ACOS 213/19.01.2017

CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR

C.N.S.C.

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

Nr. 1661 /2848 C5/ 16.01.2017

Compania Naţională de Administrare a Infrastructurii Rutiere - S.A.
19 IAN. 2017
2727

Către,
COMPANIA NAȚIONALĂ DE ADMINISTRARE A INFRASTRUCTURII RUTIERE S.A.
B-dul Dinicu Golescu nr. 36
municipiul București, sector 1

Vă comunicăm alăturat, în original, Decizia nr. 72/C5/2848/12.01.2017, privind soluţionarea contestaţiei formulată de S.C. IPTANA S.A., în cadrul procedurii de atribuire, prin „licitație deschisă", online, fără etapă finală de licitație electronică, a contractului de achiziţie publică de servicii având ca obiect „Elaborare Studiu de Fezabilitate și Proiect Tehnic pentru drum de mare viteză Ploiești - Buzău", inițiată de dvs., în calitate de autoritate contractantă.

PREȘEDINTE
Silviu-Cristian POPA

CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR

C. N. S. C.

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. 23 şi ale art. 27 alin. (2) 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 National de Soluţionare a Contestaţiilor, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr. 72/C5/2848
Data: 12.01.2017

Prin contestaţia nr. 2005/19.12.2016, transmisă prin fax, înregistrată la Consiliu sub nr. 38874/19.12.2016 şi ulterior, în original, înregistrată la Consiliu sub nr. 39023/20.12.2016, [redacted] cu sediul în [redacted], [redacted] nr. [redacted], înregistrată la Oficiul Registrului Comerţului sub nr. [redacted], având CIF [redacted] reprezentată legal de [redacted], în calitate de [redacted], a contestat răspunsul nr. 92/79406/08.12.2016 formulat de autoritatea contractantă la Notificarea prealabilă privind remedierea documentaţiei de atribuire, întocmit în cadrul procedurii de atribuire, prin „licitaţie deschisă", online, fără etapă finală de licitaţie electronică, a contractului de achiziţie publică de servicii având ca obiect „Elaborare Studiu de Fezabilitate şi Proiect Tehnic pentru drum de mare viteză Ploieşti - Buzău", coduri CPV 71322500-6 (Rev.2) şi 71241000-9 (Rev.2), iniţiată de COMPANIA NAŢIONALĂ DE ADMINISTRARE A INFRASTRUCTURII RUTIERE S.A., în calitate de autoritate contractantă, cu sediul în municipiul Bucureşti, B-dul Dinicu Golescu nr. 36, sector 1 şi a solicitat anularea în parte a răspunsului autorităţii contractante nr. 92/79406/08.12.2016 şi obligarea acesteia la adoptarea masurilor de remediere a documentaţiei de atribuire, astfel cum au fost acestea solicitate prin notificarea prealabilă de remediere, precum şi suspendarea procedurii de atribuire până la soluţionarea contestaţiei.

Cererea privind suspendarea procedurii de atribuire a fost soluţionată prin Încheierea nr. 266/C5/2848/22.12.2016, fiind admisă.

CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR,
asupra cauzei de faţă, constată următoarele:

Prin contestația nr. 2005/19.12.2016, transmisă prin fax, înregistrată la Consiliu sub nr. 38874/19.12.2016 și ulterior, în original, înregistrată la Consiliu sub nr. 39023/20.12.2016, formulată de către [redacted], în contradictoriu cu COMPANIA NAȚIONALĂ DE ADMINISTRARE A INFRASTRUCTURII RUTIERE S.A., împotriva răspunsului nr. 92/79406/08.12.2016 formulat de autoritatea contractantă la Notificarea prealabilă privind remedierea documentației de atribuire, întocmit în cadrul procedurii de atribuire, prin „licitație deschisă", online, fără etapă finală de licitație electronică, a contractului de achiziție publică de servicii având ca obiect „Elaborare Studiu de Fezabilitate și Proiect Tehnic pentru drum de mare viteză Ploiești - Buzău", coduri CPV 71322500-6 (Rev.2) şi 71241000-9 (Rev.2), s-a solicitat anularea în parte a răspunsului autorității contractante nr. 92/79406/08.12.2016 și obligarea acesteia la adoptarea masurilor de remediere a documentației de atribuire, astfel cum au fost acestea solicitate prin notificarea prealabilă de remediere, precum și suspendarea procedurii de atribuire, până la soluționarea contestației.

În opinia contestatoarei [redacted] documentația de atribuire conține cerințe care contravin legislației în materia protecției mediului, cerințe abuzive în sarcina prestatorului, fără asigurarea unui termen rezonabil și echitabil pentru pregătirea ofertelor.

Contestatoarea susține că, prin răspunsul autorității contractante nr. 92/79406/08.12.2016, aceasta a comunicat că, pentru primele două solicitări de remediere, își menține cerințele din documentația de atribuire și că va adopta măsura de remediere privind prelungirea termenului limită pentru depunerea ofertelor. Astfel, noul termen pentru depunerea ofertelor a fost stabilit la data de 17.01.2017 ora 16:00, prin publicarea unui anunț de tip erată la data de 16.12.2016.

Nemulțumită de răspunsul autorității contractante, contestatoarea prezintă solicitările de remediere a documentației menționate în notificarea prealabilă nr. 1926/05.12.2016.

Astfel o primă solicitare de remediere a documentației de atribuire privește eliminarea cerințelor ce contravin legislației în materia protecției mediului, în special Directivei EIA 85/337/CEE, contestatoarea considerând că elaborarea studiului de evaluare adecvată și a studiului de impact asupra mediului în mod neunitar, exclusiv pentru un tronson, conduce la imposibilitatea obținerii acordului de mediu, deoarece, *„tronsonul de drum expres Ploiești - Buzău face parte, împreună cu tronsoanele Buzău - Focșani, Focșani - Bacău, Bacău - Pașcani, conform precizărilor din Caietul de sarcini, din TEN-T CORE cât și din rețeaua rutieră TEN-T CENTRALA, pe întreaga lungime a rețelei din țara noastră, la nivel de drum de mare viteză, iar întrucât acestea se desfășoară pe teritoriul mai multor județe, divizarea pe secțiuni succesive mai scurte exclude evaluarea cumulată a impactului asupra mediului, fapt ce contravine reglementărilor legislației privind protecția mediului, Directivei EIA 85/337/CEE".*

Contestatoarea susține că refuzul autorității contractante de a dispune măsuri de remediere cu privire la acest aspect contravine prevederilor legale în materie, cu atât mai mult cu cât, autoritatea contractantă, în răspunsul la notificarea prealabilă, precizează că pentru fiecare proiect care se află pe teritoriul mai multor județe este necesară *„inclusiv cumularea efectelor [n.n. asupra mediului] cu cele ale altor proiecte existente și/sau aprobate, conform legislației în domeniul protecției mediului"*, recunoscând astfel, în mod implicit, că elaborarea studiului de evaluare adecvată și a studiului de impact asupra mediului în mod neunitar, exclusiv pentru un tronson, nu se poate realiza.

Contestatoarea susține că cea de-a doua solicitare privește remedierea documentației de atribuire în sensul eliminării unui număr de 4 riscuri menționate în Caietul de sarcini ca fiind în sarcina Prestatorului și asumarea acestora de către Beneficiar și anume:

„• Risc de întârziere în prestarea serviciilor, în baza observațiilor sau cerințelor speciale formulate de către autoritățile competente de mediu, de către administratorii/custozii ariilor naturale protejate (Situri Natura 2000), de către ONG-uri și/sau alte organizații similare, de către publicul participant la dezbaterile publice sau alți factori implicați în derularea procedurilor de mediu.

• Riscul ca pe parcursul derulării serviciilor solicitate în cadrul acestui caiet de sarcini să apară modificări în legislația și reglementările tehnice aplicabile în domeniul mediului, eventual pot apărea noi arii protejate Natura 2000 sau anumite arii Natura 2000 să fie extinse, iar pentru schimbările apărute pe parcurs, Prestatorul trebuie să țină cont de acestea și va face toate demersurile în vederea obținerii documentelor de reglementare în domeniul protecției mediului.

• Riscul de întârzieri în obținerea avizelor din partea Autorităților Române, ori plângerile apărute în perioada consultațiilor publice (ex. probleme de mediu, probleme de patrimoniu cultural, ele) cu impact asupra termenului de finalizare și livrare a studiului de fezabilitate sau a altor servicii și lucrări solicitate conform caietului de sarcini.

• Riscul să apară întârzieri și/sau alte dificultăți în obținerea de către Prestator a tuturor avizelor, acordurilor, permiselor și a autorizațiilor necesare, având în vedere implicarea mai multor autorități și instituții în emiterea acestora, care pot impune diverse condiții și/sau constrângeri. Imposibilitatea de obținere de către Prestator la timp sau chiar deloc a unuia sau mai multor avize/acorduri poate genera riscuri care pot conduce la imposibilitatea de obținere a Acordului de Mediu sau a altor autorizații necesare, fapt ce ar determina blocarea realizării proiectului."

Contestatoarea este nemulțumită de răspunsul negativ al autorității contractante și prezintă pe larg considerațiile sale privind necesitatea remedierii documentației de atribuire sub acest aspect, precizând totodată că își menține solicitarea privind eliminarea celor 4 riscuri menționate în Caietul de sarcini ca fiind în sarcina Prestatorului și asumarea acestora de către Beneficiar, <u>prin suportarea de către acesta a</u>

costurilor suplimentare ce por apărea prin producerea riscurilor respective.

Cea de a treia solicitare a contestatoarei se referă la punerea în aplicare a dispozițiilor art. 153 din Legea nr. 98/2016 şi decalarea termenului de depunere a ofertelor, având în vedere complexitatea obiectului procedurii de achiziție publică, măsurile de remediere necesare și faptul că, între data publicării anunțului și data stabilită pentru depunerea ofertelor sunt numai 27 de zile lucrătoare.

Contestatoarea susține că măsura de remediere constând în prelungirea cu 10 zile lucrătoare a datei de depunere a ofertelor este insuficientă, motiv pentru care solicită în continuare obligarea autorității contractante la asigurarea unui termen rezonabil și echitabil pentru pregătirea ofertelor prin punerea în aplicare a dispozițiilor art. 153 din Legea nr. 98/2016 şi decalarea termenului de depunere a ofertelor, având în vedere complexitatea obiectului procedurii de achiziție publică. Contestatoarea învederează Consiliului și faptul că, până în prezent, autoritatea contractantă nu a răspuns niciunei solicitări de clarificare dintre numeroasele primite, nepublicând în SEAP niciun răspuns la clarificări, în condițiile în care, documentația tehnică postată implică un volum extrem de mare și complex de documente (nu mai puțin de 9 volume), iar până la data depunerii efective a ofertelor au mai rămas numai 18 zile lucrătoare, timp în care toți operatorii așteaptă să fie publicate răspunsurile la solicitările de clarificări formulate.

În drept, contestatoarea invocă dispozițiile art. 8 și următoarele precum și art. 22 din Legea nr. 101/2016.

În dovedirea contestației sale, [redacted] a depus la dosarul cauzei, în copie, un set de înscrisuri.

Prin adresa nr. 39027/2848 C5/20.12.2016, Consiliul a solicitat autorității contractante, între altele, transmiterea documentelor necesare soluționării contestației, în conformitate cu dispozițiile art. 18 din Legea nr. 101/2016.

Autoritatea contractantă COMPANIA NAȚIONALĂ DE ADMINISTRARE A INFRASTRUCTURII RUTIERE S.A. a răspuns solicitării Consiliului, prin adresa nr. 8534/23.12.2016, înregistrată la Consiliu sub nr. 39570/23.12.2016, în cuprinsul căreia a menționat documentele aferente procedurii, comunicate în copie conform cu originalul precizând că „pentru a vizualiza sau descărca Documentația de atribuire în integralitatea sa (inclusiv Formulare, Condiții de contract, Caiet de sarcini) (...) acestea sunt disponibile și la adresa http://www.andnet.to/ - rubrica Transparenta / Achiziții Publice / ID 1031".

Autoritatea contractantă a comunicat, prin mijloace electronice (e-mail) și ulterior în original, Punctul de vedere nr. 87393/29.12.2016, înregistrat la Consiliu sub nr. 40375/30.12.2016 și respectiv sub nr. 40371/30.12.2016, solicitând respingerea contestației formulată [redacted] ca fiind nefondată și neîntemeiată.

Referitor la solicitarea contestatoarei de remediere a Documentației de Atribuire privind evaluarea cumulată a impactului asupra mediului pentru toate tronsoanele de drum de mare viteza (Ploiești - Buzău, Buzău - Focșani, Focșani - Bacău, Bacău - Pașcani), autoritatea

contractantă susține că Directiva EIA 85/337/CEE a Consiliului din 27 iunie 1985 privind evaluarea efectelor anumitor proiecte publice şi private asupra mediului a fost abrogată, fiind înlocuită de Directiva 2011/92/UE a Parlamentului European şi a Consiliului din 13 decembrie 2011 privind evaluarea efectelor anumitor proiecte publice și private asupra mediului. Se mai arată că prevederea Caietului de sarcini „Desfășurarea serviciilor și lucrărilor în vederea elaborării Studiului de Fezabilitate și elaborării Proiectului Tehnic vor avea la baza legislația si toate reglementările tehnice în vigoare, române și europene (standardele naționale și europene, normativele specifice, euro codurile etc.)" se referă la respectarea legislației europene aplicabile și a celei naționale care transpune și completează legislația europeană. Prin urmare, afirmația contestatarei privind aplicabilitatea Directivei EIA 85/337/CEE nu este întemeiată.

În susținerea punctului său de vedere, autoritatea contractantă menționează faptul că, în calitate de ordonator principal de credite și promotor, totodată, al documentului strategic, Ministerul Transporturilor a comunicat CNAIR SA, prin adresa nr. 92/43395/14.07.2016, anterior demarării procedurilor de achiziție a serviciilor de proiectare pentru sectoarele de drum de mare viteză Ploiești - Buzău, - Focșani, Focșani - Bacău, Bacău - Pașcani, următoarele informații:

"[...] *vă comunicăm că PROIECTELE ce fac parte din CORIDORUL IX (DRUMUL SIRETULUI DX5), Ploiești - Buzău, Buzău - Focșani, Focșani - Bacău, Bacău - Pașcani, se regăsesc în prima perioada de programare a Master Planului General de Transport. [...] Prin prezenta adresă, Ministerul Transporturilor, ca ordonator principal de credite al CNADNR SA, consideră oportună demararea SF, PT DTAC și Autorizațiile de Construire, pentru sectoarele de drum expres/autostrada Ploiești - Buzău, Buzău - Focșani, Focșani - Bacău, Bacău - Pașcani, [...]*", rezultând că *„cele 4 sectoare de drum vor fi tratate ca proiecte independente, de sine stătătoare, sintagma «Drumul Siretului DX5» referindu-se la denumirea Coridorului IX în care sunt incluse aceste sectoare de drum, nicidecum la denumirea unui obiectiv de investiție care să înglobeze cele 4 sectoare de drum Ploiești - Buzău, Buzău - Focșani, Focșani - Bacău, Bacău - Pașcani".*

În susținerea acestui argument, autoritatea contractantă precizează că Ministerul Transporturilor a comunicat CNAIR SA anterior demarării procedurilor de achiziție publică „Lista proiectelor prioritizate pentru sectorul rutier conform MPGT pentru perioada de programare 2014-2020", varianta actualizată, în care secțiunile de drum Ploiești - Buzău, Buzău - Focșani, Focșani - Bacău, Bacău - Pașcani, se regăsesc la poziții distincte (poz. 3-6), sub titulatura „PROIECTE NOI (Core) identificate în MPGT - Drum expres".

De asemenea, autoritatea contractantă susține că, în mod similar, a derulat o serie de contracte aferente Coridorului de Transport Pan-European nr. IV, Coridor care este compus din următoarele sectoare de autostradă: Nădlac - Arad -Timișoara - Lugoj - Deva - Orăștie - Sebeș - Sibiu - Pitești - București - Drajna - Cernavoda - Constanța. Aceste sectoare au făcut obiectul unor proiecte distincte și au fost tratate ca

obiective de investiție de sine stătătoare, având contracte de finanțare separate, de exemplu: Nădlac - Arad, Arad -Timișoara, Timișoara - Lugoj, Lugoj - Deva, Deva - Orăștie, Orăștie – Sibiu, precizând că, pentru fiecare obiectiv de investiție a fost obținut un Acord de Mediu distinct, deși aceste obiective făceau parte din același Coridor. Apartenența sectoarelor de drum la același Coridor nu a necesitat obținerea unui unic Acord de Mediu pentru tot Coridorul.

Referitor la solicitarea de eliminare din Documentația de Atribuire a „cerințelor ce contravin legislației privind protecția mediului", autoritatea contractantă susține că, faptul că sunt proiecte distincte nu conduce în niciun fel la excluderea realizării impactului cumulat, ținând cont de faptul că proiectele se încadrează în Anexa 1 a Directivei EIA transpusă în legislația națională prin HG 445/2009 privind evaluarea impactului anumitor proiecte publice și private asupra mediului.

În situația în care această modalitate de obținere a Acordului de Mediu nu este satisfăcătoare pentru contestatoare, autoritatea contractantă consideră că, modificarea acesteia nu se poate realiza fără o consultare prealabilă a Agenției Naționale pentru Protecția Mediului (ANPM), în calitatea acesteia de autoritate competentă care stabilește condițiile de obținere a documentului și care îl emite.

Totodată, având în vedere că operatorul economic contestă însăși strategia națională stabilită prin Master Planul General de Transport, aprobată de Guvernul României și de Comisia Europeană, autoritatea contractantă consideră că observațiile [redacted] ar trebui adresate instituțiilor care au elaborat și au avizat acest document strategic.

II. În ceea ce privește solicitarea contestatoarei de eliminare din sarcina Prestatorului a unor riscuri menționate în Caietul de Sarcini și asumarea acestora de către Beneficiar, autoritatea contractantă susține că, în Caietul de sarcini se face următoarea mențiune „Prestatorul își va asuma riscurile generale identificate de Beneficiar prin participarea sa la procedura de achiziție publică precum și prin semnarea contractului *și nu va avea nicio pretenție în cazul apariției acestora, cu excepția cazurilor în care culpa se datorează unor terțe părți sau unor motive neimputabile acestuia. Lipsa culpei va trebui să fie dovedită de către Prestator."*
Rezultă așadar, că Prestatorul nu va suferi niciun prejudiciu atâta timp cât va face toate demersurile legale necesare îndeplinirii obligațiilor ce îi revin, evitând producerea unor întârzieri din cauza unor „erori/lipsă de profesionalism/superficialitatea tratării studiilor și lucrărilor, de nerespectarea obligațiilor conform prezentului caiet de sarcini și a legislației în vigoare."

Autoritatea contractantă susține totodată că riscurile generale prezentate în Caietul de sarcini, inclusiv cele legate de mediu, au fost identificate pe baza experiențelor sale anterioare în derularea unor contracte similare și a problemelor întâmpinate în relația cu prestatorii de astfel de servicii. Scopul asumării de către Prestator a acestor riscuri este de a-l responsabiliza cu privire la modalitatea în care acesta va gestiona sarcinile de obținere a avizelor/autorizațiilor/acordurilor și relația cu autoritățile emitente. Din acest punct de vedere, autoritatea

contractantă consideră ca riscurile pe care trebuie să și le asume Prestatorul sunt normale, reale, pertinente, obiective.

III. Referitor la argumentația contestatoarei [redacted] privind măsura de remediere adoptată de autoritatea contractantă, respectiv decalarea termenului de primire a ofertelor, ca fiind insuficientă, autoritatea contractantă consideră că a asigurat un termen rezonabil pentru elaborarea ofertelor, respectiv de 42 de zile (nu în zile lucrătoare, așa cum în mod eronat a menționat contestatoarea), mai mare decât cel minim stipulat de art. 74 alin. (1) și alin. (4) din Legea nr. 98/2016, ce a fost calculat în zile.

Referitor la precizarea contestatoarei de la pag. 9 - teza 2 referitor la nepublicarea unui răspuns la solicitările de clarificare, autoritatea contractantă susține că, până la publicarea tuturor răspunsurilor la solicitările de clarificări, precum și până la soluționarea contestației de către CNSC, va face aplicarea prevederilor art. 153 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, asigurând astfel un termen rezonabil pentru pregătirea ofertelor. Mai mult decât atât, având în vedere încheierea nr. 266/C5/2848/22.12.2016 prin care CNSC a dispus suspendarea procedurii de achiziție publică până la soluționarea pe fond a contestației, autoritatea contractantă va avea obligația de a prelungi termenul de primire a ofertelor cel puțin cu perioada în care procedura a fost suspendată.

În concluzie, pentru motivele prezentate, autoritatea contractantă solicită respingerea contestației formulată de contestatoarea [redacted] ca fiind nefondată și neîntemeiată, considerând că și-a respectat întocmai obligațiile prevăzute de legislația achizițiilor publice în vigoare.

În drept, autoritatea contractantă își întemeiază punctul de vedere pe dispozițiile Legii nr. 98/2016, H.G. nr. 395/2016, Legii nr. 101/2016 și pe orice alte dispoziții legale incidente în cauză.

Autoritatea contractantă precizează că își rezervă dreptul de a aduce completări prezentului punct de vedere.

Prin adresa nr. 06/03.01.2017, comunicată prin fax și ulterior în original, înregistrată la Consiliu sub nr. 115/03.01.2017 și respectiv sub nr. 197/04.01.2017, contestatoarea [redacted] a formulat „Răspuns" față de Punctul de vedere al autorității contractante emis în data de 29.12.2016.

Totodată, contestatoarea arată că nu are cunoștință de Punctul de vedere formulat de autoritatea contractantă la data de 21.12.2016, înregistrat la Consiliu sub nr. 39228, așa cum rezultă din istoricul de pe site-ul „portal.cnsc.ro", astfel încât, în vederea respectării principiilor contradictorialității și al dreptului la apărare, solicită comunicarea acestuia, precum și a oricăror alte „Puncte de vedere"/completări ale „Punctelor de vedere".

Contestatoarea reiterează atât considerentele pentru care solicită remedierea documentației de atribuire cât și cererile adresate Consiliului prin contestație.

În susținerea argumentelor privind eliminarea cerințelor ce contravin legislației în materia protecției mediului, în special Directivei EIA 85/337/CEE, contestatoarea arată că, într-o speță similară, în care

aceiași autoritate contractantă a solicitat ofertanților să obțină Acorduri de mediu distincte pentru sectoarele „Ditrău – Târgu Neamț", „Târgu Mureș – Ditrău", aparținând proiectului de investiție „Autostrada Târgu Mureș – Iași – Ungheni", Ministerul Mediului – Agenția Națională pentru Protecția Mediului, a comunicat, faptul că *„întrucât proiectul de investiție se desfășoară pe teritoriul mai multor județe, acesta nu poate fi împărțit în secțiuni succesive mai scurte, pentru că, în acest caz se exclude evaluarea cumulată a impactului asupra mediului pentru proiect ca întreg, nerespectându-se prevederile legislației specifice mediului"*, ori, în răspunsul la notificarea prealabilă autoritatea contractantă precizează că pentru fiecare proiect care se află pe teritoriul mai multor județe este necesară *„inclusiv cumularea efectelor [n.n. asupra mediului] cu cele ale altor proiecte existente și/sau aprobate, conform legislației în domeniul protecției mediului"*, recunoscând astfel, în mod implicit, că elaborarea studiului de evaluare adecvată și a studiului de impact asupra mediului în mod neunitar, exclusiv pentru un tronson, nu se poate realiza.

În dovedirea susținerilor sale, [redacted] a depus la dosarul cauzei, în copie, adresa nr.1/180/GA/24.01.2012, emisă de Ministerul Mediului și Pădurilor – Agenția Națională pentru Protecția Mediului.

Din documentele depuse de părţi şi din susţinerile acestora, Consiliul constată următoarele:

COMPANIA NAȚIONALĂ DE ADMINISTRARE A INFRASTRUCTURII RUTIERE SA, în calitate de autoritate contractantă, a inițiat procedura de atribuire prin „licitație deschisă", online, fără etapă finală de licitaţie electronică, a contractului de achiziție publică de servicii având ca obiect „Elaborare Studiu de fezabilitate și Proiect Tehnic pentru drum de mare viteză Ploiești-Buzău", coduri CPV 71322500-6 (Rev. 2) și 71241000-9 (Rev. 2), prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr. 171707/24.11.2016, stabilind „termenul limită pentru primirea ofertelor sau a cererilor de participare" la 05.01.2017 (decalat ulterior prin anunțul de tip erată nr. 97085/16.12.2016 la anunțul de participare nr. 171707/24.11.2016, la data de 17.01.2017), criteriul de atribuire „cel mai bun raport calitate-preț" și o valoare estimată fără TVA între 23.032.579,36 și 27.220.411,97 RON.

La data de 05.12.2016, în temeiul dispoziţiilor art. 6 din Legea nr. 101/2016, [redacted] a transmis autorităţii contractante, notificarea prealabilă nr. 1926/05.12.2016, prin care a solicitat adoptarea următoarelor măsuri de remediere cu privire la documentația de atribuire:

- „Eliminarea cerințelor ce contravin legislației privind protecția mediului din documentația de atribuire, în special Directivei EIA 85/337/CEE, și modificarea documentației de atribuire în conformitate cu prevederile legale în vigoare (...)";
- eliminarea din cadrul caietului de sarcini a unor riscuri și asumarea acestora de către beneficiar;
- punerea în aplicare a dispozițiilor art. 153 din Legea nr. 98/2016 și decalarea termenului de depunere a ofertelor".

Prin adresa nr. 92/79406/08.12.2016, autoritatea contractantă a răspuns la notificarea prealabilă transmisă de [redacted]

comunicându-i că nu va adopta măsuri de remediere cu privire la primele două solicitări, însă va asigura un termen rezonabil și echitabil în vederea pregătirii ofertelor, prelungind în consecință termenul limită pentru primirea ofertelor.

Fiind nemulțumită de răspunsul primit, la data de 19.12.2016, [redacted] a transmis Consiliului, prin fax, contestația nr. 2005/ 19.12.2016, care formează obiectul prezentului dosar solicitând „anularea în parte a răspunsului autorității contractante nr. 92/79406/ 08.12.2016 și obligarea acesteia la adoptarea măsurilor de remediere a documentației de atribuire, astfel cum au fost acestea solicitate prin notificarea prealabilă de remediere" și suspendarea procedurii de atribuire până la soluționarea contestației.

Prin Încheierea nr. 266/C5/2848 din 22.12.2016, Consiliul a admis cererea de suspendare a procedurii de atribuire formulată de [redacted] și a dispus suspendarea procedurii de atribuire.

În continuare, Consiliul procedează la analiza punctuală a criticilor formulate de contestatoare.

Prima critică formulată de contestatoare, se referă la refuzul autorității contractante materializat în răspunsul la notificarea prealabilă, de a da curs solicitării de eliminare din cadrul documentației de atribuire a cerințelor ce contravin legislației privind protecția mediului, în special Directivei EIA 85/337/CEE.

Măsura de remediere solicitată este justificată, în opinia contestatoarei, de împrejurarea că tronsonul de drum expres Ploiești - Buzău face parte, împreună cu tronsoanele Buzău – Focșani, Focșani – Bacău, Bacău-Pașcani, conform caietului de sarcini, din TEN-T CORE cât și din rețeaua rutieră TEN-T CENTRALĂ, pe întreaga lungime a rețelei din țara noastră, la nivel de drum de mare viteză, iar întrucât acestea se desfășoară pe teritoriul mai multor județe, divizarea pe secțiuni succesive mai scurte exclude evaluarea cumulată a impactului asupra mediului, fapt ce contravine reglementărilor legislației privind protecția mediului, Directivei EIA 85/337/CEE, elaborarea studiului de evaluare adecvată și a studiului de impact asupra mediului în mod neunitar, exclusiv pentru un tronson, conducând la imposibilitatea obținerii acordului de mediu.

Contestatoarea mai arată că în Master Planul General de Transport, aprobat prin HG nr. 666/2016, apare, ca fiind un sector al proiectului de infrastructură denumit Drum expres: Siret Expres cu indicativul DX5 și întrucât sectoarele acestui proiect se desfășoară pe teritoriul mai multor județe, divizarea pe secțiuni succesive, mai scurte, exclude evaluarea cumulată a impactului asupra mediului, fapt ce contravine reglementărilor legislației privind protectia mediului, Directivei 2011/92/UE/EIA 85/337/CEE/, cerința din Caietul de sarcini privind elaborarea studiului de evaluare adecvată și a studiului de impact asupra mediului în mod neunitar, exclusiv pentru un tronson, contravenind normelor imperative în materie și având drept consecință imposibilitatea obținerii acordului de mediu.

Consiliul reține că autoarea contestației susține că evaluarea cumulată a impactului asupra mediului pentru proiect ca un întreg nu se

poate realiza prin divizarea proiectului în mai multe secțiuni, acordul de mediu neputând fi obținut decât pentru proiectul de infrastructură care include toate cele 4 sectoare de drum.

În sprijinul susținerilor sale, contestatoarea invocă adresa nr. 1/180/GA/24.01.2012, emisă de Ministerul Mediului și Pădurilor – Agenția Națională pentru Protecția Mediului.

Analizând susținerile autorității contractante, Consiliul le apreciază ca fiind relevante soluționării cauzei pe următoarele:

- Directiva EIA 85/337/CEE a fost abrogată, fiind înlocuită cu Directiva 2011/92/UE **privind evaluarea efectelor anumitor proiecte publice și private asupra mediului;**

- în calitate de ordonator principal de credite, Ministerul Transportului, prin adresa nr. 92/43395/14.07.2016, a comunicat autorității contractante, următoarele:

*„(...) vă comunicăm că **proiectele ce fac parte din Coridorul IX (Drumul Siretului DX5)**, Ploiești – Buzău, Buzău – Focșani, Focșani – Bacău se regăsesc în prima perioadă de programare a Master Planului General de Transport. (...) Prin prezenta adresă, Ministerul Transporturilor, ca ordonator principal de credite al CNADNR S.A., consideră oportună demararea SF, PT DTAC și Autorizațiile de construire, pentru sectoarele de drum expres/autostrada Ploiești – Buzău, Buzău – Focșani, Focșani – Bacău și Bacău – Pașcani. (...)";*

- Ministerul Transportului a comunicat CNAIR SA, anterior demarării procedurii, *„Lista proiectelor prioritizate pentru sectorul rutier conform MPGT pentru perioada de programare 2014-2010"*, varianta actualizată, în care secțiunile de drum Ploiești – Buzău, Buzău – Focșani, Focșani – Bacău și Bacău – Pașcani se regăsesc la poziții distincte (poz.3-6), sub denumirea ***„Proiecte noi (Core) identificate în MPGT** – Drum expres"*.

În consecință, sectoarele de drum menționate mai sus sunt identificate ca proiecte distincte, prin urmare ca obiective de investiții separate, chiar dacă fac parte din Coridorul European – Coridor IX Paneuropean Siret Expres.

Verificând documentele aflate la dosarul cauzei, Consiliul reține că Strategia de Contractare nr. 14/6811/18.11.2016 vizează *„Elaborare Studiu de Fezabilitate și Proiect Tehnic pentru drum de mare viteză Ploiești-Buzău"*, iar Programul achizițiilor publice pentru anul 2016, înregistrat sub nr.14/4167/27.09.2016, emis de autoritatea contractantă, include coloana „Contracte de servicii", cu rubricile *„Elaborare studii de fezabilitate și proiect tehnic pentru Drum de mare viteză Ploiești – Buzău"*, *„Elaborare studii de fezabilitate și proiect tehnic pentru Drum de mare viteză Buzău – Focșani"*, *„Elaborare studii de fezabilitate și proiect tehnic pentru Drum de mare viteză Focșani – Bacău"*.

Înscrisurilor susmenționate, care constituie dovezi în susținerea punctului de vedere al autorității contractante, contestatoarea le opune adresa nr.1/180/GA/2401.2012, emisă de Ministerul Mediului și Pădurilor – Agenția Națională pentru Protecția Mediului, în care se precizează:

„Urmarea adreselor (...), referitoare la solicitarea de obținere a acordului de mediu pentru proiectele de investiție Autostrada Ditrău –

Târgu Neamț și Autostrada Târgu Mureș – Ditrău, vă comunicăm următoarele:

- Proiectele: Autostrada Ditrău – Târgu Neamț și Autostrada Târgu Mureș – Ditrău, fac parte din proiectul de investiție Autostrada Târgu Mureș – Iași – Ungheni, respins de către ANPM prin decizia nr.14/09.08.2011 pentru nerespectarea termenelor din procedura de reglementare;

- Autostrada Târgu Mureș – Iași – Ungheni proiect de infrastructură care se desfășoară pe teritoriul mai multor județe, nu poate fi divizat în secțiuni succesive mai scurte pentru că în acest caz se exclude evaluarea cumulată a impactului asupra mediului pentru proiect ca întreg nerespectându-se în totalitate cerințele Directivei EIA (85/337/CEE)".

Consiliul constată că documentul invocat de contestatoare se referă la un alt proiect de investiție, iar nu la Coridorul IX (Drumul Siretului DX5), prin urmare nu prezintă relevanță, astfel că susținerile contestatoarei nu au relevanță în soluționarea cauzei.

În ceea ce privește susținerea contestatoarei referitoare la faptul că anterior lansării procedurii autoritatea contractantă trebuia să dea dovadă de diligență, solicitând punct de vedere Agenției Naționale pentru Protecția Mediului sau Ministerului Mediului, acțiune pe care a decis însă să o realizeze abia după formularea de către societatea sa a contestației, sens în care solicită ca autoritatea contractantă să depună la dosarul răspunsul/răspunsurile primite invocând dispozițiile art. 20 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, Consiliul o va înlătura deoarece conform prevederilor art. 249 C.proc.civ. „Cel ce face o susținere în cursul procesului trebuie să o dovedească, în afară de cazurile prevăzute de lege", regulă exprimată prin adagiul „actori incubit onus probandi" (reclamantului îi incumbă sarcina probei), astfel încât contestatoarea nu poate pretinde ca organul administrativ jurisdicțional/autoritatea contractantă să administreze probe în favoarea sa, sarcina probei revenindu-i.

Față de această situație, Consiliul apreciază că în speță are incidență principiul stipulat la art. 2 alin. (2) lit. f) din Legea nr. 98/2016, și anume „asumarea răspunderii", conform căruia autoritatea contractantă răspunde pentru deciziile adoptate pe parcursul derulării procesului de achiziție publică.

În consecință, Consiliul constată că drumul Ploiești-Buzău reprezintă un proiect distinct de celelalte, așa cum arată și autoritatea contractantă, ofertantului revenindu-i obligația de a efectua evaluarea cumulată a impactului asupra mediului cu referire la acest obiectiv, sens în care se interpretează și prevederea din documentația de atribuire la care face contestatoarea referire, aplicarea legislației indicată de acesta nefiind exclusă în condițiile în care proiectul se derulează pe teritoriul mai multor județe.

În ceea ce privește obligația ofertantului de a obține acordul de mediu, după cum corect susține autoritatea contractantă, potrivit Anexei nr.2 – „Conținutul – cadru al studiului de fezabilitate", a H.G. nr. 28/2008 privind aprobarea conținutului cadru al documentației tehnico – economice aferente investițiilor publice, precum și a structurii și

metodologiei de elaborare a devizului general pentru obiective de investiții și lucrări de investiții, structura minim obligatorie a Studiului de Fezabilitate include, printre altele, următoarele:

„A: Piese scrise (...)

Informații generale privind proiectul: (...)

3. date tehnice ale investiției: (...)

*g) **concluziile evaluării impactului asupra mediului**" (...)*

Avize și acorduri de principiu

*4. **Acordul de mediu**,"*

Astfel fiind, o înlăturare a obligației de obținere a acordul de mediu, așa cum urmărește contestatoarea, ar conduce la întocmirea unui document care nu întrunește condițiile legale de validitate ale unui studiului de fezabilitate. De altfel, în optica contestatoarei, s-ar impune realizarea evaluării impactului asupra mediului și obținerea acordului de mediu pentru întreg Coridorul IX, situație în care o modificare a documentației de atribuire nu este suficientă, fiind necesară chiar anularea procedurii, soluție pentru care contestatoarea, însă, nu a optat, obiectul contestației sale fiind „anularea în parte a răspunsului autorității contractante nr. 92/79406/08.12.2016 și obligarea acesteia la adoptarea măsurilor de remediere a documentației de atribuire, astfel cum au fost acestea solicitate prin notificarea prealabilă de remediere".

Prin urmare, solicitarea contestatoarei apare ca neîntemeiată și din această perspectivă.

Referitor la solicitarea contestatoarei de eliminare din cadrul caietului de sarcini a următoarelor riscuri și asumarea lor de către beneficiar:

- Risc de întârziere în prestarea serviciilor, în baza observațiilor sau cerințelor speciale formulate de către autoritățile competente de mediu, de către administratorii/custozii ariilor naturale protejate (Situri Natura 2000), de către ONG-uri și/sau alte organizații similare, de către publicul participant la dezbaterile publice sau alți factori implicați în derularea procedurilor de mediu.

- Riscul ca pe parcursul derulării serviciilor solicitate în cadrul acestui caiet de sarcini să apară modificări în legislația și reglementările tehnice aplicabile în domeniul mediului, eventual pot apărea noi arii protejate Natura 2000 sau anumite arii Natura 2000 să fie extinse, iar pentru schimbările apărute pe parcurs, Prestatorul trebuie să țină cont de acestea și va face toate demersurile în vederea obținerii documentelor de reglementare în domeniul protecției mediului.

- Riscul de întârzieri în obținerea avizelor din partea Autorităților Române, ori plângerile apărute în perioada consultațiilor publice(ex. probleme de mediu, probleme de patrimoniu cultural, etc.) cu impact asupra termenului de finalizare și livrare a studiului de fezabilitate sau a altor servicii și lucrări solicitate, conform caietului de sarcini.

- Riscul să apară întârzieri și/sau alte dificultăți în obținerea de către Prestator a tuturor avizelor, acordurilor, permiselor și a autorizațiilor necesare, având în vedere implicarea mai multor autorități și instituții în emiterea acestora, care pot impune diverse condiții și/sau constrângeri. Imposibilitatea de obținere de către Prestator la timp sau chiar deloc a

unuia sau mai multor avize/acorduri poate genera riscuri care pot conduce la imposibilitatea de obținere a Acordului de Mediu sau a altor autorizații necesare, fapt ce ar determina blocarea realizării proiectului,

Consiliul constată că acestea se regăsesc la cap.3.2 din caietul de sarcini, pag.11, ca *„**riscuri generale** pe care (n.n. autoritatea contractantă) le aduce la cunoștința Prestatorului".*

Cu privire la acestea, în caietul de sarcini se regăsește și prevederea având conținutul: *„**Prestatorul își va asuma riscurile generale** identificate de Beneficiar prin participarea sa la procedura de achiziție publică precum și prin semnarea contractului **și nu va avea nicio pretenție în cazul apariției acestora, cu excepția cazurilor în care culpa se datorează unor terțe părți sau unor motive neimputabile acestuia. Lipsa culpei va trebui să fie dovedită de către Prestator.**".*

Față de aceste ultime prevederi, Consiliul constată că autoritatea contractantă a exclus angajarea răspunderii ofertantului în situații independente de orice culpă a acestuia și, totodată, a prevăzut situația în care acesta poate emite pretenții în cazul apariției riscurilor (***nu va avea nicio pretenție în cazul apariției acestora, cu excepția cazurilor în care culpa se datorează unor terțe părți sau unor motive neimputabile acestuia.)***

Așadar, prestatorul este obligat să suporte riscurile în discuție în măsura în care se datorează culpei sale proprii, acesta fiind cazul în care nu se pot emite pretenții, iar nu și situația în care se datorează culpei unor terți.

Prevederea susenunțată însă vine în contradicție cu cea conform căreia *„**Pretul ofertei include riscurile generale** (...), iar prestatorul nu va avea nicio pretenție de orice natură (materială, financiară etc) în cazul apariției acestora"*, autoritatea contractantă anihilând astfel, caracterul echitabil al prevederii anterioare, prin obligarea ofertantului să suporte consecințele decurgând din acțiunile/inacțiunile unor terți.

Mai mult, se observă, după cum corect susține contestatorul, că autoritatea contractantă nu a inclus în documentația de atribuire informații privitoare la modul cum vor fi evidențiate respectivele riscuri (valoric) în ansamblul propunerii financiare, or, potrivit art. 154 din Legea nr. 98/2016, aceasta *„(...) are obligația de a elabora documentația de atribuire care conține toate informațiile necesare pentru a asigura operatorilor economici o informare completă, corectă și precisă cu privire la cerințele achiziției, obiectul contractului și modul de desfășurare a procedurii de atribuire."*

Prin urmare, în condițiile în care ofertantul nu este obligat să răspundă pentru întârzieri de care nu este culpabil, se impune înlăturarea prevederii conform căreia *„**Pretul ofertei include riscurile generale** (...), iar prestatorul nu va avea nicio pretenție de orice natură (materială, financiară etc) în cazul apariției acestora"*, sau circumstanțierea ei astfel încât să rezulte că ofertantul nu va avea nicio pretenție în situația îndeplinirii necorespunzătoare a contractului, din culpa sa, în corelație cu prevederea anterioară.

Chiar dacă autoritatea contractantă are o poziție privilegiată în cadrul contractului de achiziție publică, interesul public nu poate constitui temei al încălcării unor prevederi legale, relevante fiind aici dispozițiile art. 15 din Noul cod civil, conform cărora ***„niciun drept nu poate fi exercitat în scopul de a vătăma sau păgubi pe altul ori într-un mod excesiv sau nerezonabil, contrar bunei-credințe."***

În ceea ce privește decalarea termenului de depunere a ofertelor, față de obligațiile autorității contractante de a pune în practică măsura de remediere susmenționată și de a răspunde solicitărilor de clarificări, în considerarea art. 153 alin. (1) și (3) din Legea nr. 98/2016, termenul limită de depunere a ofertelor se va prelungi cu un termen rezonabil, necesar întocmirii ofertelor.

În acest context, Consiliul reține că prin anunțul de tip erată nr. 97085/16.12.2016 la anunțul de participare nr. 171707/24.11.2016, autoritatea contractantă a modificat „termenul limită pentru primirea ofertelor sau a cererilor de participare" de la 05.01.2017 ora 16:00 la 17.01.2016 ora 16:00 termen care urmează a se prelungi, conform aliniatului anterior.

În ceea ce privește cererea contestatoarei privind comunicarea „Punctului de vedere formulat de autoritatea contractantă la data de 21.12.2016, înregistrat la Consiliu sub nr. 39228 (...) precum și a oricăror alte «Puncte de vedere»/completări ale «Punctelor de vedere»", Consiliul constată că documentul în cauză, reprezintă Punctul de vedere nr. 85467/21.12.2016 formulat de autoritatea contractantă referitor la cererea de suspendare a procedurii de atribuire formulată de către contestatoare, despre care [redacted] a luat la cunoștință din cuprinsul Încheierii nr. 266/C5/2848/22.12.2016 prin care a fost soluționată, în sensul admiterii, cererea acesteia privind „suspendarea procedurii de atribuire în conformitate cu prevederile art. 22 din Legea nr. 101/2016, până la soluționarea prezentei contestații", astfel încât, Consiliul apreciază că nu este oportună și nici necesară comunicarea acestui document care nu are nici o relevanță pe fondul cauzei.

Luând în considerare aspectele de fapt și de drept mai sus menționate, în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (2) şi (5) din același act normativ, Consiliul va admite, în parte, contestația formulată de [redacted] și, pe cale de consecință, va obliga autoritatea contractantă la remedierea documentației de atribuire în sensul celor arătate în motivare și publicarea în SEAP a măsurilor intervenite, în termen de 10 zile de la primirea prezentei.

Consiliul va respinge ca nefondate criticile contestatoarei privind „eliminarea cerințelor ce contravin legislației privind protecția mediului din Documentația de atribuire, în special Directivei EIA 85/337/CEE" și eliminarea din caietul de sarcini a unor riscuri și asumarea acestora de către beneficiar.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

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

CONSILIUL DECIDE:

Admite, în parte, contestația formulată de către [redacted], în contradictoriu cu COMPANIA NAȚIONALĂ DE ADMINISTRARE A INFRASTRUCTURII RUTIERE S.A. și dispune remedierea documentației de atribuire în sensul celor arătate în motivare și publicarea în SEAP a măsurilor intervenite, în termen de 10 zile de la primirea prezentei.

Respinge ca nefondate criticile contestatoarei privind „eliminarea cerințelor ce contravin legislației privind protecția mediului din Documentația de atribuire, în special Directivei EIA 85/337/CEE" și eliminarea din caietul de sarcini a unor riscuri și asumarea acestora de către beneficiar.

Împotriva prezentei decizii se poate formula plângere în termen de 10 zile de la comunicare.