C.N.S.C.

CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR

Str. Stavropoleos nr. 6, Sector 3, Bucureşti, România, CP 030084, CIF 20329980
Tel. +4 021 3104641 Fax. +4 021 3104642; +4 021 8900745, www.cnsc.ro

În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) şi ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile şi căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziţie publică, a contractelor sectoriale şi a contractelor de concesiune de lucrări şi concesiune de servicii, precum şi pentru organizarea şi funcţionarea Consiliului Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE
Nr. 1580/C9/1415
Data: 13.06.2018

Prin contestația nr. 228/26.04.2018, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 17061/27.04.2018, depusă de ... SRL, cu sediul social în …, având CUI …, număr de înregistrare în Registrul Comerțului … și sediul procedural ales la … în …, privind procedura de licitație deschisă online, organizată de ...SA, cu sediul în …, în calitate de autoritate contractantă, în vederea încheierii acordului-cadru având ca obiect …, cod CPV …, contestatoarea a solicitat suspendarea procedurii de atribuire, anularea măsurilor de remediere nr. 5 cu privire la produsul conuri de dirijare și obligarea autorității contractante la stabilirea documentelor de certificare în conformitate cu prevederile legale, precum și obligarea autorității contractante la stabilirea unui termen rezonabil de depunere a ofertelor.

...SRL, cu sediul în …, având CUI …, număr de înregistrare în Registrul Comerțului …, reprezentată convențional de …, cu sediul …, a formulat cererea de intervenție voluntară nr. 664/10.05.2018, înregistrată la Consiliu cu nr. 18908/10.05.2018, prin care a solicitat admiterea cererii de intervenție, suspendarea procedurii de soluționare a contestației până la soluționarea definitivă a dosarului nr. … aflat pe rolul Curții de Apel București - Secția a VIII-a contencios administrativ si fiscal, respingerea contestației formulată de ... SRL ca fiind lipsită de interes și nefondată, menținerea ca temeinică și legală a documentației de atribuire, astfel cum a fost modificată/completată prin măsurile de remediere nr. 5 adoptate ca urmare a punerii în aplicare a Deciziei nr. ...

Capătul de cerere privind suspendarea procedurii a fost respins ca rămas fără obiect prin Încheierea nr. ...

CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR,
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 ... SRL atacă măsurile de remediere nr. 5 cu privire la produsul conuri de dirijare, solicitând cele menționate în partea introductivă a deciziei.

Prin contestația nr. 228/26.04.2018, ... SRL precizează că, la data de 12.04.2018, autoritatea contractantă a publicat măsurile de remediere 5 care, în opinia sa, sunt nelegale, cu privire la produsul conuri de dirijare, deoarece solicită prezentarea unui Agrement Tehnic însoțit de Aviz Tehnic, contrar prevederilor legale și dispozitiilor Ministerului Dezvoltării Regionale și Administrației Publice.

La notificarea prealabilă din data de 20.04.2018, formulată împotriva măsurilor de remediere 5 cu privire la produsul conuri de dirijare, autoritatea contractantă nu a răspuns.

Contestatoarea subliniază că, prin adresa nr. 41204/16.04.2018, Ministerul Dezvoltării Regionale și Administrației Publice, autoritatea națională în domeniul construcțiilor, i-a comunicat condițiile obligatorii de introducere pe piață a conurilor de dirijare (inclusiv cele de culoare portocaliu): "întrucât conurile de semnalizare rutieră fac obiectul standardului european nearmonizat SR EN 13422+A1:2009, *acestea* nu se comercializează cu agrement tehnic în construcții*;* certificarea acestora se face în conformitate cu standardul european nearmonizat SR EN 13422+A1:2009, indiferent dacă acestea sunt portocalii sau roșii.

În contextul celor prezentate mai sus, dumneavoastră, în calitate de producător de echipamente de siguranță rutieră, **aveți obligația să comercializați conurile de semnalizare rutieră conform art. 11 din Hotărârea de Guvern nr. 668/2017, însoțite de declarația de conformitate emisă de producător pe baza certificatului de conformitate elaborat de către un organism de evaluare a conformității produselor pentru construcții acreditat de către un organism național de acreditare** în sensul și potrivit prevederilor 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. 339/93, prin încadrarea produsului pentru construcții într-o schemă de certificare."

După ce prezintă prevederile art. 1 și 5 din Hotărârea Guvernului nr. 51/2018, contestatoarea subliniază că indiferent de culoarea pe care o alege autoritatea contractantă pentru aceste conuri, acestea sunt și rămân supuse Standardului SR EN 13422+A1:2009 (inclusiv cele de culoare portocaliu).

Prin cele dispuse în măsurile de remediere 5, autoritatea contractantă îndeamnă la încălcarea prevederilor art. 10-13 **și** art. 29 din

Hotărârea Guvernului nr. 668/2017, care stabilește condițiile de introducere pe piață a conurilor de dirijare supuse Standardului nearmonizat SR EN 13422+A1:2009.

Mai mult, contestatoarea apreciază că, prin măsurile luate, autoritatea contractantă încalcă și prevederile art. 2 alin. (2) lit. a) și b) din Legea nr. 98/2016, deoarece aceste măsuri sunt discriminatorii și nu asigură un tratament egal ofertanților.

Prin solicitarea de a se prezenta documente de conformitate care nu respectă condițiile legale (Agrement tehnic, cu aviz tehnic) sunt eliminați din procedura de achiziție ofertanții care au obținut documentele legale de dovedire a conformității **(declarația de conformitate emisă de producător pe baza certificatului de conformitate elaborat de către un organism de evaluare a conformității produselor pentru construcții, acreditat de către un organism național de acreditarea, în sensul și potrivit prevederilor Regulamentului (CE) nr. 765/2008.**

În concluzie, contestatoarea solicită Consiliului să oblige autoritatea contractantă să stabilească documentele legale care trebuie prezentate pentru produsul conuri de dirijare (indiferent că sunt portocalii), respectiv declarația de conformitate emisă de producător pe baza certificatului de conformitate elaborat de către un organism de evaluare a conformității produselor pentru construcții acreditat de către un organism național de acreditare.

Prin cererea de intervenție voluntară nr. 664/10.05.2018, înregistrată la Consiliu sub nr. 18908/10.05.2018, ...SRL solicită admiterea, în principiu, a cererii de intervenție și introducerea sa în calitate de intervenient în dosarul nr. … având ca obiect contestația formulată de ... SRL împotriva documentației de atribuire.

Intervenienta subliniază că, în considerarea faptului că decizia cu privire la contestația care face obiectul cauzei deduse judecății depinde în tot de soluția pe care o va pronunța Curtea de Apel București în dosarul având ca obiect plângerea împotriva deciziei Consiliului nr. …, în temeiul dispozițiilor art. 25 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 101/2016, a solicitat suspendarea procedurii de soluționare a contestației până la soluționarea definitivă a dosarului nr. ...

În ceea ce privește excepția lipsei de interes a contestației, intervenienta precizează că autoarea acesteia apreciază că-i este restricționat dreptul de a participa la procedura de atribuire prin modalitatea în care autoritatea contractantă a pus in aplicare decizia Consiliului, prin publicarea documentului măsuri de remediere nr. 5.

Astfel de susțineri nu pot fi primite la soluționarea contestației, în condițiile în care, chiar dacă ... SRL are un interes în legătură cu o procedură de atribuire, operatorul economic nu poate face dovada că a suferit, suferă sau riscă să sufere un prejudiciu ca o consecință a Măsurilor de remediere nr. 5.

Aceasta deoarece, contestatoarea deține pentru conuri de dirijare, în calitate de titular, documentele de evaluare a conformității solicitate de autoritatea contractantă, respectiv Agrementul tehnic nr. 016-07/226-2017 și Avizul tehnic al acestuia, aflate în valabilitate, astfel cum rezultă și din baza de date a Consiliului Tehnic Permanent pentru Construcții.

În aceste condiții, afirmațiile contestatoarei privind „afectarea dreptului de a participa la procedură" sau „favorizarea unor anumiți ofertanți, putând duce chiar la eliminarea nejustificată a ofertei noastre" sunt lipsite de fundament, întrucât atât aceasta cât și alți operatori economici dețin documente de evaluare a conformității produselor conuri de dirijare de culoare portocalie.

În ceea ce privește solicitarea de respingere a contestației ca nefondată, … SRL subliniază încă odată că toate contestațiile depuse de operatorii economici, soluționate prin Decizia Consiliului nr. … au vizat fie aplicabilitatea standardului SR EN 13422+A1:2009 pentru conurile de culoare portocalie, fie documentele de evaluare a conformității care trebuie prezentate de ofertanți, iar prin adoptarea măsurilor de remediere nr. 5, autoritatea contractantă si-a reconfirmat astfel necesitatea de a achiziționa conuri de dirijare de culoare portocalie.

În mod evident, cum în mod corect s-a pronunțat Consiliul, pentru acest tip de produse pentru care nu există un standard de produs aplicabil, armonizat sau nearmonizat, nu pot fi prezentate decât documentele Agrement tehnic și Aviz tehnic. Prin urmare, o nouă analiza a Consiliului în sensul celor solicitate prin noua contestație depusă de ... SRL nu se impune a fi făcută, aspectele criticate fiind deja soluționate prin Decizia Consiliului nr. ...

În ceea ce privește adresa nr. 41204/16.04.2018 emisă de Ministerul Dezvoltării Regionale și Administrației Publice, invocată în contestație, intervenienta subliniază că nu cunoaște nici conținutul integral al acesteia și nici contextul în care a fost formulată solicitarea de către ... SRL astfel încât să se obțină acest răspuns.

În opinia sa informațiile care au stat la baza emiterii unui astfel de punct de vedere au fost prezentate eronat sau în alt context decât cel în care se solicită produsele conuri de dirijare de culoare portocalie în procedura de achiziție.

Pe de altă parte, acest punct de vedere, dacă a fost emis în forma prezentată în contestație, contrazice prevederile legale prin care entitatea subordonată ministerului pentru gestionarea activității de avizare tehnică a agrementelor tehnice, respectiv Consiliul Tehnic Permanent pentru Construcții, a analizat toate agrementele tehnice elaborate pentru conuri de dirijare și le-a supus avizării tehnice ale comisiei de specialitate, avizul tehnic fiind semnat chiar de reprezentantul desemnat pentru această activitate din partea ministerului.

Prin Încheierea nr. …, Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor a suspendat soluționarea contestației formulate de ... SRL, în contradictoriu cu ...SA, până la rămânerea definitivă a hotărârii care va fi pronunțată de către Curtea de Apel …, în dosarul nr. ...

Prin adresa nr. 819/08.06.2018, înregistrată la Consiliu cu nr. 22887/ 08.06.2018, ...SRL a transmis cererea de repunere pe rol și soluționarea dosarului nr. …, având în vedere că prin Decizia civilă nr. … pronunțată de Curtea de Apel …, în dosarul nr. …, s-a dispus respingerea plângerii formulată de SC ... SRL împotriva Deciziei Consiliului nr. …, fiind astfel menținute cerințele din caietul de sarcini contestate.

Dosarul achiziției și documentele necesare soluționării cauzei au fost transmise Consiliului cu adresa nr. 40404/07.06.2018, înregistrată la Consiliu sub nr. 22805/08.06.2018.

Din examinarea materialului probator administrat, aflat la dosarul cauzei, Consiliul reține următoarele:

...SA a inițiat procedura de licitație deschisă online, în vederea încheierii acordului-cadru având ca obiect …, cod CPV … (Rev. 2), prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr. …. Din informațiile anunțului de participare, Consiliul a reținut că valoarea estimată a acordului-cadru este de … lei, fără TVA, iar criteriul de atribuire este *preţul cel mai scăzut*. Prin Anunțul tip erată nr. …, data limită de depunere a ofertelor a fost stabilită pentru ....

Vizavi de cererea de intervenție formulată de ...SRL, Consiliul constată că societatea și-a justificat interesul prin faptul că urmărește să participe la procedură și să fie elaborată o documentație de atribuire conformă prevederilor legale și normativelor tehnice în domeniu. Văzând că societatea are calitate şi capacitate procesuală şi a dovedit un interes legitim propriu în pricină prin promovarea cererii, în calitate de operator economic interesat de participarea la procedură, în conformitate cu art. 64 Cod procedură civilă, Consiliul o încuviințează în principiu ca cerere de intervenţie accesorie în interesul autorităţii contractante.

Trecând la soluționarea contestației, Consiliul constată că, prin decizia nr. …, s-au reținut între altele:

Referitor la criticile aduse măsurilor de remediere nr. 3 luate în privința conurilor de dirijare, Consiliul reține că autoritatea contractantă a apreciat că, în cazul acestor produse, este aplicabil standardul nearmonizat SR EN 13422+A1:2009, acesta cuprinzând descrierea acestor produse.

Analizând conținutul celor două standarde în discuție, se observă că o descriere a produsului, respectiv informații cu privire la înălțime, rezistență, indicatorii pentru suprafețele reflectorizante se regăsesc în standardul nearmonizat SR EN 13422+A1:2009, standardul armonizat 1848-1,2:2011 indicat inițial de autoritatea contractantă necuprinzând toate aceste informații, ci doar pe cele referitoare la înălțime.

Pe de altă parte, se reține că, după cum a remarcat și ...SRL, standardul SR EN 13422+A1:2009 cuprinde în tabelele cu coordonatele cromatice și factori de luminanță: suprafețe retroreflectorizante (pag. 11 din standard) culorile alb, roșu, galben și albastru, iar pentru suprafețele exterioare non-retroreflectorizante culorile roșu și galben, culoarea

portocalie cerută de autoritatea contractantă prin caietul de sarcini nefiind cuprinsă în standard.

Așadar, achizitoarea a impus respectarea unui standard și depunerea declarației de conformitate emisă de producător pentru conuri de dirijare, însă culoarea solicitată nu este cuprinsă în tabelele cuprinzând coordonatele cromatice. Prin urmare, operatorii economici nu vor putea demonstra, prin intermediul declarației de conformitate potrivit standardului amintit, conformitatea cu produsul solicitat, sub aspectul culorii impuse.

*Potrivit art. 6 alin. (1) din Hotărârea Guvernului nr. 668/2017 Produsul pentru construcţii care face obiectul unui **standard european armonizat** se comercializează însoţit de declaraţia de performanţă întocmită de producător.*

(...)

*Potrivit art. 7 alin. (1) Produsul pentru construcţii care face obiectul unei **evaluări tehnice europene**, care a fost emisă pentru acesta, se comercializează însoţit de declaraţia de performanţă întocmită de producător pe baza evaluării tehnice europene respective, certificatului de constanţă a performanţei, certificatului de conformitate a controlului producţiei în fabrică sau a evaluărilor şi verificărilor efectuate de producător, în funcţie de sistemul de evaluare şi verificare a constanţei performanţei produsului pentru construcţii prevăzut de evaluarea tehnică europeană aferentă, iar potrivit art. 10 alin. (1) Produsul pentru construcţii care face obiectul unei **specificaţii tehnice nearmonizate** se comercializează însoţit de declaraţia de conformitate întocmită de producător pe baza certificatului de conformitate, a raportului de încercări sau a evaluărilor şi verificărilor efectuate de producător, în funcţie de schema de certificare aplicabilă.*

*De asemenea, conform art. 14 alin. (1) Produsul pentru construcţii **pentru care nu există specificaţii tehnice armonizate sau specificaţii tehnice nearmonizate** se comercializează însoţit de declaraţia de conformitate întocmită de producător pe baza unui agrement tehnic în construcţii.*

(2) Agrementul tehnic în construcţii este elaborat de către un organism elaborator de agremente tehnice în construcţii abilitat de MDRAPFE.

(3) Agrementul tehnic în construcţii este însoţit de avizul tehnic în valabilitate emis de către Consiliul tehnic permanent pentru construcţii.

(...)

*Având în vedere că, în standardul indicat de autoritatea contractantă în măsurile de remediere, nu este cuprinsă culoarea solicitată pentru conurile de dirijare, achizitoarea **va trebui să coreleze informațiile cerute, în sensul de a solicita agrementul tehnic însoțit de avizul tehnic dacă menține culoarea portocalie a conurilor, pentru această situație neexistând specificații tehnice armonizate sau nearmonizate. În cazul în care stabilește pentru conurile de dirijare o culoare care se încadrează în tabelul din standard privind coordonatele cromatice, va solicita prezentarea declarației de conformitate în acord cu standardul nearmonizat SR EN 13422+A1:2009.***

În privința organismelor sau laboratoarelor care pot efectua teste prin raportare la standardul SR EN 13422+A1:2009, se reține că, atașat concluziilor scrise din 21.02.2018, ... SRL a depus certificatul emis de BSI (British Standards Institution).

De asemenea, legat de decizia instanței nr. …, pronunțată de Curtea de Apel …, invocată de contestatoare, deși aceasta a privit contestațiile formulate împotriva rezultatului procedurii, este de observat că, în motivarea acesteia, instanța a reținut că standardul EN xxxxx:2004+A1:2009 (inclusiv versiunea română) cuprinde la pct. 6.1.2. condiții pentru culoare sau factor de luminozitate (timp de zi sau de noapte) pentru suprafețe reflectorizante ***alb, roșu, galben sau albastru****, iar pentru suprafețe nereflectorizante roșu și galben, în timp ce autoritatea contractantă a stabilit în descrierea produsului: „să aibă culoarea* ***portocalie*** *și să fie prevăzute cu câte două benzi de folie reflectorizantă clasa 1". Conform art. 30 alin. 4 din O.U.G. nr. 195/2002 privind circulația pe drumurile publice, „mijloacele de semnalizare rutieră, precum și alte dispozitive speciale de acest fel se asigură, se instalează și se întrețin prin grija administratorului drumului public respectiv ori al căii ferate, după caz", astfel că autorității contractante îi revine răspunderea asupra conformării cu dispozițiile legale. Din momentul în care autoritatea contractantă a optat pentru un anumit produs, dacă nu sunt încălcate norme de ordine publică, agenții economici interesați pot oferta produsele solicitate de autoritate, pentru care au obținut atestarea conformității printr-un document recunoscut pe teritoriul României.*

Așadar, se poate observa din cele de mai sus că, prin decizia anterioară, Consiliul a stabilit în sarcina autorității contractante obligația de a solicita prezentarea de către ofertanți a *agrementul tehnic însoțit de avizul tehnic dacă menține culoarea portocalie a conurilor, pentru această situație neexistând specificații tehnice armonizate sau nearmonizate.*

Ulterior primirii deciziei Consiliului, ... SRL a atacat cu plângere decizia, fiind constituit pe rolul Curții de Apel …, dosarul nr. ... Prin Hotărârea nr. …, Curtea de Apel a respins ca nefondată plângere formulată, astfel că decizia Consiliului a rămas definitivă.

Prin măsurile de remediere nr. 5, criticate în cauză, autoritatea contractantă și-a menținut cerința ca *produsul conuri de dirijare să aibă culoarea portocalie, în masă și să fie prevăzute cu câte două benzi de folie reflectorizantă clasa I și să fie realizat conform standard SR 1848:2011 și să aibă înălțimea de minim 700 mm. S-a soliciat ca ofertanții să prezinte* ***Agrement tehnic însoțit de Aviz tehnic****, emis de instituțiile abilitate și valabile la data depunerii ofertelor.*

Se constată din conținutul măsurii de remediere că achizitoarea nu a făcut altceva decât să pună în aplicare decizia Consiliului, obligatorie pentru părți conform art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2018.

Potrivit art. 431 alin. (2) Cod procedură civilă "*Oricare dintre părți poate opune lucrul anterior judecat într-un alt litigiu, dacă are legătură cu soluționarea acestuia din urmă*".

Doctrina și jurisprudența s-au exprimat în sensul că nu este necesară tripla identitate de părți, obiect și cauză pentru a fi invocat lucrul judecat, câtă vreme se aduce în discuție o chestiune litigioasă soluționată anterior.

Consiliul nu poate analiza motivele aduse în discuție de SC ... SRL cu privire la documentele pe care autoritatea contractantă trebuia să le solicite pentru conurile de dirijare, câtă vreme acestea au fost analizate în cadrul deciziei anterioare, stabilindu-se de către Consiliu necesitatea solicitării *agrementul tehnic însoțit de avizul tehnic dacă se menține culoarea portocalie a conurilor.*

Organul administrativ nu poate relua verificarea cerinței în discuție, ținând seama de faptul că s-a pronunțat anterior asupra ei.

Deși nu există identitate de obiect, contestația în analiză privind măsurile de remediere nr. 5, act față de care contestația este formulată în termen, există lucrul judecat asupra aspectelor dezlegate, ele neputând fi readuse în discuție.

Consiliul nu poate relua verificarea legalității cerinței în discuție pe motiv că societatea contestatoare invocă o adresă emisă de Ministerului Dezvoltării Regionale și Administrației Publice, în condițiile în care atât Consiliul, cât și Curtea de Apel, s-au pronunțat anterior asupra cerinței.

Chestiunea legată de documentele necesar a fi solicitate pentru conurile de dirijare nu poate fi rejudecată, decizia nr. …, rămânând definitivă, prin respingerea plângerii formulate împotriva acesteia de ... SRL.

Fiind constată autoritatea de lucru judecat în privința aspectelor criticate, Consiliul nu va analiza excepția lipsei de interes invocată de intervenientă.

În considerarea celor prezentate, Consiliul va respinge ca nefondată contestația ... SRL.

Fiind respinsă contestația, Consiliul va admite cererea de intervenție formulată de ...SRL.

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

În temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016 privind remediile şi căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale şi a contractelor de concesiune de lucrări şi concesiune de servicii, precum şi pentru organizarea şi funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, pentru considerentele evocate în motivarea prezentei, respinge ca nefondată contestația formulată de ... SRL, în contradictoriu cu ...SA.

În temeiul art. 64 Cod procedură civilă, încuviințează în principiu cererea de intervenție formulată de ...SRL și o admite.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți. Împotriva ei se poate formula plângere, în termen de 10 zile de la comunicare.

PREŞEDINTE, **MEMBRU,** **MEMBRU,**

Redactat în cinci exemplare, conţine nouă pagini.