

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 înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr..., depusă de..., cu sediul în str.... nr..., satul..., comuna....., CUI..., număr de înregistrare în... J2..., reprezentată legal de..., domnul... - administrator, și convențional de domnul... - avocat, „...” Cabinet de Avocat, cu sediu profesional în str.... nr....., apart..., sectorul....., ales pentru comunicarea actelor, privind procedura de licitație deschisă pentru atribuirea contractului de furnizare contoare turbină cu poziția de funcționare orizontală, cod CPV principal..., cu data-limită de depunere a ofertelor..., anunț de participare nr..., organizată de... de... „Transgaz” S.A., cu sediul în Piața..... Motaș nr....., în calitate de entitate contractantă, contestatoarea a solicitat anularea admiterii ofertei... și obligarea „autorității” la reevaluarea ei, precum și la acoperirea cheltuielilor de „judecată”.

**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 ofertantul... reclamă decizia entității contractante... de... „Transgaz” SA de declarare câștigătoare a ofertei..., în cadrul procedurii de atribuire menționată în partea introductivă, învederând în motivare că respectiva ofertă trebuia respinsă, ca neconformă, întrucât nu îndeplinește anumite specificații tehnice enumerate în caietul de sarcini. Motivarea integrală a contestației se regăsește în fișierul „[CN1... /...36] CONTESTATIE-semnat.pdf.p7m”, postat de entitate în SEAP la..., *în cadrul documentelor asociate anunțului de participare nr....* Reproducerea în cuprinsul deciziei a ansamblului motivării nu se justifică, din moment ce întreaga contestație poate fi vizualizată liber și gratuit în SEAP de către orice persoană interesată. Sintetizarea de mai sus nu prejudiciază nici părțile și nici terții, din moment ce oricine are la

dispoziție spre vizualizare și descărcare, prin intermediul SEAP, întreaga contestație. Desigur, motivarea completă va fi avută în vedere de membrii completului la adoptarea soluției.

În punctul său de vedere nr.... asupra contestației, înregistrat la Consiliu cu nr..., entitatea contractantă susține în apărare că oferta... respectă cerințele caietului de sarcini, care nu conține nicio prevedere expresă ce impune identitatea intervalelor de temperatură între diferitele certificări și nici corelarea formală a acestora, iar comisia de evaluare a constatat că ofertantul a răspuns tuturor cerințelor solicitate, motiv pentru care nu a considerat necesară solicitarea de clarificări sau depunerea paginii secunde din certificatul „PED”. Punctul de vedere se regăsește în fișierul „[CN1... /...37]...-semnat.pdf.p7m”, postat de entitate în SEAP la..., în cadrul documentelor asociate anunțului de participare.

La..., în replică la punctul de vedere al entității contractante... a transmis concluziile scrise înregistrate la Consiliu cu nr..., precizând că certificatele MID (Directiva privind mijloacele de măsurare) și PED sunt indisolubil legate și că temperatura este un element esențial în certificare. Separarea cerințelor este lipsită de fundament, manualul este o declarație a producătorului, iar certificarea dovada conformității.

Din examinarea coroborată a materialului probator administrat, aflat la dosarul cauzei, după verificarea din oficiu a competenței generale, materiale și teritoriale, potrivit art. 131 alin. (1) C. proc. civ., și după deliberare, Consiliul reține că, prin anunțul de participare nr..., publicat în... de... - SEAP la..., entitatea contractantă... de... „Transgaz” SA a inițiat o procedură de licitație deschisă online în vederea procurării a 126 de contoare cu turbină cu funcționare orizontală, estimate valoric la..., fără TVA. Documentația de atribuire a fost postată pe portalul SEAP la..., alături de anunțul de invitare la competiție.

La procedură s-au prezentat..., a cărei ofertă, cu prețul de..., fără TVA, a fost clasată pe locul secund, și..., a cărei ofertă a fost desemnată câștigătoare, cu prețul de..., fără TVA, prin raportul procedurii nr.... Împotriva acestui rezultat, pentru motivele evocate succint mai sus... a investit Consiliul, în termenul legal, cu soluționarea contestației care formează obiectul prezentei cauze, premisă a controlului administrativ-jurisdicțional. Cauțiunea aferentă, în valoare de..., a fost constituită prin recipisa de consemnare nr..., emisă de..., Sucursala..., la data de....

Entitatea a postat în SEAP nu doar contestația, ci și punctul de vedere asupra ei, exemplu meritoriu de bună practică și de transparență, demn de urmat de toate entitățile și autoritățile contractante (în acest sens, a se vedea recomandarea Consiliului disponibilă la adresa <http://www.cnscl.ro/recomandare-transmitere-a-dosarului-achizitiei-publice/>).

Forul administrativ de jurisdicție apreciază că, în ecuația diferendului de față, esențiale sunt clauzele caietului de sarcini, la care urmează a fi efectuată raportarea ofertei... din perspectiva conformității

tehnice, clauze potrivit cărora contoarele trebuiau să aibă următoarele caracteristici, printre altele:

- temperatura mediului: min. - 25°C ÷ max. +55°C;
- temperatura gazului: - 25°C ÷ +50°C.

Entitatea contractantă a pus la dispoziția viitorilor ofertanți, în SEAP, un formular specific - „*FORMULAR DE PROPUNERE TEHNICĂ... DIN CAIETUL DE SARCINI CONTOARE CU TURBINĂ CU POZIȚIA DE FUNCȚIONARE ORIZONTALĂ*”, fișier „[CN1... /...08] Formular propunere tehnica_contoare cu turbina-semnat.docx.p7m”, potrivit căruia:

Nr. Crt.	Cerința minimă din caietul de sarcini	Informații prezentate de către ofertant pentru demonstrarea îndeplinirii cerinței minime din caietul de sarcini
	[...]	
14.	sw.... Temperatura mediului: - min: -25 °C - max: +55 °C Referința: cerința se regăsește la articolul s2. Caracteristici tehnice pag. 3 din caietul de sarcini	Ofertantul va descrie în mod concret și în nume propriu modalitatea de îndeplinire a cerinței din caietul de sarcini
15.	s.... Temperatura gazului: -25°C ÷ +50°C Referința: cerința se regăsește la articolul s2. Caracteristici tehnice pag. 3. din caietul de sarcini	Ofertantul va descrie în mod concret și în nume propriu modalitatea de îndeplinire a cerinței din caietul de sarcini

Așadar, entitatea a stabilit ca fiind suficientă descrierea de către ofertanți „în mod concret și în nume propriu” a modalității de îndeplinire a cerințelor, nefiind impusă acestora obligația aducerii a anumitor certificări privind plaja temperaturilor de funcționare. În acest sens este și apărarea Transgaz, care afirmă în punctul de vedere că a fost impus „*un interval de funcționare pentru echipament (temperatură gaz și temperatură mediu) fără a specifica un document anume din care să rezulte îndeplinirea cerinței*”, adăugând (evidențierile aparțin entității):

[...] afirmația contestatarului conform căreia "comisia de evaluare nu a observat că ofertantul SMARECH nu a făcut dovada existenței certificatului PED pentru temperatura de -25°C, împrejurare față de care nu a solicitat operatorului economic să depună clarificări și nici fila 2 din certificatul PED", **este lipsită de fundament deoarece, prin documentatia de atribuire nu s-a solicitat decât dovada conformității cu legislația aplicabilă și nicidecum identificarea în cadrul acestui document a intervalului de temperatură.**

Documentatia de atribuire nu contine nicio prevedere expresă care să impună identitatea intervalelor de temperatură între diferitele certificări și nici corelarea formală a acestora în sensul susținut de contestatar.

[...] afirmația potrivit căreia „toate cele 3 tipuri de certificare trebuie să aibă în vedere această cerință esențială de securitate”, nu are suport nici în legislația aplicabilă, nici în documentația de atribuire, **în caietul de sarcini neexistând cerințe stipulate în acest sens.**

Cerința privind intervalul de temperatură vizează conservarea performanțelor metrologice ale echipamentului în exploatare, iar nu structura sau conținutul fiecărei certificări în parte. A interpreta în sens contrar ar echivala cu introducerea unor cerințe suplimentare față de cele prevăzute inițial în documentația de atribuire, contrar principiilor transparenței și tratamentului egal.

Diferențele dintre intervalele de temperatură declarate în cadrul certificărilor MID și PED reflectă natura distinctă a acestor reglementări și nu constituie o neconformitate.

În absența unei prevederi exprese în documentația de atribuire care să impună identitatea acestor intervale, contestația formulată este neîntemeiată.

Este subînțeles că, fiind beneficiara produselor ce fac obiectul achiziției și pe care urmează a le exploata, precum și autoarea caietului de sarcini, entitatea contractantă organizatoare este cea mai în măsură să cunoască propriile necesități și adecvarea contoarelor la acestea prin prisma compliancei cu specificațiile impuse în caiet.

Este extrem de important a se observa că niciunul dintre ofertanți nu este ținut să facă dovada respectării unor cerințe care nu erau prevăzute în documentația de atribuire. Obligația de transparență are ca scop în special să garanteze că este înlăturat riscul de arbitrar din partea autorității/entității contractante (... de Justiție a... în cauza... și alții, C-599/10...: C:....., punctul 25, precum și jurisprudența acolo citată). Principiul egalității de tratament și *obligația de transparență interzic autorității contractante să respingă o ofertă care îndeplinește cerințele prevăzute în cererea de ofertă pe baza unor motive care nu au fost prevăzute în cererea de ofertă menționată (... C-6/05...: C: 2007:..., punctul 54)*. Deosebit de relevantă este concluzia pe care aceeași instanță de la Luxemburg a statuat-o în Hotărârea din 16 aprilie.....: C:....: 228, cauza C-...8/14, având ca obiect o cerere de decizie preliminară formulată de... Iulia, în procedura... împotriva... de...:

Articolul 23 alineatul (8) din Directiva.../18/CE a... și a Consiliului din 31 martie... privind coordonarea procedurilor de atribuire a contractelor de achiziții publice de lucrări, de bunuri și de servicii, astfel cum a fost modificată prin Regulamentul (UE) nr....251/... al Comisiei din 30 noiembrie..., nu este aplicabil unui contract de achiziții publice a cărui valoare nu atinge pragul de aplicabilitate prevăzut de această directivă. În cadrul unui contract de achiziții publice care nu intră sub incidența directivei menționate, dar care prezintă un interes transfrontalier cert, aspect a cărui verificare este de competența instanței de trimitere, normele fundamentale și principiile generale ale..., în special principiile egalității de tratament și nediscriminării, precum și obligația de transparență care rezultă din acestea trebuie interpretate în sensul că autoritatea contractantă nu poate **respinge o ofertă care îndeplinește cerințele anunțului de participare pe baza unor motive care nu sunt prevăzute în anunțul menționat.**

Din jurisprudența Curții rezultă de asemenea că, în principiu, entitatea contractantă nu poate modifica în cursul procedurii de atribuire conținutul condițiilor esențiale ale contractului, printre care figurează

specificațiile tehnice, precum și criteriile de atribuire, pe care s-

au întemeiat în mod legitim operatorii economici interesați pentru a adopta decizia de pregătire a prezentării unei oferte sau, dimpotrivă, pentru a renunța la participarea la procedura de atribuire a contractului în cauză (a se vedea în acest sens Hotărârea din 5 aprilie....., C-298/15...: C:....: 266, punctul 70, Hotărârea din 10 mai..., Comisia/Țările de Jos, C-368/10...: C:....: 284, punctul 55, și Hotărârea din 16 aprilie....., C-...8/14...: C:....: 228, punctele...-29).

Și raționamentul Curții din Hotărârea din 26 ianuarie....., C-403/21...: C:...: 47, din care cităm (extras), poate fi valorificat, prin analogie (în loc de criterii de calificare se va face trimitere la specificații tehnice):

59. Prin intermediul primei întrebări, instanța de trimitere solicită în esență să se stabilească dacă articolul 58 din Directiva 2014/24 coroborat cu principiile proporționalității și transparenței garantate la articolul 18 alineatul (1) primul paragraf din această directivă trebuie interpretat în sensul că autoritatea contractantă are posibilitatea de a impune drept criterii de selecție obligații **rezultate din reglementări speciale aplicabile unor activități care sunt susceptibile să trebuiască să fie realizate în cadrul executării unui contract de achiziții publice** și care nu au o importanță semnificativă.

.... **Fiind cel mai bine plasată pentru a evalua propriile nevoi, autorității**

contractante i s-a recunoscut de către legiuitorul Uniunii o largă putere de apreciere

cu ocazia stabilirii criteriilor de selecție, fapt demonstrat în special de utilizarea recurentă a verbului „a putea” la articolul 58 din Directiva 2014/24. Astfel, în conformitate cu alineatul (1) al acestui articol, aceasta beneficiază de o anumită marjă de apreciere pentru definirea condițiilor de participare la o procedură de atribuire a unui contract pe care le consideră ca având legătură și fiind proporționale cu obiectul contractului și de natură să garanteze că un candidat sau un ofertant dispune de capacitate juridică și financiară, precum și de competențele tehnice și profesionale necesare pentru executarea contractului care urmează să fie atribuit. Mai precis, potrivit alineatului (4) al articolului menționat, autoritatea contractantă apreciază în mod liber condițiile de participare pe care le consideră proprii, din punctul său de vedere, pentru a garanta în special executarea contractului la un nivel de calitate pe care îl estimează ca adecvat (Hotărârea din 31 martie..., Smetna palata na..., C-...5/21...: C:...: 239, punctul 50).

61. În exercitarea acestei largi puteri de apreciere, autoritatea contractantă poate

decide să includă, printre criteriile de selecție menționate într-un anunț de participare sau într-

un caiet de sarcini, obligații rezultate din reglementări speciale aplicabile unor activități care sunt susceptibile să trebuiască să fie realizate în cadrul executării unui contract de achiziții publice și care nu au o importanță semnificativă.

62. Invers, **autoritatea contractantă poate utiliza deopotrivă această largă putere de apreciere pentru a considera că nu este necesar ca aceste obligații să**

figureze printre criteriile de selecție. O atare alegere s-ar putea explica în special prin

faptul că obligațiile respective nu au o importanță semnificativă sau prin caracterul eventual al realizării activităților cărora li se aplică obligațiile în cauză. Autoritatea contractantă ar putea prefera de asemenea să menționeze aceleași obligații în cadrul condițiilor de executare a contractului pentru a nu impune respectarea acestora decât ofertantului câștigător (a se vedea prin analogie Hotărârea din 7 septembrie..., Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras, C-9... /.....: C:...: 700, punctele 88 și 89).

63. Astfel, Directiva 2014/24 nu exclude ca cerințe tehnice să poată fi reținute în același timp ca fiind criterii de selecție care au legătură cu capacitățile tehnice și profesionale, ca specificații tehnice și/sau drept condiții de executare a contractului, în sensul articolului 58 alineatul (4), al articolului 42 și, respectiv, al articolului 70 din această directivă (Hotărârea din

7 septembrie..., Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras, C-9... /.....: C:....: 700, punctul

84). În mod reciproc, o autoritate contractantă poate decide să opteze pentru una singură dintre aceste calificări.

64. În această privință, o autoritate contractantă poate stabili, în temeiul articolului 70 din Directiva 2014/24, cerințe speciale privind executarea unui contract, cu condiția ca acestea să fie legate de obiectul contractului, în sensul articolului 67 alineatul (3) din această directivă, **și să fie indicate în invitația la procedura concurențială de ofertare sau în documentele achiziției.**

65. În plus, a constrânge ofertanții să îndeplinească toate condițiile de executare a contractului încă de la prezentarea ofertei lor constituie o cerință excesivă, care riscă să descurajeze acești operatori să participe la procedurile de achiziții publice și încalcă prin aceasta principiile proporționalității și transparenței garantate la articolul 18 alineatul (1) din

directiva menționată (Hotărârea din 8 iulie..., Sanresa, C-295/20...: C:....: 556, punctul 62).

66. În consecință, este necesar să se răspundă la prima întrebare că articolul 58 din Directiva 2014/24 coroborat cu principiile proporționalității și transparenței garantate la articolul 18 alineatul (1) primul paragraf din această directivă trebuie interpretat în sensul că autoritatea contractantă are posibilitatea de a impune drept criterii de selecție obligații rezultate din reglementări speciale aplicabile unor activități care sunt susceptibile să trebuiască să fie realizate în cadrul executării unui contract de achiziții publice și care nu au o importanță semnificativă.

Cu privire la a doua întrebare

67. Prin intermediul celei de a doua întrebări, instanța de trimitere solicită în esență să se stabilească dacă principiile proporționalității și transparenței garantate la articolul 18 alineatul (1) primul paragraf din Directiva 2014/24 trebuie interpretate în sensul că se opun ca documentele achiziției să fie completate de drept cu criterii de calificare rezultate din reglementări speciale aplicabile unor activități legate de contractul ce urmează să fie atribuit care nu au fost prevăzute în aceste documente și pe care autoritatea contractantă nu a intenționat să le impună operatorilor economici în cauză.

68. Astfel cum reiese din răspunsul dat la prima întrebare, pentru a nu a lipsi de substanță larga putere de apreciere de care dispune autoritatea contractantă pentru a stabili criteriile de selecție pe care intenționează să le impună operatorilor economici drept condiții de participare la o procedură de atribuire a unui contract de achiziții, **obligațiile rezultate din reglementări speciale aplicabile unor activități legate de un contract de achiziții publice care urmează să fie atribuit nu se pot adăuga de drept** în calitate de criterii de selecție la criteriile **menționate expres în documentele acestui contract.**

69. Prin urmare, este necesar să se răspundă la a doua întrebare că principiile proporționalității și transparenței garantate la articolul 18 alineatul (1) primul paragraf din Directiva 2014/24 trebuie interpretate în sensul că **se opun ca documentele achiziției să fie completate de drept cu criterii de calificare rezultate din reglementări speciale aplicabile unor activități legate de contractul ce urmează să fie atribuit care nu au fost prevăzute în aceste documente și pe care autoritatea contractantă nu a intenționat să le impună operatorilor economici în cauză.**

Recapitulând și concluzionând, în raport de clauzele exprese ale caietului de sarcini elaborat de Transgaz, niciunuia dintre ofertanți nu îi revenea obligația de a include în ofertă anumite certificări legate de plaja de temperaturi evocată mai sus, fiind suficiente descrierea în propunerea tehnică și asumarea prin semnătură a îndeplinirii parametrilor tehnici. În cazul ofertei..., aceasta prevede, în propunerea tehnică, între altele:

14.	sw2.11. Temperatura mediului: - min: -25 °C - max: +55 °C Referința: cerința se regăsește la articolul s2. Caracteristici tehnice pag. 3 din caietul de sarcini	s2.11. Temperatura mediului: - min: -25 °C - max: +55 °C Conform manual pag, 26, Interval de temperatura
15.	s2.12. Temperatura gazului: -25°C ÷ +50°C Referința: cerința se regăsește la articolul s2. Caracteristici tehnice pag. 3. din caietul de sarcini	s2.12. Temperatura gazului: -25°C ÷ +55° Conform manual pag, 26, Interval de temperatura

iar manualul la care se face trimitere acoperă intervalul impus.

Potrivit „...-examination...-11-MI002-PTB005, Revision 2 dated....”, Physikalisch-Technische Bundesanstalt Nationales Metrologieinstitut KBS, regăsit în propunerea tehnică:

- **Gas- und Umgebungs- und Lagerungs-temperaturbereich:**

- **Gas, ambient, and storage temperature range:**

Untere Temperaturgrenze:

-25 °C

Lower temperature limit:

-25 °C

Obere Temperaturgrenze:

+55 °C

Upper temperature limit:

+55 °C

Pe de altă parte, presupunând ipotetic că ar exista o deficiență de exprimare a entității în cadrul caietului de sarcini, ea nu poate fi interpretată decât prin prisma regulii de drept *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*, care nu îngăduie ca organizatoarea achiziției să își invoce propria neatenție, propria culpă, pentru a sancționa ofertanții. Totodată, interpretarea trebuie să fie tributară și lui *in dubio pro reo*, în sensul că echivocul profită celui obligat, nu entității.

În considerarea celor evocate, Consiliul determină că în mod legal entitatea a admis oferta... din perspectiva îndeplinirii specificațiilor tehnice în discuție, neexistând motive pentru infirmarea acestei măsuri, pentru anularea raportului procedurii prin care a fost stabilit rezultatul procedurii și nici pentru obligarea entității contractante la reevaluarea ofertelor. Astfel fiind, în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016 și în limita criticilor formulate, Consiliul va respinge ca nefondată contestația... nr...., în contradictoriu cu... de... „Transgaz” S.A., inclusiv capătul de cerere de obligare a entității la plata cheltuielilor ocazionate de soluționarea contestației, nefiind îndeplinite condițiile art. 26 alin. (9) din Legea nr. 101/2016 și ale art. 453 C. proc. civ., în sensul că societatea contestatoare nu a câștigat procesul și entitatea pârâtă nu s-a aflat în culpă.

Analiza actului atacat al entității contractante, din punctul de vedere al legalității și temeiniciei, s-a efectuat prin prisma motivelor invocate de societatea contestatoare, în acord cu principiul disponibilității care guvernează și procedura administrativ-jurisdicțională în fața Consiliului [art. 26 alin. (2) partea introductivă din legea remediilor și art. 9 alin. (2) C. proc. civ. - obiectul și limitele procesului sunt stabilite

prin cererile și apărările părților]. Cu privire la aspectele care nu au format obiectul contestației, răspunderea juridică pentru declararea câștigătoare a unei anumite oferte revine entității contractante, ținută de lege să verifice și să stabilească modul de îndeplinire de către ofertant/ofertă a tuturor cerințelor de calificare și specificațiilor tehnice stabilite în documentația de atribuire.

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

Respinge, ca nefondată, contestația... nr...., în contradictoriu cu... de... „Transgaz” S.A., inclusiv capătul de cerere de obligare a acesteia la acoperirea cheltuielilor de „judecată”.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți. Împotriva ei se poate formula plângere, în termen de zece zile.

PREȘEDINTE,

...

MEMBRU,

...

MEMBRU,

...

... în patru exemplare, conține opt pagini.