

# **DECIZIE**

**BO2011\_0209**

**Data: -.2011**

Prin contestația înregistrată la CNSC cu nr. 2/21.12.2010, formulată de S.C. 2 S.R.L., cu punct de lucru în 2, CUI 2, împotriva răspunsului la clarificări nr. 2/09.12.2010, emis de către 2, cu sediul în 2, în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de licitație deschisă organizată în vederea atribuirii contractului de achiziție publică având ca obiect „campanie de promovare a Programului Operațional Sectorial «Mediu» - exemple de bune practici” – lotul II „Difuzare”, s-a solicitat obligarea autorității contractante de a emite un act de anulare a procedurii de atribuire pentru lotul II „Difuzare”, deoarece nu se poate face o evaluare tehnico-economică obiectivă conform răspunsurilor la clarificări și modului de atribuire a punctajului tehnic și financiar prevăzut în documentația de atribuire.

În baza legii și a documentelor depuse de părți, CNSC

## **DECIDE:**

În baza art. 278 alin. (5) din OUG nr. 34/2006, respinge ca nefondată contestația depusă de S.C. 2 S.R.L., în contradictoriu cu 2.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 280 alin. (3) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 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:

Prin contestația CNSC cu nr. 2/21.12.2010, S.C. 2 S.R.L., în contradictoriu cu 2, împotriva documentației de atribuire, a solicitat cele menționate în partea introductivă a deciziei.

Referitor la răspunsul aferent întrebării nr. 1 din cadrul adresei nr. 2 din 09.12.2010, în ceea ce privește audiența certificată pentru stațiile radio și TV, autoritatea contractantă a răspuns: „Perioada avută în vedere este anul 2010”. Pentru stațiile radio, în 2010 există două valuri de audiență: ianuarie-mai 2010 și mai-august 2010. Cele două valuri de audiență prezintă topuri diferite ale primelor 7 stații radio solicitate prin documentația de atribuire. Cel puțin o stație va fi diferită pentru operatorii economici prezenți la licitație. De aici „neconformități” pentru anumiți operatori economici. Dacă ei vor fi calificați apar evident diferențe de ordin financiar în funcție de stația aleasă de pe locul 7. Un val din 2010 are pe locul 7 stația Magic FM și alt val de audiență are stația Radio România Regional, un post de radio are spoturi mai scumpe și altul are spoturi mai ieftine. Evident că nu mai poate fi vorba de un tratament egal al operatorilor economici nici la nivel tehnic, nici financiar, în momentul

evaluării ofertelor depuse electronic în SEAP. Punctajul maxim, conform documentației de atribuire, îl va obține operatorul economic ce va introduce în ofertă numărul maxim de stații din primele 7 conform valului de audiență 2010.

În ceea ce privește audiența primelor 8 canale TV pentru anul 2010, operatorii economici puteau prezenta, conform răspunsului la întrebarea nr. 1, audiențe din 2010, în mai multe moduri: pentru ultima lună din 2010, 3 luni din 2010, 10 luni din 2010, top 8 stații TV până la data licitației 2010, toate din anul 2010 și în conformitate cu răspunsul dat de autoritatea contractantă. Automat și clasamentul primelor 8 stații TV se schimbă. Contestatoarei îi este neclar cum se va face evaluarea tehnică obiectivă și cum se va acorda punctajul mixului de stații TV atâta timp cât, la pag. 17 din documentația de atribuire, se precizează: „va primi punctajul maxim de 9 puncte ofertantul care va include cât mai multe televiziuni din primele 8 cu audiență mare, conform studiilor de audiență”. Dacă toți au punctaj maxim la tehnic, fiecare după propriul top, atunci vor apărea discrepanțe de ordin financiar între operatorii economici. Astfel, autoarea contestației apreciază că se încalcă art. 2 alin. (1) lit. b) din OUG nr. 34/2006.

În cazul panotajului stradal, răspunsul la întrebarea nr. 5 din adresa nr. 4/09.12.2010, aduce modificări semnificative la caietul de sarcini în ceea ce privește întocmirea ofertei tehnice pe acest segment.

Răspunsul autorității contractante a fost următorul: “Afișele de mari dimensiuni pentru care operatorul economic va realiza panotajul pot fi expuse și în stațiile de autobuz din localități, dimensiunile afișului depinzând, deci, de dimensiunea locului de afișare (city light, centru comercial sau stație de autobuz). Afișarea se poate realiza fie pe ambele părți, fie pe o singură parte. Nu se va accepta un număr mai mic de panouri decât dacă operatorul economic poate face dovada că nu există în orașul respectiv 50 de locații tip city light, suficiente stații de transport în comun sau suficiente locuri de afișaj în centre comerciale”.

De la “afișe de mari dimensiuni, câte 50 în centrul fiecărui oraș reședință de județ”, conform caietului de sarcini, se acceptă tipuri de panouri outdoor de orice fel și orice dimensiune. În total un număr de 2100 de locații pentru 42 de județe. Contestatoarea se întreabă cum se va face evaluarea în acest caz, va primi punctajul maxim de 5 puncte ofertantul care va asigura cel mai mare număr de locații cu zone de maximă vizibilitate, ceilalți ofertanți vor primi punctaje după o formulă specificată în documentație, cum se vor stabili locațiile cu cea mai mare vizibilitate, cine va decide ce locație are vizibilitatea cea mai mare și pe ce criteriu.

De asemenea, dimensiunile panourilor lăsate ambiguu la latitudinea operatorilor economici va duce la discrepanțe de ordin financiar a ofertelor acestora. Și în acest caz se încalcă art. 2 alin. (1) lit. b) din OUG nr. 34/2006, la evaluarea ofertelor.

În ceea ce privește răspunsul la întrebarea nr. 9 din adresa nr. 4/09.12.2010, autoritatea contractantă concluzionează: “Dat fiind faptul

că nu s-au făcut modificări substanțiale ale documentației de atribuire, se menține data limită de depunere a ofertelor.”

Atâta timp cât prin adresa nr. 4/09.12.2010, autoritatea contractantă specifică la final: “Clarificările detaliază, completează sau modifică unele prevederi ale documentației de atribuire și devin parte componentă a acesteia, contestatoarea consideră că prin acest paragraf autoritatea nu a răspuns în mod exact pentru a elimina erorile din specificațiile documentației de atribuire, nu o completează și nu o modifică așa cum ar fi fost necesar unei evaluări obiective.

În ceea ce privește răspunsul autorității contractante la întrebarea nr. 9, anume că "nu s-au adus modificări substanțiale", contestatoarea apreciază că este greșit, deoarece elaborarea unei astfel de oferte necesită timp fizic mult mai vast față de timpul rămas din 10 decembrie 2010 și până în 15 decembrie 2010, în condițiile în care 11.12.2010 și 12.12.2010 nu au fost zile lucrătoare. Un număr de 2100 de locații nu se pot stabili în 3 zile nici ca preț, nici ca disponibilitate de locație și nici ca dimensiune exactă. Această modificare adusă este una substanțială, iar răspunsul la întrebarea nr. 9 trebuia să ia în calcul perioada scurtă rămasă până la depunerea ofertelor.

Proiectul este un proiect finanțat din fonduri europene, care va avea o monitorizare foarte atentă din partea auditorilor externi. Riscul pentru partea de panotaj stradal este foarte mare și nu se poate elabora o ofertă serioasă în acest timp de 4 zile lucrătoare.

În consecință, autoritatea contractantă nu avea dreptul de a fi de acord cu prezentarea în cadrul licitației a unor specificații tehnice evazive cu privire la audiențe, certificate și clasamente publicații, stații radio și TV sau cu modalități evazive de prezentare a ofertelor pentru panouri stradale. În felul acesta autoritatea contractantă nu va avea o modalitate obiectivă de comparare cantitativă și calitativă a ofertelor sosite de la participanții prezenți la procedura de atribuire.

În toate solicitările de clarificare trimise, mai ales clarificările postate în 09.12.2010, autoritatea contractantă nu a răspuns punctual și explicit, aceste răspunsuri au condus la neconcordanțe și confuzii între oferte atât tehnic, cât și financiar, precum și la imposibilitatea aplicării legislației în vigoare pentru evaluarea acestor oferte în mod obiectiv și nediscriminatoriu.

În finalul contestației, S.C. 4 S.R.L. precizează că a depus ofertă în SEAP în data de 4.12.2010, aflându-se în proces de evaluare.

Prin adresa nr. 4/7658-C4/22.12.2010, Consiliul a înștiințat autoritatea contractantă despre depunerea contestației de către S.C. 4 S.R.L. la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor, solicitând, totodată, punctul de vedere cu privire la contestație, precum și copia dosarului achiziției.

Autoritatea contractantă a transmis punctul său de vedere nr. 107355/29.12.2010, înregistrat la Consiliu cu nr. 4/29.12.2010, solicitând respingerea contestației ca nefondată.

Aceasta consideră că, de fapt, autoarea contestației critică prevederile documentației de atribuire, astfel că putea depune contestație

în termen de 10 zile de la publicarea documentației, respectiv a clarificării invocată, ambele termene fiind depășite.

Se apreciază că, prin clarificarea în cauză sunt mai permissive cerințele/condițiile, ceea ce a făcut ca operatorii economici să poată elabora ofertele.

Evaluarea ofertelor se poate face conform factorilor de evaluare și algoritmului de calcul menționat în documentația de atribuire, cu respectarea principiilor enunțate la art. 2 din OUG nr. 34/2006.

Argumentele prezentate de contestator în ceea ce privește studiile de audiență și evaluarea ofertelor, fără respectarea art. 2 din ordonanță, sunt apreciate de autoritate ca fiind netemeinice, deoarece urmează să acorde punctaje conform documentației de atribuire, luând în considerare studiile de audiență prezentate de fiecare ofertant, astfel încât aceștia să obțină punctajul corect.

Motivația invocată de contestator cu privire la tarifele diferite ale posturilor TV/radio nu are justificare, ofertantul având libertatea de a alege orice posturi, riscul fiind de a avea un punctaj mai mic la tehnic, dar mai mare la financiar, în cazul alegerii unor posturi cu tarife mici, dar audiență mai scăzută.

În ceea ce privește motivația decalării termenului de depunere a ofertelor, autoritatea nu consideră că suspendarea procedurii de atribuire, într-o anumită perioadă, a afectat posibilitatea ofertantului de a prospecta piața în vederea elaborării ulterioare a ofertei.

În final, se menționează că, prin constituirea garanției de participare și depunerea ofertei, rezultă că S.C. ▪ S.R.L. și-a însușit prevederile documentației de atribuire și a fost de acord cu acestea, în caz contrar aceasta având posibilitatea de a contesta anterior depunerii ofertei.

Analizând actele existente la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarele:

- a inițiat, în calitate de autoritate contractantă, procedura de licitație deschisă organizată în vederea atribuirii contractului de achiziție publică având ca obiect „campanie de promovare a Programului Operațional Sectorial «Mediu» - exemple de bune practici” - lotul I „Creație”, prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr. ▪/▪.11.2010. Drept criteriu de atribuire a fost stabilit “oferta cea mai avantajoasă din punct de vedere economic”. Valoarea estimată a contractului menționată și în cadrul anunțului de participare este de 4.665.200 lei.

Data limită de depunere a ofertelor a fost stabilită pentru 15.12.2010, ora 16.00, urmând ca deschiderea ofertelor să aibă loc în 06.01.2011, la ora 18.00.

S.C. ▪ S.R.L. a depus contestația înregistrată la CNSC cu nr. ▪/21.12.2010, solicitând anularea procedurii de atribuire pentru lotul II „Difuzare”, deoarece având în vedere răspunsurile la clarificări și modul de atribuire a punctajului tehnic și financiar prevăzut în documentația de atribuire nu se poate face o evaluare tehnico-economică obiectivă.

Consiliul constată că prin contestație sunt atacate răspunsurile la solicitările de clarificări postate în SEAP la data de ▪.12.2010 cu nr.

•/09.12.2010, fiind apreciat că autoritatea contractantă nu a eliminat anumiți factori de ambiguitate și că nu este asigurat un tratament egal operatorilor economici în ceea ce privește evaluarea ofertelor.

Fiind atacate prevederile documentației de atribuire, cu modificările aduse prin răspunsurile la solicitările de clarificări, Consiliul reține existența a două situații, respectiv o primă situație privind faptul că sunt atacate prevederi ale documentației de atribuire ce nu au fost modificate prin adresa de clarificări nr. •/09.12.2010 și o a doua situație, legată de prevederi ale documentației ce au fost modificate prin adresa de clarificări menționate.

În ceea ce privește criticile aduse prevederilor documentației de atribuire menținute de autoritatea contractantă și în urma clarificărilor aduse (răspunsul la întrebarea nr. 1), Consiliul constată tardivitatea acestora, deoarece potrivit art. 256<sup>2</sup> alin. (2) din OUG nr. 34/2006 data luării la cunoștință este data publicării documentației de atribuire în SEAP, respectiv •.11.2010. Astfel, depunerea contestației la data de 20.12.2010 (data înscrisă pe plicul de expediere al contestației transmisă prin Prioripost) este cu mult în afara termenului prevăzut la alin. (1) lit. a) al aceluiași articol din ordonanță. Solicitarea de clarificări nu prelungește termenul de depunere a contestației atâta timp cât clarificările aduse mențin, explică, completează prin detalieri sau confirmă cerințele documentației de atribuire fără a aduce modificări acesteia.

Referitor la prevederile documentației de atribuire modificate prin adresa de clarificări nr. •/09.12.2010, respectiv răspunsul la întrebarea nr. 5, legat de modul de realizare al panotajului, Consiliul nu le poate reține apre analiză, având în vedere că petenta a depus o ofertă „valabilă” conform propriilor afirmații.

Operatorii economici interesați în participarea la procedura de atribuire au obligația întocmirii ofertelor cu respectarea prevederilor art. 170 din OUG nr. 34/2006. Neatacarea prevederilor documentației de atribuire mai înainte de data limită de depunere a ofertelor consolidează forța obligatorie a cerințelor documentației respective, prin participarea la procedura de atribuire, respectiv depunerea unei oferte, contestatoarea acceptând implicit documentația de atribuire cu toate modificările și completările aduse.

Contestarea răspunsurilor la solicitările de clarificări ale documentației de atribuire la data de 20.12.2010, ulterior depunerii ofertei de către S.C. • S.R.L., la data de 15.12.2010, este lipsită de finalitate, fiind evident că ulterior depunerii ofertelor nu mai pot fi aduse modificări documentației de atribuire. În același timp trebuie menționat faptul că dacă într-adevăr petenta considera că răspunsurile contestate îi aduc vreun prejudiciu, atunci avea posibilitatea de a le ataca în intervalul scurs după data publicării acestora, respectiv 09.12.2010 și până la data limită de depunere a ofertelor, anume 15.12.2010. Contestatoarea, deși avea obligația de a depune o minimă diligență și să atace aceste răspunsuri mai înainte de data limită de depunere a ofertelor pentru a permite dacă era cazul eventuale remedieri, a acceptat documentația de atribuire întocmită de autoritatea contractantă și a depus ofertă, iar

ulterior după 5 zile, a atacat documentația pe care trebuia să o respecte întocmai la elaborarea ofertei conform art. 170 din OUG nr. 34/2006. Nu pot fi atacate prevederi ale documentației de atribuire după ce acestea au fost însușite și asumate prin depunerea unei oferte, motiv pentru care criticile în cauză nu vor fi reținute spre analiză.

Prin întocmirea și depunerea propriei oferte în baza documentației primite de la autoritate reclamată, petenta a acceptat tacit și a dat eficiență tuturor clauzelor din respectiva documentație, inclusiv a celor pe care acum le contestă, iar invocarea la această dată a nelegalității ei evidențiază o conduită procesuală abuzivă din partea ofertantei, fundamentată pe eludarea exercitării cu bună credință a dreptului de a ataca prin contestație actele considerate nelegale.

Neintervenind pe durata derulării procedurii, o eventuală contestare a prevederilor documentației de atribuire, la acest moment, nu poate fi interpretată altfel decât prin prisma art. 723 C. proc. civ. ("Drepturile procedurale trebuie exercitate cu bună-credință și potrivit scopului în vederea căruia au fost recunoscute de lege. Partea care folosește aceste drepturi în chip abuziv răspunde pentru pagubele pricinuite.") și a prevederilor Decretului nr. 31/1954 privitor la persoanele fizice și persoanele juridice.

Pe de altă parte, anularea actualei proceduri nu îi aduce contestatoarei niciun folos practic.

Pentru toate aceste motive, Consiliul va respinge solicitarea petentei de anulare a procedurii de atribuire pentru lotul II „Difuzare” ca netemeinică.

În baza art. 278 alin. (5) din OUG nr. 34/2006, Consiliul respinge ca nefondată contestația depusă de S.C. ▪ S.R.L., în contradictoriu cu ▪

**PREȘEDINTE COMPLET,**

▪

**MEMBRU,**

▪

**MEMBRU,**

▪

Redactată în 3 exemplare originale, conține 6 (șase) file.