a comunicat petentei că oferta sa a obținut 94 pct., iar cea a ■ 95,52 pct., întrucât:

- oferta petentei a fost depunctată pentru lipsa simplității mesajului și a posibilității relativ scăzute de memorare a acestuia (mesaj lung, compus din două propoziții, fără elemente de legătură), care ar genera un impact scăzut în forma spotului radio;

- oferta câștigătoare propune un mesaj mai simplu și ușor de memorat, care este de impact în ceea ce privește spotul TV, spotul radio și afișele stradale.

Relativ la neindicarea în adresă a informațiilor prescrise de art. 207 al. 2 lit. c ordonanță: "fiecarui ofertant care a prezentat o ofertă acceptabilă și conformă, prin urmare admisibilă, dar care nu a fost declarată câștigătoare, caracteristicile și avantajele relative ale ofertei/ofertelor câștigătoare în raport cu oferta sa [...]", consiliul reține că este întemeiată. Simplele punctaje de 94 pct. pentru contestatoare și 95,52 pct. pentru ■ nu sunt suficiente pentru a determina caracteristicile și avantajele relative ale ofertei câștigătoare, față de oferta firmei contestatoare, astfel încât să fie posibilă verificarea de către aceasta a corectitudinii punctării realizate

de comisie, ținând seama că elementele fiecărei oferte utilizate de comisia de evaluare pentru calculul punctajelor factorilor de evaluare, cu excepția prețului, nu au fost specificate în procesul-verbal al ședinței de deschidere a ofertelor spre a fi cunoscute de ofertanți.

În atare condiții, constatând că prin adresa în discuție autoritatea nu a comunicat elementele concrete de departajare a ofertei contestatoarei, față de cea declarată câștigătoare, consiliul observă că autoritatea contractantă nu a respectat prevederile art. 207 al. 2 lit. c din ordonanță, precum și, în mod implicit, normele art. 94 al. 1 din HG 925/2006, care dispun comunicarea rezultatului aplicării procedurii, conform art. 206 - 208 din ordonanța de urgență.

Autoritatea contractantă nu justifică incidența excepțiilor determinate de art. 208 din ordonanța privind achizițiile publice, astfel încât să poată fi limitat dreptul ofertantului de a obține informațiile prescrise de art. 207 al. 2 lit. c. Nici în formularul de ofertă și nici în documentele propunerii tehnice nu a specificat faptul că datele pe baza cărora se evaluează oferta sa sunt confidențiale. De altminteri, incidența excepțiilor determinate de art. 208 din ordonanța privind achizițiile publice trebuie argumentată în mod obiectiv și probată, iar nu prezumată ori stabilită aleatoriu de fiecare ofertant sau autoritate contractantă.

Potrivit art. 215 din ordonanță: "*1 Dosarul achiziției publice are caracter de document public. Accesul persoanelor la aceste informații se realizează cu respectarea termenelor și procedurilor prevăzute de reglementările legale privind liberul acces la informațiile de interes public și nu poate fi restricționat decât în măsura în care aceste informații sunt clasificate sau protejate de un drept de proprietate intelectuală, potrivit legii. 2 Restricționarea nejustificată a accesului la dosarul achiziției publice atrage sancționarea de către ANRMAP a conducătorului autorității contractante, conform prevederilor prezentei legi.*"

După cum judicios a sesizat contestatoarea, prin necomunicarea tuturor informațiilor prescrise de ordonanță a fost afectat și principiul transparenței procedurii de atribuire, informațiile esențiale pentru analizarea corectitudinii evaluării ofertei contestatorului nefiind aduse la cunoștința sa. Necesitatea respectării principiului transparenței rezultă și din textul art. 2 din Directiva Parlamentului European și a Consiliului nr. 2004/18/CE din 31.03.2004 privind coordonarea procedurilor de atribuire a contractelor de achiziții publice de lucrări, de bunuri și de servicii, care obligă autoritățile contractante să acționeze potrivit principiului transparenței.

Astfel fiind, în baza art. 278 al. 2 din OUG 34/2006 consiliul va anula ca nelegală adresa de comunicare a rezultatului procedurii nr. ■/16.12.2009, mai cu seamă că omisiunea comunicării tuturor informațiilor cerute expres de art. 207 al. 2 lit. c este și sancționată cu amendă contravențională între 70.000 și 100.000 lei [art. 293 lit. r)].

Vizavi de completarea contestației din perspectiva reclamării evaluării ofertelor realizată de autoritate, ca aspect preliminar vor fi analizate excepțiile inadmisibilității și tardivității completării, invocate de autoritatea contractantă.

Contrar raționamentului autorității, prescripțiile ordonanței de urgență se completează cu cele ale dreptului comun, în cazul activității jurisdicționale Codul de procedură civilă și Legea contenciosului administrativ nr. 554/2004. Concluzia se întemeiază pe textul art. 297 din ordonanța de urgență, care statuează că în măsura în care aceasta nu prevede altfel, sunt aplicabile dispozițiile dreptului comun. Vine în sprijinul concluziei și art. 287 ind. 18 din același act normativ, conform căruia prevederile ordonanței se completează cu dispozițiile Legii 554/2006, în măsura în care nu sunt contrare. Trebuie învederat că art. 28 al. 1 din legea precitată face trimitere, la rândul-i, la Codul de procedură civilă, ale cărui prevederi completează legea – și, implicit, ordonanța de urgență. În aceeași direcție se cuvine a menționa că în temeiul art. 721 C. proc. civ., prevederile codului alcătuiesc procedura de drept comun în materie civilă și comercială; ele se aplică și în materiile prevăzute de alte legi în măsura în care acestea nu cuprind dispoziții potrivnice. În situația în care legea proprie – OUG 34/2006 – nu cuprinde reguli de urmat, consiliul este obligat să apeleze la dreptul comun, respectiv la procedura civilă.

Nici art. 132 C. proc. civ și nici altă dispoziție din cod sau ordonanță nu interzice contestatoarei să își completeze propria contestație, cum s-a întâmplat în speță. Este evident că această completare nu se poate realiza oricând, ci numai până la data la care este soluționată contestația (în procedura administrativ-jurisdicțională derulată de consiliu neexistând o "primă zi de înfățișare", ca în procedura jurisdicțională comună; neexistența ei nu înseamnă că este interzisă completarea contestației). Prin urmare, excepția inadmisibilității completării nr. ■/19.01.2010 se respinge ca neîntemeiată.

Având în vedere și normele art. 269 din ordonanță, pentru respectarea principiilor contradictorialității și dreptului la apărare, SC ■ SA a transmis completarea sa și către autoritatea

contractantă, care de altfel a replicat la aceasta prin punctul de vedere nr. ■/20.01.2010.

Nici excepția tardivității completării nu este întemeiată, întrucât SC ■ SA nu putea să atace în contestația sa din 28.12.2009 aspecte pe care nu le cunoștea la acea dată, nefiindu-i comunicate de autoritate toate elementele concrete pe baza cărora s-au punctat ofertele.

Asupra aspectelor de fond legate de evaluare, consiliul observă că oferta petentei, care a avut cel mai scăzut preț dintre cele patru oferte primite, a fost depunctată, potrivit celor cuprinse în fișele individuale anexă la raportul procedurii nr. ■/16.12.2009, cu următoarele justificări:

a) la subfactorul "concept inovator" (max. 10 pct.):

- "concept corect, ce transmite mesajul fundației, dar nu aduce nimic spectaculos" - 7 pct. acordate de dna ■;

- "imagine radiologică; bandă roz volantă" - 10 pct. acordate de dna ■;

- "acuratețe în conceptul prezentat; lipsit de originalitate" - 8 pct. acordate de dna ■;

b) la subfactorul "simplitatea mesajului" (max. 10 pct.):

- "mesajul de pe cartoane + VO este unul simplu, care exprimă corect informația ce se dorește a fi transmisă" - 8 pct. acordate de dna ■;

- "mesaj prea lung" - 7 pct. acordate de dna ■;

- "mesaj simplu, direct, dar nu este orientat spre concept" - 9 pct. acordate de dna ■;

c) la subfactorul "memorabilitatea mesajului" (max. 10 pct.):

- "mesajul este scurt, însă termenii aleși nu sunt ușor memorabili" - 7 pct. acordate de dna ■;

- "redușă; două propoziții fără elemente de legătură" - 6 pct. acordate de dna ■;

- "mesaj scurt, termeni inovatori, dar nu susține conceptul de bază" - 8 pct. acordate de dna ■;

d) la subfactorul "impactul asupra grupului țintă" (max. 10 pct.):

- "oamenii nu vor înțelege exact legătura dintre panglica roz și radiografia ce depistează cancerul" - 6 pct. acordate de dna ■;

- "impactul este numai vizual, nu și audio" - 8 pct. acordate de dna ■;

- "panglica care le arată afecțiunile înainte de a le ști chiar ei ajută și susține ideea luptei împotriva cancerului" - 9 pct. acordate de dna ■;

e) la subfactorul "respectarea valorilor fundației" (max. 10 pct.):

- "se respectă simbolurile de identitate ale fundației: logo + culoare roz; nu apare suficient funda roz" - 8 pct. acordate de dna ■;

- "banda roz este similară simbolului luptei împotriva" - 9 pct. acordate de dna ■;

- "se respectă logo-ul și culoarea; nu apare funda roz suficient de mult" - 8 pct. acordate de dna ■.

Punctajul acordat ofertei ■ are la bază alte justificări:

a) la subfactorul "concept inovator" (max. 10 pct.):

- "prezentarea a 3 variante de creație oferă un plus în selectarea conceptului; conceptul "celula" este inovator" - 9 pct. acordate de dna ■;

- "asemănarea sarcinii cu evoluția cancerului; contrast viață/moarte" - 10 pct. acordate de dna ■;

- "conceptul "celula" este inovator și intră în regiștri medicali; propunerea a trei variante de mesaje ajută la luarea unor decizii" - 10 pct. acordate de dna ■;

b) la subfactorul "simplitatea mesajului" (max. 10 pct.):

- "mesajul e simplu, clar și concis (dar a mai fost folosit de fundație)" - 8 pct. acordate de dna ■;

- "mesaj corect dpdv medical" - 8 pct. acordate de dna ■;

- "mesaj simplu și corect, care nu a mai fost folosit până acum" - 9 pct. acordate de dna ■;

c) la subfactorul "memorabilitatea mesajului" (max. 10 pct.):

- "mesaj memorabil" - 8 pct. acordate de dna ■;

- "bună, prin repetarea cuvântului viață" - 9 pct. acordate de dna ■;

- "mesaj memorabil, dar conceptul poate induce în eroare (asociere cu sarcina)" - 8 pct. acordate de dna ■;

d) la subfactorul "impactul asupra grupului țintă" (max. 10 pct.):

- "concept "celula" - inedit, cu impact mare; concept "o zi fără tine", cu VIPuri, ar putea avea impact" - 9 pct. acordate de dna ■;

- "datorită mesajului răscolitor, contrastul viață/moarte și pierzi/câștigi din afiaje" - 9 pct. acordate de dna ■;

- "conceptul "celula" are un impact mare asupra grupului" - 9 pct. acordate de dna ■;

e) la subfactorul "respectarea valorilor fundației" (max. 10 pct.):

- "sunt respectate valorile fundației" - 9 pct. acordate de dna ■;

- "este prezent simbolul luptei împotriva cancerului" - 8 pct. acordate de dna ■;

- "se respectă valorile fundației; se continuă pe linia de VIPuri din 2005 " - 10 pct. acordate de dna ■.

Potrivit raportului procedurii, cele patru oferte depuse la licitație au primit următoarele punctaje: SC ■ SRL - 95,52 pct., SC ■ SA - 94 pct., SC ■ SRL - 84,77 pct. și SC ■ SRL - 82,82 pct. Astfel, se observă că SC ■ SRL, a cărei ofertă are un preț mai mare cu aproape 100.000 lei decât cel al ofertei contestatoarei, a fost declarat câștigător la diferență de 1,52 pct. față de oferta SC ■ SA.

Obiecțiile petentei sunt legate, în principal, de acordarea de către autoritatea contractantă a punctajului pentru factorul de evaluare tehnic "conceptul campaniei de informare" și de admiterea ofertei ■.

Din raportul procedurii și anexele la acesta nu rezultă modalitatea de calcul al punctajelor fiecărei oferte pentru cei cinci subfactori ai "conceptului campaniei de informare", respectiv în baza căror date concrete și cuantificabile evaluate au fost acordate punctajele de către comisia de evaluare. Astfel, nu există în documentele transmise de autoritate consiliului nicio justificare *obiectivă* care să facă posibilă verificarea corectitudinii pentru care ofertele au primit respectivele punctaje la factorul în discuție și, cu atât mai puțin, la cei cinci subfactori care îl compun.

Din niciun document remis consiliului nu rezultă cum a stabilit comisia de evaluare desemnată de autoritatea contractantă punctajele tehnice pentru cei patru ofertanți. Nici în fișa de date a achiziției nu se regăsește un algoritm clar de punctare a conceptului inovator, simplității mesajului, memorabilității mesajului, respectarea valorilor fundației, impactului asupra grupului tinta, ceea ce constituie o abatere de la principiul transparenței procedurii, instituit prin art. 2 al. 2 din ordonanța privind achizițiile publice, și a permis acordarea în mod subiectiv și discreționar a punctajelor, motiv pentru care obiecția contestatoarei vizavi de legalitatea evaluării este întemeiată.

Lipsa precizării elementelor concrete ale mecanismului de punctare pentru respectivul factor de evaluare nu își găsește nicio justificare legală și viciază în întregime rezultatul evaluării, pe baza argumentării și documentelor prezentate de autoritate fiind imposibilă verificarea corectitudinii punctării tehnice a ofertelor (care se ridică la mai multe sute de mii de lei).

Pe de altă parte, chiar și între membrii comisiei de evaluare nu a existat un consens, de exemplu dna ■ justificând și punctând un "mesaj prea lung", iar dnele ■ și ■ argumentând că "mesajul este scurt", pentru aceeași ofertă (■ SA). La fel, pentru oferta ■, dna ■ justifică și pct.ază un mesaj care a mai fost folosit de fundație, în vreme ce dna ■ pct.ază faptul că mesajul nu a mai fost folosit.

Pentru factorul tehnic autoritatea a prevăzut în documentația de atribuire doar direcții generale de abordare (concept inovator, simplitatea mesajului, memorabilitatea mesajului, respectarea valorilor ■ și impact asupra grupului tinta), lăsând la latitudinea fiecărui ofertant elementele concrete de care depindea acordarea punctajelor. Din acest motiv s-a ajuns ca, de pildă, la subfactorul de evaluare "concept inovator", SC ■ SRL să fie punctat pentru faptul că a avut trei variante de mesaje, cu toate că nicăieri nu s-a specificat că vor obține un punctaj mai mare ofertele prin care se propun mai multe variante. Tot astfel, oferta SC ■ SA a fost depunctată pe motivul că funda roz "nu apare suficient de mult", însă nicăieri autoritatea nu a prevăzut că respectiva fundă trebuie folosită de minimum n ori.

Exemplele pot continua și pentru celelalte societăți ofertante, la toți subfactorii aleși de autoritate.

Lipsa precizării elementelor concrete ale mecanismului de punctare pentru respectivii subfactori de evaluare nu își găsește nicio justificare legală și viciază în întregime rezultatul evaluării, pe baza argumentării prezentate de autoritate fiind imposibilă verificarea corectitudinii punctării tehnice a ofertelor. Inclusiv prin Convenția Națiunilor Unite împotriva corupției, adoptată la New York la 31 octombrie 2003, semnată de România la Merida la 9.12.2003 și ratificată prin Legea 365/2004, se statuează aplicarea unor criterii de evaluare obiective, art. 9 lit. c din Convenție prevăzând: "*Fiecare stat parte ia, conform principiilor fundamentale ale sistemului său juridic, măsurile necesare pentru a stabili un sistem corespunzător de achiziții publice care să se bazeze pe transparență, concurență și criterii obiective pentru luarea de decizii și care, între altele, să fie eficiente pentru prevenirea corupției. Aceste sisteme, pentru aplicarea cărora se poate ține seama de valori-cadru, prevăd mai ales: [...] c) folosirea criteriilor obiective și predeterminate pentru luarea de decizii privind achizițiile publice, cu scopul de a facilita verificarea ulterioară a aplicării corecte a regulilor sau procedurilor".*

Potrivit jurisprudenței constante a Curții de Justiție a Comunităților Europene, obligația de transparență înseamnă și

faptul că autoritatea contractantă trebuie să interpreteze criteriile de atribuire în același fel pe întreaga durată de derulare a procedurii de atribuire (Cauza C-87/94 Commission v Belgium [1996] ECR I-2043, și Cauza C-19/00 SIAC Construction [2001] ECR I-7725), criteriile ce trebuie descrise complet și aduse la cunoștința operatorilor economici prin documentația de atribuire, în prealabil depunerii ofertelor.

Elementele vădit subiective de evaluare a ofertelor au afectat rezultatul procedurii, motiv pentru care, în baza art. 278 al. 2 din OUG 34/2006, consiliul va admite în parte contestația SC ■ SA, în contradictoriu cu ■, și va decide anularea raportului procedurii de atribuire nr. ■/ 16.12.2009 și a adreselor de comunicare a rezultatului procedurii, dependente și subsecvente de respectivul raport.

Întrucât reevaluarea ofertelor nu ar fi posibilă decât prin aplicarea factorilor de evaluare cuprinși în documentația de atribuire, consiliul stabilește că, în derularea procedurii de atribuire, autoritatea contractantă a încălcat și următoarele norme legale imperative:

I. Din OUG 34/2006:

- art. 2 al. 2 lit. d: principiul transparenței care stă la baza atribuirii contractului de achiziție publică. În speță autoritatea nu a asigurat informarea operatorilor economici cu privire la algoritmul de calcul aplicabil subfactorilor de evaluare; concept inovator, simplitatea mesajului, memorabilitatea mesajului, respectarea valorilor ■ și impact asupra grupului tinta, a căror pondere este de 50% din totalul punctajului;

- art. 33 al. 1: "autoritatea contractantă are obligația de a preciza în cadrul documentației de atribuire orice cerință, criteriu, regulă și alte informații necesare pentru a asigura ofertantului o informare completă, corectă și explicită cu privire la modul de aplicare a procedurii de atribuire". În cazul de față informațiile nu sunt în măsură să permită o informare completă și corectă cu privire la realizarea evaluării;

- art. 33 al. 2: "documentația de atribuire trebuie să cuprindă, fără a se limita la cele ce urmează, cel puțin [...] informații detaliate și complete privind criteriul de atribuire aplicat pentru stabilirea ofertei câștigătoare";

- art. 199 al. 3: "[...] autoritatea contractantă are obligația de a preciza, în mod clar și detaliat, în documentația de atribuire factorii de evaluare a ofertei cu ponderile relative ale acestora sau algoritmul de calcul, precum și metodologia concretă de punctare a avantajelor care vor rezulta din propunerile tehnice [...]". În cazul în referință autoritatea contractantă nu a stabilit în documentație un algoritm de calcul

*obiectiv* pentru subfactorii de evaluare antemenționați și nu a specificat modalitatea concretă de evaluare și punctare a ofertelor de către comisia de evaluare, care să facă posibilă eventuala verificare a corectitudinii pentru care ofertele au primit anumite punctaje. Absența unui algoritm de punctare precis (matematic) pentru respectivul factor de evaluare nu își găsește nicio justificare legală și permite acordarea în mod subiectiv a punctajelor. Mențiunile de genul: "concept corect", "nimic spectaculos", "acuratețe", "lipsit de originalitate", "prea lung", "reduc", "ușor memorabil", "termeni inovatori", "înțelege exact", "suficient", "contrast viață/moarte" etc., separat de faptul că sunt evident interpretabile/subiective și nu asigură informarea ofertanților vizavi de evaluarea și punctarea ofertelor, nu echivalează cu "metodologia concretă de punctare a avantajelor care vor rezulta din propunerile tehnice" cerută expres și imperativ de art. 199 al. 3, la care face referire și SC ■ SA în contestația sa. În baza algoritmului precizat de autoritate niciunul dintre membrii comisiei de evaluare nu va putea să justifice obiectiv de ce, spre pildă, la factorul în discuție un ofertant a primit 50 pct., iar altul a primit 44 sau 39 pct., și nu 49 sau 49,5 pct., nemaivorbind de multiplii subfactori componenți. Toate elementele de punctare trebuie să fie clare și cunoscute de ofertanți anterior depunerii și evaluării ofertelor, astfel încât fiecare să își poată elabora oferta pentru a obține punctajele maxime, pentru a fi desemnat câștigător. Este vădit că aprecierea pe care o vor efectua membrii comisiei în funcție de factorul și subfactorii expuși este una pur subiectivă, interzisă de lege. Chiar și între membrii comisiei nu va exista un punctaj unanim acceptat, întrucât un membru poate considera de un nivel redus ceea ce altul estimează că este maximum posibil ori, dimpotrivă, limita inferioară sau absența elementului evaluabil. Așadar, deși ar trebui să aibă la bază o aritmetică precisă (cum se întâmplă la factorul de evaluare prețului ofertei), în cazul de față etapa evaluării ofertelor devine una de conjunctură, bazată pe părerea subiectivă a fiecărui membru din comisie. Pe de altă parte, autoritatea nu a fost în măsură să furnizeze consiliului vreo justificare asupra punctajelor și elementelor *cuantificabile* pe care se fundamentează evaluarea ofertelor. Și normele comunitare, în speță Directiva 2004/18/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 31.03.2004 privind coordonarea procedurilor de atribuire a contractelor de achiziții publice de lucrări, de bunuri și de servicii, transpusă în dreptul intern prin OUG 34/2006, prevăd expres: "Atribuirea contractelor trebuie realizată pe baza unor *criterii obiective* care asigură

respectarea principiilor de transparență, de nediscriminare și de egalitate de tratament și care garantează aprecierea ofertelor în condiții eficiente de concurență. Pentru a garanta egalitatea de tratament, criteriile de atribuire *trebuie să permită compararea și evaluarea ofertelor în mod obiectiv.*" O linie de demarcație exactă între cel mai ridicat nivel al propunerii tehnice, cel mai slab și nivelele intermediare este imposibil de trasat, iar o bună parte din punctajul total (50%) trebuie să se bazeze tocmai pe identificarea unei astfel de linii în departajarea ofertelor. În speță, se ajunge ca oferta cea mai avantajoasă să fie determinată nu de elementele clare (prețul ofertei), ci de unele arbitrare, pentru care nu s-a indicat niciun etalon de referință precis;

II. Din Hotărârea Guvernului nr. 925/2006:

- art. 14 al. 2: "algoritmul de calcul, precum și factorii de evaluare a ofertelor, care vor fi luați în considerare în cazul aplicării criteriului «oferta cea mai avantajoasă din punct de vedere economic», se precizează în mod clar și detaliat în cadrul documentației de atribuire și vor reflecta metodologia concretă de punctare a avantajelor care vor rezulta din propunerile tehnice și financiare prezentate de ofertanți". Rămân valabile cele expuse.

Având în vedere că sistemul de punctare a ofertelor și algoritmul aferent nu pot fi schimbate pe parcursul procedurii [art. 199 al. 3 teza finală din OUG 34/2006] și ținând seama că modificarea acestora ar aduce atingere principiilor achizițiilor publice (transparență și tratament egal), consiliul stabilește că, în cazul în referință, nu pot fi adoptate măsuri de remediere care să permită continuarea procedurii prin reevaluarea ofertelor (nu se poate realiza o reevaluare legală în baza unor factori de evaluare nelegali). Lipsa indicării în mod clar și detaliat în cadrul documentației de atribuire a metodologiei concrete de punctare a avantajelor cuantificabile care vor rezulta din propunerile tehnice prezentate de ofertanți constituie motiv de anulare a procedurii de atribuire, concluzie regăsită și în numeroase decizii irevocabile ale instanțelor judecătorești, relevante în acest sens fiind decizia nr. 20/CA/14.02.2008, pronunțată de CA Iași, Secția de contencios administrativ și fiscal, decizia nr. 366/CA/10.07.2008, pronunțată de CA Iași, Secția de contencios administrativ și fiscal, decizia nr. 302/R/22.04.2008, pronunțată de CA Brașov, Secția de contencios administrativ și fiscal, decizia nr. 535/CA/08.12.2008, pronunțată de CA Iași, Secția de contencios administrativ și fiscal, sau, mai recent, decizia din

18.01.2010, pronunțată de CA București, Secția a VIII-a de contencios administrativ și fiscal în dosarul 11046/2/2009.

Aceeași poziție a fost exprimată și în plan comunitar, Curtea de Justiție a Comunităților Europene evidențiind că utilizarea criteriilor de atribuire nu trebuie să furnizeze o libertate necondiționată autorităților contractante, autoritățile trebuind să restrângă această libertate prin fixarea unor criterii specifice, relevante pentru obiectul contractului și *măsurabile* sau, cu alte cuvinte, specific și *obiectiv cuantificabile*.

Ca urmare a celor evocate, dat fiind că în stabilirea factorilor de evaluare și realizarea evaluării ofertelor s-au încălcat prevederile legale anterior menționate și întrucât încălcările afectează iremediabil procedura de atribuire, având în vedere imposibilitatea continuării acesteia, consiliul urmează a decide anularea procedurii, conform art. 278 al. 6 din aceeași ordonanță de urgență - "*În funcție de soluția pronunțată, Consiliul va decide asupra continuării sau anulării procedurii de achiziție publică*".

În baza art. 278 al. 5 din OUG precizată, ca urmare a anulării procedurii de către consiliu, solicitarea ofertantei SC ■ SA de reevaluare a ofertelor, cu declararea neconformă a ofertei ■ SRL, va fi respinsă ca rămasă fără obiect.

O analiză a criticilor petentei cu privire la admisibilitatea ofertei ■ SRL este de prisos, determinarea admisibilității sau inadmisibilității respectivei oferte fiind lipsită de orice relevanță în cauză, întrucât procedura de atribuire nu poate continua cu o eventuală reevaluare a ofertelor (în sensul admiterii sau respingerii ofertei criticate), în contextul celor dispuse mai sus de consiliu.

**PREȘEDINTE COMPLET,**

■

**MEMBRU,**

■

**MEMBRU,**

■

*Redactată în trei exemplare, conține 19 (nouăsprezece) file*