

DECIZIE

BO2011_0695

Data: .2011

Prin contestația nr. ▪ din 30.11.2010, înregistrată la C.N.S.C. cu nr. ▪ din 03.12.2010, depusă de către S.C. ▪ S.R.L., cu sediul în ▪, înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului cu nr. ▪, având C.I.F. ▪, reprezentată legal prin director general ▪, împotriva procedurii proprii de atribuire a contractului de furnizare având ca obiect „Achiziție echipamente pentru bazele de tratament”, cod CPV 33100000-1, organizată de ▪ S.A., cu sediul în ▪, se solicită următoarele:

- “a) constatarea nulității absolute a deciziei exprimată în adresa nr. ▪ din 24.11.2010;
- b) constatarea neîncadrării ▪ S.A. în situațiile precizate în adresa nr. ▪ din 28.11.2006 a ANRMAP și sesizarea, în temeiul art. 278 alin. (3) a ANRMAP și a Unității pentru Coordonarea și Verificarea Achizițiilor Publice;
- c) obligarea autorității contractante la reluarea procedurii de atribuire cu aplicarea dispozițiilor O.U.G. nr. 34/2006”.

În baza documentelor depuse de părți,
CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

DECIDE:

Admite excepția inadmisibilității contestației depusă de către S.C. ▪ S.R.L., cu sediul în ▪, în contradictoriu cu ▪ S.A., cu sediul în ▪ și, pe cale de consecință, respinge contestația, ca inadmisibilă.

Obligatorie.

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

MOTIVARE

În luarea deciziei, s-au avut în vedere următoarele:

Prin contestația nr. ▪ din 30.11.2010, înregistrată la C.N.S.C. cu nr. ▪ din 03.12.2010, S.C. ▪ S.R.L. critică procedura de atribuire, prin „cerere de oferte”, a contractului de furnizare având ca obiect „Achiziție echipamente pentru bazele de tratament”, organizată de ▪ S.A., solicitând următoarele:

”a) constatarea nulității absolute a deciziei exprimate în adresa nr. ▪ din 24.11.2010, prin care s-a comunicat rezultatul procedurii de atribuire, constând în anularea procedurii de atribuire a contractului, decizie luată cu încălcarea dispozițiilor art. 209 din O.U.G. nr.34/2006, a scopului și principiilor O.U.G. nr. 34/2006;

b) constatarea neîncadrării ▪ S.A. în situațiile precizate în adresa nr. ▪ din 28.11.2006 a ANRMAP, având ca unică consecință, obligativitatea aplicării de către aceasta a dispozițiilor O.U.G. nr. 34/2006, și, în temeiul art. 278 alin. (3) din O.U.G. nr. 34/2006, a ANRMAP și a Unității pentru Coordonarea și Verificarea Achizițiilor Publice;

c) obligarea autorității contractante la reluarea procedurii de atribuire cu aplicarea dispozițiilor O.U.G. nr. 34/2006”.

În motivare, contestatorul arată că, prin adresa nr. ▪ din 24.11.2010, ▪ S.A. i-a comunicat decizia comisiei de evaluare de a anula procedura de atribuire în cauză, în urma declarării ofertelor, ca neconforme, și a constatării unor omisiuni în documentația de atribuire, care au avut ca efect încălcarea principiilor prevăzute în procedurile interne, față de care nu se mai pot adopta măsuri corective, fără ca acestea să conducă la încălcarea principiilor respective.

În opinia contestatorului, ▪ S.A., încadrându-se în categoria autorităților contractante, în sensul dispozițiilor art. 8 din O.U.G. nr. 34/2006, avea obligația de a aplica dispozițiile O.U.G. nr. 34/2006 pentru întregul proces de evaluare a ofertelor, iar neaplicarea acestor dispoziții are drept consecință nulitatea tuturor actelor și măsurilor adoptate în cadrul acestei proceduri de atribuire.

Se învederează că, fiindu-i aplicabile dispozițiile prevăzute de O.U.G. nr. 34/2006, ▪ S.A. avea dreptul de a anula procedura de atribuire numai în cazurile expres și limitativ prevăzute de art. 209 din O.U.G. nr. 34/2006, cu indicarea expresă și explicită a temeiului de drept în raport cu care anulează procedura, și nu în conformitate cu procedurile interne.

S.C. ▪ S.R.L. susține că adresa nr. ▪ din 24.11.2010 nu respectă exigențele impuse de art. 207 alin. 2 lit. b) și d) din O.U.G. nr. 34/2006,

În contestație se arată că ▪ S.A. este o întreprindere publică, așa cum este definită la art. 3 lit. m) din O.U.G. nr. 34/2006, căreia îi este aplicabilă procedura reglementată de O.U.G. nr. 34/2006, 34/2006, fiind „autoritate contractantă”, în temeiul dispozițiilor art. 8 lit. b) din O.U.G. nr. 34/2006.

Se precizează că ▪ S.A. a fost înființată prin H.G. nr. 1469/2002, având ca acționar unic ▪, prin preluarea patrimoniului caselor de odihnă și tratament balnear ale țărănimii, instituții publice aflate în subordinea ▪, cu scopul de a stăface o nevoie de interes general (tratament balnear și recuperare a capacității de muncă), cu un caracter social și nu comercial sau industrial, ceea ce conduce la incidența ipotezei juridice reglementată de dispozițiile art. 8 lit. b) din O.U.G. nr. 34/2006.

Invocând prevederile art. 3 din H.G. nr. 1469/2002, contestatorul subliniază că nevoia de interes general, fără caracter comercial sau industrial, este satisfăcută numai prin programul ▪ (C.N.P.A.S.).

Acționarul unic - Casa Națională de Pensii și Asigurări Sociale - este o instituție publică, arată contestatorul, a cărei organizare și funcționare este reglementată prin lege (art. 8 din H.G. nr. 1469/2002), respectiv de către o altă autoritate publică, Ministrul Muncii, Familiei și Protecției Sociale, iar „Adunarea Generală a Acționarilor S.C. ▪ S.A., constituită din 3 membri, numiți și revocați prin ordin al ministrului Muncii, Familiei și Protecției Sociale (art. 8 din H.G. 1469/2002)” numește și revocă Consiliul de Administrație al societății, ales la propunerea președintelui ▪, și președintele acestui consiliu.

Contestatorul susține că ▪ S.A. este finanțată de către o autoritate publică, în sensul că, ▪ plătește serviciile prestate de aceasta din fondurile prevăzute în legea bugetului asigurărilor sociale de stat, și chiar dacă ▪ S.A. desfășoară și alte activități din obiectul de activitate, ponderea covârșitoare a veniturilor provine din decontarea, de către ▪, a serviciilor, reprezentând masa, cazarea și tratamentul pentru pensionari și alte categorii de asigurați din sistemul public de pensii.

S.C. ▪ S.R.L. susține că întreaga procedură de atribuire trebuia să fie guvernată de dispozițiile O.U.G. nr. 34/2006 și nu de cele ale dispozițiilor procedurilor interne care, deși au fost menționate în fișa de date a achiziției, nu au fost puse la dispoziția participanților la procedură.

Referitor la solicitarea de constatare a neîncadrării S.C. ▪ S.A. în situațiile precizate în adresa nr. ▪ din 28.11.2006 a ANRMAP și de sesizare a ANRMAP și a Unității pentru Coordonarea și Verificarea Achizițiilor Publice din cadrul Ministerului Finanțelor Publice, contestatorul arată că ▪ S.A. se prevalează de adresa A.N.R.M.A.P. nr. ▪ din 28.11.2006, pentru a justifica faptul că nu este obligată să aplice prevederile O.U.G. nr. 34/2006, întrucât nu se încadrează în categoria autorităților contractante, însă organizatoarea procedurii nu se află într-o concurență reală și efectivă cu ceilalți actori de pe piața serviciilor hoteliere și de tratament, ci deține exclusivitatea pentru toate serviciile de tratament balnear și recuperare oferite, derulate, decontate și, cel puțin parțial subvenționate, de ▪.

Invocând Decizia nr. ▪/23.12.2009 a Președintelui ▪, contestatorul subliniază că ▪ S.A. asigură cu precădere locuri la tratament balnear în unitățile de tratament din proprietatea ▪ și, doar, în cazul în care nu poate acoperi cererea de locuri de tratament, pot fi încheiate, „în completare”, contracte cu alte unități de profil.

Prin faptul că ▪ S.A. nu se află în concurență comercială reală cu ceilalți posibili competitori, întrucât, numai după acoperirea capacității sale, se repartizează altor operatori celelalte locuri solicitate de ▪, și prin aceea că veniturile sale sunt asigurate de contravaloarea serviciilor

pentru clienți/beneficiari de servicii captivi, respectiv pensionarii și asigurații din sistemul public, venituri decontate de o autoritate publică, respectiv ▪, care subvenționează, integral sau în parte, prețul unor bilete, conduce, în opinia contestatorului, la concluzia ca ▪ S.A. nu acționează pe o piață și după reguli concurențiale, și, pe cale de consecință, îi sunt aplicabile prevederile O.U.G. nr. 34/2006.

Se invocă prevederile art. 3 de la cap. II „Atribuții ▪” și cap. F6 din Decizia nr. ▪/23.12.2009 a Președintelui ▪

Contestatorul solicită Consiliului să constate că ▪ S.A. se află în situațiile prevăzute la art. 293 lit. d), e) și o) din O.U.G. nr. 34/2006.

Având în vedere cele precizate mai sus, S.C. ▪ S.R.L. susține că se impune sesizarea A.N.R.M.AP. și a Unității pentru Coordonarea și Verificarea Achizițiilor Publice din cadrul Ministerului Finanțelor Publice pentru sancționarea contravențiilor și pentru tragerea la răspundere a celor vinovați de neaplicarea dispozițiilor ce reglementează achizițiile publice.

Fata de cele de mai sus, contestatorul solicită admiterea contestației, așa cum a fost formulată.

Ca mijloace de probă, au fost depuse, în copie, următoarele înscrisuri: comunicare rezultat procedură nr. ▪ din 24.11.2010, H.G nr. ▪/2002, adresa A.N.R.M.A.P. nr. ▪ din 28.11.2006 și Decizia nr. ▪/2009.

Având în vedere faptul că, pe rolul Curții de Apel ▪ se afla dosarul nr. ▪/2010, având ca obiect plângerea formulată de S.C. ▪ S.R.L. împotriva deciziei C.N.S.C. nr. ▪ din 10.11.2010, prin care s-a soluționat contestația înregistrată la C.N.S.C. cu nr. ▪ din 25.10.2010, formulată de S.C. ▪ S.R.L. la documentația de atribuire a aceleiași proceduri, dat fiind faptul că soluționarea contestației este în strânsă legătură cu soluționarea plângerii, prin raportare la dispozițiile art. 244 C. proc. civ., Consiliul a solicitat părților punct de vedere cu privire la suspendarea soluționării contestației până la rămânerea irevocabilă a hotărârii care urma să fie pronunțată de Curtea de Apel ▪, în dosarul menționat.

Cu adresa nr. ▪ din 23.12.2010, înregistrată la C.N.S.C. cu nr. ▪ din 23.12.2010, S.C. ▪ S.R.L. a răspuns solicitării Consiliului în sensul că se impune suspendarea soluționării contestației, până la rămânerea irevocabilă a hotărârii Curții de Apel în dosarul nr. ▪, în temeiul art. 244 C. proc. civ.

În schimb, ▪ S.A., în răspunsul său, comunicat prin adresa nr. ▪ din 23.12.2010, înregistrată la C.N.S.C. cu nr. ▪ din 24.12.2010, arată că nu este de acord cu suspendarea, întrucât nu sunt întrunite condițiile prevăzute de art. 244 alin. 1 C. proc. civ. și solicită respingerea cererii de suspendare a soluționării contestației.

▪ susține că hotărârea care va fi pronunțată de Curtea de Apel ▪ în dosarul nr. ▪/2010 nu va decide existența sau inexistența unui drept pentru vreuna din părți, întrucât „dreptul” său de a nu respecta O.U.G.

nr. 34/2006 derivă din lege și nu din vreo hotărâre judecătorească, fapt reieșit și din adresa A.N.R.M.A.P. nr. ▪ din 22.11.2006, în care se precizează că nu se încadrează în categoria autorităților contractante.

Se învederează incidența autorității de lucru judecat, raportat la Decizia Consiliului nr. ▪ din 10.11.2010.

Prin decizia nr. ▪ din 10.01.2011, Consiliul decide suspendarea soluționării contestației nr. ▪ din 30.11.2010, înregistrată la C.N.S.C. cu nr. ▪ din 03.12.2010, depusă de S.C. ▪ S.R.L., în contradictoriu cu ▪ S.A., până la rămânerea irevocabilă a hotărârii care va fi pronunțată de Curtea de Apel ▪.

Consiliul a luat act, de pe site-ul Curții de Apel ▪, despre faptul că a fost respinsă plângerea formulată de către S.C. ▪ S.R.L., în dosarul susmenționat.

În cele ce urmează, în aplicarea dispozițiilor art. 278 alin. 1 din ordonanța de urgență, Consiliul va analiza, mai întâi, excepția inadmisibilității contestației, pe care urmează să o admită, pentru următoarele considerente:

Potrivit art. 255 alin. 1 din O.U.G. nr. 34/2006 cu modificările ulterioare, "Persoana care se consideră vătămată într-un drept al său ori într-un interes legitim printr-un act al autorității contractante **emis cu încălcarea dispozițiilor legale în materia achizițiilor publice**, are dreptul de a solicita anularea actului, obligarea autorității contractante de a emite un act, recunoașterea dreptului pretins sau a interesului legitim pe cale administrativ-jurisdicțională sau în justiție ...".

Așadar, pentru utilizarea căii administrativ-jurisdicționale, de către persoana care se consideră vătămată, în lumina articolului susmenționat, este necesar ca actul considerat nelegal să fie **emis de către o autoritatea contractantă, cu încălcarea dispozițiilor legale în materia achizițiilor publice**.

Referitor la calitatea de autoritate contractantă a unei entități, legiuitorul a indicat, în mod expres, la art. 8 din O.U.G. nr. 34/2006 cu modificările ulterioare, categoriile de subiecte de drept considerate autorități contractante, în sensul ordonanței de urgență.

Analizând înscrisurile aflate la dosarul cauzei pentru a stabili dacă ▪ S.A., este autoritate contractantă, în sensul dispozițiilor art. 8 din actul normativ menționat, Consiliul constată următoarele:

Potrivit Hotărârii nr. ▪ din 12.12.2002 privind înființarea "▪" – S.A., societatea în cauză are forma juridică de societate pe acțiuni cu capital privat, având personalitate juridică română, obiectul principal de activitate al societății fiind „realizarea programului ▪ privind tratamentul balnear și de recuperare a capacității de muncă pentru pensionarii și asigurării sistemului public de pensii”. Potrivit art. 8 al Actului constitutiv, T.B.R.C.M. desfășoară activități cu caracter comercial, cum ar fi, spre pildă, activitate hotelieră, restaurant, tratament, etc.

Consiliul se raportează, în soluționare, la dispozițiile art. 8 lit. b) din O.U.G. nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, în conformitate cu care "Este autoritate contractantă în sensul prezentei ordonanțe de urgență: (...) b) orice organism de drept public, altul decât unul dintre cele prevăzute la lit. a) cu personalitate juridică, care a fost înființat pentru a satisface nevoi de interes general **fără caracter comercial** sau industrial și care se află în cel puțin una dintre următoarele situații:

- este finanțat, în majoritate, de către o autoritate contractantă astfel cum este definită la lit. a) sau de către un alt organism de drept public;

- se află în subordinea sau este supusă controlului unei autorități contractante, astfel cum este definită la lit. a), sau a unui alt organism de drept public;

- în componența consiliului de administrație / organului de conducere sau de supervizare mai mult de jumătate din numărul membrilor acestuia sunt numiți de către o autoritate contractantă, astfel cum este definită la lit. a) sau de către un alt organism de drept public".

Față de dispozițiile legale invocate mai sus, Consiliul constată că S.A. nu se încadrează în niciunul dintre cazurile precizate expres de dispozițiile legale, societatea comercială în cauză desfășurând, așa cum s-a arătat, activități cu caracter comercial, în scopul obținerii de profit.

Verificând incidența, în cauză, a dispozițiilor art. 9 din O.U.G. nr. 34/2006 cu modificările ulterioare, text de lege care obligă un operator economic care nu are calitatea de autoritate contractantă, să respecte dispozițiile O.U.G. nr.34/2006 cu modificările ulterioare, invocat de către contestator, se constată următoarele:

Potrivit articolului susmenționat, lit. c și c¹, operatorul economic care nu are calitatea de autoritate contractantă are obligația de a aplica dispozițiile ordonanței de urgență, în cazul în care derulează procedura în vederea atribuirii unui contract de lucrări sau a unui contract de servicii, dacă sunt respectate cumulativ condițiile ca acel contract să fie finanțat/subvenționat, în mod direct, în proporție de mai mult de 50% de către o autoritate contractantă, iar valoarea estimată a contractului are o anumită valoare.

Verificând înscrisurile aflate la dosarul cauzei, Consiliul constată că S.A. a derulat procedura, în vederea atribuirii unui contract de furnizare, tip de contract care, însă, nu este indicat de articolul susmenționat, contractul ce va fi încheiat nefiind, prin urmare, un contract de achiziției publice, astfel cum este el definit la art. 3 lit. f) din ordonanța de urgență.

Mai reține Consiliul, faptul că nu este competent să se pronunțe în legătură cu proceduri care nu sunt organizate în conformitate cu

ordonanța de urgență, sau în legătură cu acte care au fost emise într-un alt temei legal, decât cel precizat.

Având în vedere caracterul de ordine publică al normelor care stabilesc competența materială a C.N.S.C. de a soluționa contestațiile formulate împotriva oricăror acte emise de autoritățile contractante, cu încălcarea dispozițiilor din materia achizițiilor publice (art.255 alin.1 coroborat cu art. 266 alin.1 din O.U.G. nr. 34/2006 cu modificările ulterioare), norme de la care nu se poate deroga prin voința părților, Consiliul constată lipsa sa de competența de a soluționa prezenta contestație, care privește o procedură exceptată de la aplicarea ordonanței de urgență.

Pentru considerentele enunțate, în temeiul art. 278 alin.5 din O.U.G. nr. 34/2006 cu modificările ulterioare, Consiliul urmează să admită excepția inadmisibilității contestației pentru lipsa competenței sale materiale de soluționare și, pe cale de consecință, să respingă contestația, ca inadmisibilă.

În sensul inadmisibilității contestațiilor care privesc proceduri derulate, de către categorii de subiecte de drept ce nu pot fi considerate autorități contractante, în baza ordonanței de urgență, pentru atribuirea unor contracte de furnizare (între contractele precizate expres la art. 9 din ordonanță), s-a pronunțat și parctica judiciară, spre pildă, Curtea de Apel ▪, Secția Contencios Administrativ și Fiscal, în dosarul nr. ▪/2010, Curtea de Apel ▪, Secția Contencios Administrativ și Fiscal prin Decizia nr. ▪/10.12.2009, Curtea de Apel ▪, Secția Contencios Administrativ și Fiscal în dosarul nr. ▪/2009, Curtea de Apel ▪ Secția Contencios Administrativ și Fiscal prin Decizia nr. ▪/01.02.2010.

Ca urmare a admiterii excepției susmenționată, Consiliul nu va mai proceda la analiza aspectelor legate de fondul cauzei.

Potrivit dispozițiilor art. 280 alin. 3 din actul normativ menționat, decizia este obligatorie.

PREȘEDINTE COMPLET,

▪

MEMBRU,

▪

MEMBRU,

▪

Redactată în 4 exemplare originale, conține 7 (șapte) pagini.