



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

Str. Stavropoleos nr. 6, sector 3, București, cod poștal 030084, România
Tel: +4 021.310.46.41 Fax: +4 021.890.07.45 și +4 021.310.46.42 www.cnsc.ro

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, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr. / /

Data:

Prin contestația înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. /, depusă de SC SRL, cu sediul în, județul, CUI, număr de înregistrare în registrul comerțului, reprezentată legal de domnul - administrator și convențional de doamna - avocat, privind procedura de licitație deschisă pentru atribuirea contractului de, cod CPV 44113610-4, cu data-limită de depunere a ofertelor 03.05....., organizată de, cu sediul în, județul, CUI, număr de înregistrare în registrul comerțului, reprezentată legal de domnul - director general, în calitate de autoritate contractantă, contestația a solicitat

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 operatorul economic SC SRL reclamă cerința: „societatea participantă la procedură trebuie să prezinte: autorizație laborator propriu sau contract colaborare laborator autorizat ISC, cel puțin gradul II, și raport de încercare privind calitatea produselor eliberat de un laborator autorizat ISC, cel puțin gradul II”, cuprinsă în caietul de sarcini elaborat de autoritatea contractantă, în cadrul procedurii de licitație

deschisă menționată în partea introductivă a prezentei decizii, învederând în motivare că respectiva cerință este nejustificată și îngreunează concurența efectivă între operatorii economici, în condițiile în care bitumul urmează a fi livrat din import și este testat de producător și de laboratoarele competente din țara de proveniență, fiecare livrare fiind însoțită de rezultatele acestor teste.

Cu încălcarea dispozițiilor art. 156 din Legea nr. 98/2016, autoritatea achizitoare nu a înscris în specificațiile tehnice mențiunea „sau echivalent”. Solicitând rapoarte de încercare privind calitatea produselor eliberate doar de un laborator autorizat de Inspectoratul de Stat în Construcții se aduce atingere dispozițiilor amintite (nu se admite prezentarea de documente, avize și autorizații echivalente). Conform art. 156 alin. (4) din lege, în cazul în care autoritatea contractantă stabilește specificațiile tehnice potrivit dispozițiilor alin. (1) lit. b), aceasta nu respinge o ofertă pe motiv că lucrările, produsele sau serviciile oferite nu sunt conforme cu specificațiile tehnice la care se face trimitere, dacă ofertantul demonstrează în oferta sa, prin orice mijloace adecvate, că soluțiile propuse îndeplinesc într-un mod echivalent cerințele definite prin specificațiile tehnice.

În notificarea prealabilă transmisă autorității s-a arătat că produsele vor fi testate de producător și de laboratoarele competente din țara de proveniență, urmând a fi însoțite de rezultatele acestor teste. Autoritatea a răspuns că aceste rezultate nu vor fi acceptate, întrucât lucrările trebuie să respecte Legea nr. 10/1995 privind calitatea în construcții și fac obiectul verificărilor Inspectoratului de Stat în Construcții. Însă, nu există nicio prevedere în Legea nr. 10/1995 de solicitare a documentelor cerute prin caietul de sarcini (*„autorizație laborator propriu sau contract colaborare laborator autorizat ISC, cel puțin gradul II, și raport de încercare privind calitatea produselor eliberat de un laborator autorizat ISC, cel puțin gradul II”*).

Mai mult, conform art. 17 și 18 din Regulamentul privind autorizarea laboratoarelor de analize și încercări în activitatea de construcții, aprobat prin Hotărârea Guvernului nr. 808/2005:

Art. 17. - Până la data aderării României la Uniunea Europeană, laboratoarele de încercări în construcții ale stațiilor de betoane și ale stațiilor de mixturi asfaltice sunt supuse cerințelor de autorizare conform prezentului regulament.

Art. 18. - După data aderării României la Uniunea Europeană, laboratoarele de încercări în construcții cu sediul în statele membre ale Uniunii Europene, care sunt autorizate de autoritățile

competente din statele respective sau dețin autorizări echivalente acestora, vor fi considerate autorizate, în sensul prezentei hotărâri, conform principiului recunoașterii reciproce.

Astfel, din moment ce bitumul care urmează a fi livrat este testat de un laborator autorizat într-o țară membră a Uniunii Europene, este nelegală solicitarea autorității contractante de a autoriza același produs și de către un laborator autorizat de Inspectoratul de Stat în Construcții, context în care cerința este nelegală și trebuie eliminată din caietul de sarcini.

Pe de altă parte, bitumul nu este supus regulamentului antemenționat, ci intră în sfera de aplicare a Hotărârii Guvernului nr. 622/2004 privind stabilirea condițiilor de introducere pe piață a produselor pentru construcții, motiv suplimentar pentru care „nu trebuie să fie testat și autorizat de un laborator autorizat ISC”. Cât timp poartă marcajul CE, beneficiază de prezumția instituită de art. 4 din Hotărârea Guvernului nr. 622/2004, că este adecvat pentru utilizare.

Luând în considerare aceste argumente, susținute atât de Legea nr. 10/1995, cât și de legislația conexasă din domeniul construcțiilor, coroborate cu prevederile art. 156 din Legea nr. 98/2016, cerința criticată este nelegală și trebuie eliminată din caietul de sarcini.

Art. 158 din Legea nr. 98/2016 prevede posibilitatea operatorului economic de a prezenta certificate echivalente, emise de organisme de evaluare a conformității.

În punctul său de vedere nr. 6562/19.04..... asupra contestației, înregistrat la Consiliu cu nr. 14471/19.04....., autoritatea contractantă susține, în apărare, că bitumul solicitat, deși este de producție externă, trebuie să respecte calitatea necesară, care poate fi dovedită prin verificări efectuate în laboratoare autorizate în acest sens. Deoarece toți furnizorii de bitum sunt intermediari, nu producători, prin cerința atacată se dorește confirmarea calității produsului potrivit Legii nr. 10/1995, art. 25 (utilizarea în execuția lucrărilor numai a produselor și a procedeelelor prevăzute în proiect, certificate sau pentru care există agremente tehnice, care conduc la realizarea cerințelor, precum și gestionarea probelor-martor, înlocuirea produselor și a procedeelelor prevăzute în proiect cu altele care îndeplinesc condițiile precizate și numai pe baza soluțiilor stabilite de proiectanți cu acordul investitorului).

Conform art. 158 alin (1) din Legea nr. 98/2016, autoritatea are dreptul de a solicita operatorilor economici să furnizeze un raport de încercare eliberat de un organism de evaluare a conformității, ceea ce a și făcut prin solicitarea raportului de

încercare privind calitatea produselor eliberat de un laborator „autorizat ISC, cel puțin gr. II”, cu respectarea art. 21 alin (2) din Legea nr. 10/1995 (Inspectoratul de Stat în Construcții organizează autorizarea laboratoarelor de analize și încercări).

Regia achizitoare fiind aceea care execută lucrările de punere în operă a mixturilor asfaltice la care se folosește bitumul rutier D50/70, în baza Legii nr. 10/1995 îi revine și obligația remedierii, pe propria cheltuială, a defectelor calitative apărute din vina sa, atât în perioada de execuție, cât și în perioada de garanție stabilită potrivit legii. Autoritatea vrea să se asigure că produsul oferit corespunde cerințelor de calitate solicitate.

În replică la punctul de vedere exprimat de autoritate, SC SRL a formulat concluziile scrise înregistrate la Consiliu cu nr. 15242/24.04....., în care reafirmă că nu va oferta produse neverificate sau netestate. Bitumul, care urmează a fi livrat, este testat de laboratoare autorizate ale producătorului, laboratoare autorizate de organisme certificate în țara de proveniență, și marcat cu agrementul tehnic european CE. Autoritatea dorește, în mod artificial, nelegal și abuziv, să reducă numărul potențialilor ofertanți, permițând participarea doar celor care au produse testate în România, de laboratoare „avizate ISC”.

Art. 25 lit. f) din Legea nr. 10/1995 nu are nicio legătură cu specificațiile tehnice privind testarea produsului de un laborator „autorizat ISC”. Inspecțiile și testele laboratoarelor autorizate ale producătorului sunt suficiente din punct de vedere legal, raportat la prevederile Legii nr. 10/1995, pentru a dovedi certificarea și calitatea bitumului.

În baza art. 158 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, în cazul în care autoritatea solicită prezentarea unor certificate emise de un anumit organism de evaluare a conformității, trebuie să accepte și certificate echivalente, emise de alte organisme de evaluare a conformității.

Bitumul oferit, fiind testat și verificat de un laborator autorizat al producătorului, va putea fi pus în operă în mixturile asfaltice la care se folosește.

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 Sistemul Electronic de Achiziții Publice – SEAP la, autoritatea contractantă a inițiat o licitație deschisă online în vederea achiziționării a 3.000 de tone

bitum rutier neparafinos tip D 50/70, estimate valoric la 5.100.000 lei, fără TVA. Documentația de atribuire a fost postată în SEAP la, alături de anunțul de participare. Ulterior consultării acestei documentații, considerând că cerința multiplă din caietul de sarcini:

„Societatea participantă la procedură trebuie să prezinte

- autorizație laborator propriu sau contract colaborare laborator autorizat ISC, cel puțin gradul II

[...]

- raport de încercare privind calitatea produselor eliberat de un laborator autorizat ISC, cel puțin gradul II”,

impusă de autoritatea achizitoare, este restrictivă și contravine dispozițiilor legale, SC SRL a atacat-o în termenul legal la autoritate, prin intermediul notificării prealabile nr. DER33/03.04....., în urma căreia a primit răspunsul nr. 5716/04.04....., în sensul că nu vor fi adoptate măsuri de remediere a caietului de sarcini. Primind acest răspuns, societatea notificantă a reacționat prin formularea contestației care formează obiectul prezentei cauze la Consiliu, la data de, în interiorul termenului legal de contestare.

Asupra aspectelor sesizate de reclamantă, a cărei denumire corectă este SC SRL, Consiliul constată că argumentul prin care autoritatea combate poziția reclamantei se limitează, în esență, la nevoia de asigurare a calității bitumului conform Legii nr. 10/1995 privind calitatea în construcții, republicată. Dintr-o altă perspectivă, Consiliul observă că nu a fixat, în cele două pagini ale caietului de sarcini, cerințe calitative concrete pe care să se sprijine decizia sa de a accepta la licitație doar societăți cu laborator propriu autorizat sau contract de colaborare cu un laborator autorizat „ISC” și raport de încercare privind calitatea produselor eliberat de un laborator autorizat „ISC”, cel puțin gradul II. Nici autorizarea laboratorului de către „ISC” și nici existența unui raport de încercare nu sunt, eo ipso, de natură a asigura un anumit nivel de calitate a bitumului. Calitatea inferioară sau superioară a bitumului nu depinde de autorizarea laboratorului care îl testează și nici de raportul de încercare (acest raport poate proba [și] o calitate slabă a bitumului, indiferent de cine îl emite).

Astfel cum a stabilit și introdus în caiet caracteristicile tehnice din tabelul următor, regia ar fi putut identifica și prevedea cerințele de calitate dorite.

	Caracteristici	UM	Valoarea prevăzută
1.	Punct de înmuiere - inel si bila	°C	min. 46 – max. 54
2.	Penetratia	1/10 mm	min. 50 – max. 70
3.	Punct de rupere Frass	°C	max. -8

4.	Punct de inflamabilitate	°C	min. 230
5.	Solubilitate în solvenți organici	%	min. 99
6.	Densitate la 15°C	g/rnl	min. 1
7.	Adezivitatea față de agregatele naturale	%	min. 80

Astfel fiind, pretextul introducerii cerinței criticate din perspectiva asigurării unui anumit nivel calitativ al bitumului nu subzistă, iar, prin prisma limitării laboratoarelor doar la cele autorizate de „ISC”, concluzia care poate fi trasă este că cerința în discuție exclude accesul la procedură al operatorilor economici care, deși furnizează bitum rutier în mod legal pe piața de profil, nu dețin laborator propriu sau contract cu un laborator terț autorizat „ISC” și nici rapoarte de încercare de la un laborator autorizat „ISC”.

După cum însăși regia recunoaște în punctul său de vedere nr. 6562/19.04....., bitumul solicitat este de producție externă, iar furnizorii [din România] sunt intermediari, nu producători. Principiul recunoașterii reciproce obligă autoritatea să accepte la procedură și ofertanții care dețin laboratoare proprii sau contracte cu terțe laboratoare care nu sunt autorizate de „ISC”, ci de autoritățile competente din statele unde sunt situate, respectiv care dețin autorizări echivalente. Aceeași observație se impune și față de cerința prezentării de rapoarte de încercare privind calitatea produselor eliberate de un laborator autorizat „ISC”. Derogarea de la principiul recunoașterii reciproce încalcă nu doar legislația internă pe linie de achiziție publică, ci și dreptul Uniunii Europene privind libera circulație a mărfurilor. Potrivit principiului recunoașterii reciproce, în cazul în care un produs a fost fabricat și/sau comercializat în mod legal într-un stat membru, atunci alte state membre trebuie, ca regulă generală, să accepte importul acestui produs pe teritoriul lor.

Legea nr. 10/1995 nu interzice comercializarea pe teritoriul României a produselor testate de laboratoare autorizate să funcționeze legal în alte state. Cu titlu de cerințe generale pentru competența laboratoarelor de încercări și etalonări sunt SR EN ISO CEI 17025:2005 și SR EN ISO CEI 17025:2005/AC:2007 (Procedura privind evaluarea laboratoarelor de analiză și încercări în activitatea de construcții în vederea autorizării, aprobată prin Ordinul ministrului dezvoltării regionale și turismului nr. 1.497/2011), cerințe care pot fi îndeplinite și de laboratoare de analize și încercări în construcții autorizate de organismele abilitate din alte state, nu doar de către Inspectoratul de Stat în Construcții din România.

Sunt exceptate de la prevederile procedurii aprobate prin Ordinul nr. 1.497/2011 laboratoarele de încercări reglementate potrivit Regulamentului (CE) nr. 765/2008 al Parlamentului

European și al Consiliului din 9 iulie 2008 de stabilire a cerințelor de acreditare și de supraveghere a pieței în ceea ce privește comercializarea produselor și de abrogare a Regulamentului (CEE) nr. 339/1993 și potrivit prevederilor Hotărârii Guvernului nr. 622/2004 privind stabilirea condițiilor de introducere pe piață a produselor pentru construcții, republicată, cu modificările și completările ulterioare.

Pe de altă parte, conform art. 18 din Regulamentul privind autorizarea laboratoarelor de analize și încercări în activitatea de construcții, aprobat prin Hotărârea Guvernului nr. 808/2005, după data aderării României la Uniunea Europeană, laboratoarele de încercări în construcții cu sediul în statele membre ale Uniunii Europene, care sunt autorizate de autoritățile competente din statele respective sau dețin autorizări echivalente acestora, vor fi considerate autorizate, în sensul hotărârii, conform principiului recunoașterii reciproce.

Art. 41 din Legea nr. 10/1995 prescrie: (1) Regulamentele cu privire la componentele sistemului calității în construcții se elaborează de Ministerul Dezvoltării Regionale și Administrației Publice și se aprobă prin hotărâri ale Guvernului. (2) Procedurile pentru aplicarea regulamentelor prevăzute la alin. (1) și, după caz, instrucțiuni în aplicarea acestora se aprobă prin ordin al ministrului dezvoltării regionale și administrației publice.

În atare context, la modul cum este redactată în prezent, cerința atacată se vedește a fi discreționară și nelegală, aducând atingere prevederilor art. 155 alin. (6) din Legea nr. 98/2016, conform cărora specificațiile tehnice trebuie să permită tuturor operatorilor economici accesul egal la procedura de atribuire și nu trebuie să aibă ca efect introducerea unor obstacole nejustificate față de asigurarea unei concurențe efective între operatorii economici.

Într-adevăr, după cum a statuat și Curtea de Apel București, Secția a VIII-a de contencios administrativ și fiscal, în decizia civilă nr. 2762 din 11 decembrie 2008, raportat la nevoile sale, autoritatea este singura în măsură să decidă asupra acestora și asupra modalității de satisfacere a lor, însă această decizie nu trebuie să aibă ca efect introducerea unor obstacole nejustificate, de natură a restrânge concurența între agenții economici, întrucât s-ar aduce atingere principiilor care stau la baza atribuirii contractului de achiziție publică – nediscriminarea și tratamentul egal.

Întrucât autoritatea cumpărătoare nu a prezentat documente și argumente relevante care să îi acorde dreptul de a interzice participarea furnizorilor ale căror laboratoare nu sunt autorizate de „ISC”, respectiv care dețin rapoarte de încercare eliberate de

laboratoare care nu sunt autorizate de „ISC”, ci de laboratoare autorizate de autoritățile competente din alte state sau care dețin autorizări echivalente, prin cerința în dezbatere autoritatea a încălcat și prescripțiile art. 2 alin. (2) lit. a) și b) din legea achizițiilor publice. Scopul noii legislații privind achizițiile publice este de promovare a concurenței între operatorii economici, inclusiv prin eliminarea obstacolelor nejustificate, cum este cerința expusă în cauza de față. A fost restrâns în acest fel numărul operatorilor economici care pot participa la procedură. Din perspectiva legii privind achizițiile publice, prin nediscriminare se înțelege asigurarea condițiilor de manifestare a concurenței reale pentru ca oricare operator economic, indiferent de naționalitate, să poată participa la procedura de atribuire și să aibă șansa de a deveni contractant, iar prin tratament egal se înțelege stabilirea și aplicarea, oricând pe parcursul procedurii de atribuire, de reguli, cerințe și criterii identice pentru toți operatorii economici, astfel încât aceștia să beneficieze de șanse egale de a deveni contractanți.

Neacceptarea laboratoarelor și rapoartelor de încercare recunoscute în alte state reprezintă, în mod evident, un obstacol nejustificat, în cauza de față. În contextul în care conformitatea tehnică și calitatea bitumului nu este afectată în vreun fel de autorizarea sau nu a laboratorului de încercări doar de către „ISC”, Consiliul determină că autoritatea contractantă trebuie să remedieze cerința, în sensul acceptării laboratoarelor specializate autorizate de organisme competente din alte state sau care dețin autorizări echivalente.

Cerința nu poate fi eliminată întrucât, indiferent de prescripțiile Hotărârii Guvernului nr. 622/2004 sau ale Regulamentului (UE) nr. 305/2011 al Parlamentului European și al Consiliului din 9 martie 2011 de stabilire a unor condiții armonizate pentru comercializarea produselor pentru construcții și de abrogare a Directivei 89/106/CEE a Consiliului, nu i se poate interzice autorității cumpărătoare să ceară testarea corespunzătoare a produsului pe care urmează să îl cumpere, testare relevantă, fără îndoială, pentru buna execuție a contractului și punerea în operă a produsului de către regia autonomă. De altminteri, însăși contestatoarea afirmă că produsele pe care intenționează să le livreze vor fi testate de laboratoare „autorizate și competente” din țara de proveniență. Chiar dacă bitumul rutier prezintă agrement tehnic, marcaj CE și declarație de conformitate, autoritatea cumpărătoare poate cere societății care îl comercializează testări punctuale suplimentare.

Autoritatea contractantă trebuie să definească specificațiile tehnice astfel încât să corespundă necesităților sale, dar, în același timp, în stabilirea caracteristicilor produselor, trebuie să se țină seama de principiile amintite și de aspectul că nu trebuie să fie limitată participarea la procedura de atribuire a operatorilor economici din alte state sau ai căror furnizori sunt din alte state.

Principiul egalității de tratament interzice nu numai discriminările evidente, ci și orice forme disimulate de discriminare care, prin aplicarea altor criterii de diferențiere, conduc în fapt la același rezultat [Hotărârea din 5 decembrie 1989, Comisia/Italia

(C-3/88, EU:C:1989:606, punctul 8), Hotărârea din 26 septembrie

2000, Comisia/Franța (C-225/98, EU:C:2000:494, punctul 80),

Hotărârea din 21 februarie 2008, Comisia/Italia (C-412/04,

EU:C:2008:102, punctul 66), și Hotărârea din 17 iulie 2008, ASM

Brescia (C-347/06, EU:C:2008:416, punctul 60), hotărâri

pronunțate de Curtea Europeană de Justiție). Or, o clauză care impune ca laboratorul de încercări să fie autorizat doar de către „ISC” riscă să acționeze în defavoarea operatorilor economici din alte state, în măsura în care acestora le este asigurat accesul la laboratoarele autorizate în statele de origine, iar efectul scontat de achiziitoare este același.

Raportat la ansamblul celor ce preced, în baza art. 26 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite contestația SC SRL nr./....., în contradictoriu cu, pe care o va obliga să posteze în SEAP măsurile de remediere care decurg din considerentele prezentei decizii. Actul de remediere va fi adus la cunoștința operatorilor economici de către autoritatea contractantă, prin publicarea lui în Sistemul Electronic de Achiziții Publice, de îndată ce va fi adoptat.

Art. 1 alin. (4) din normele aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 395/2016 statuează că autoritatea contractantă este responsabilă pentru modul de atribuire a contractului de achiziție publică/acordului-cadru, cu respectarea tuturor dispozițiilor legale aplicabile, deci și a regulilor de elaborare a specificațiilor de ordin tehnic. Prezenta decizie nu afectează drepturile și obligațiile autorității stabilite la art. 55 din normele amintite.

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

Admite contestația SC SRL nr. /, în contradictoriu cu, și obligă autoritatea contractantă ca, în termen de cel mult zece zile de la data primirii prezentei decizii, să revizuiască cerința din caietul de sarcini privind autorizarea laboratoarelor numai de către „ISC”, în sensul acceptării ca laboratoarele să fie autorizate de autoritățile competente din statele în care sunt situate. Măsura de remediere va fi adusă la cunoștința operatorilor economici, prin publicarea ei în Sistemul Electronic de Achiziții Publice, de îndată ce va fi adoptată, înainte de actuala dată-limită de depunere a ofertelor, cu prelungirea în mod corespunzător a perioadei de depunere a ofertelor.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți. Împotriva ei se poate formula plângere de către părțile cauzei, în termen de zece zile de la comunicare.

PREȘEDINTE,
.....

MEMBRU,
.....

MEMBRU,
.....

Redactată în patru exemplare, conține zece pagini.