



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C. N. S. C.

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

În conformitate cu prevederile art. 266 alin. (2) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii, aprobată cu modificări și completări prin Legea nr. 337/2006, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul adoptă următoarea,

DECIZIE

Nr. ...

Data: ...

Prin contestația nr. ... din ... înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. ... din ... înaintată de ... cu sediul în având CUI ... formulată împotriva documentației de atribuire elaborată de S.C. ... S.R.L., cu sediul ..., în calitate de organizatoare a procedurii de licitație deschisă, în vederea încheierii acordului-cadru de furnizare „medicamente Programul Național de Oncologie”, s-a solicitat:

- obligarea autorității contractante la înlocuirea cuantumului de penalitate de 0,01%/zi prevăzut în documentația de atribuire, respectiv la art. 11.1 și 11.2 din contractul subsecvent de furnizare, cu un cuantum de penalitate cel puțin egal cu dobânda legală penalizatoare, respectiv cu 0,036%/zi întârziere;
- obligarea autorității contractante de a emite documentația aferentă procedurii de achiziție cu respectarea condițiilor stabilite de dispozițiile legale în materie și prin remedierea actelor care afectează această procedură.

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

DECIDE:

În temeiul art. 132 alin. (1) Cod procedură civilă, coroborat cu art. 297 din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii, cu modificările și completările ulterioare, pentru considerentele de mai jos declină competența de soluționare a contestației ... în contradictoriu cu ... către Tribunalul ..., Secția contencios administrativ și fiscal.

Dispune trimiterea de îndată a dosarului către această instanță judecătorească, potrivit art. 132 alin. 3 Cod procedură civilă.

Fără cale de atac.

MOTIVARE

În luarea deciziei s-au avut în vedere următoarele:

Prin contestația nr. ... din ... înregistrată la Consiliu cu nr. ... din ... în calitate de operator economic interesat de participarea la procedura de licitație deschisă organizată de ... critică faptul că aceasta a introdus în documentația de atribuire, pentru achiziția de medicamente - cod CPV: 33652100-6 Antineoplazice (Rev.2), la art. 11.1 și 11.2 din contractul subsecvent de furnizare, dispoziții potrivit cărora penalitățile aplicate pentru neîndeplinirea obligațiilor asumate sunt de 0.01%/zi.

Prin adresa nr. 16991/...-... respectiv adresa nr. 16992/...-... Consiliul a cerut părților în litigiu, următoarele:

- explicații și documente din care să rezulte încadrarea ... în una dintre categoriile de autorități contractante stabilite la art. 8 din ordonanță sau incidența dispozițiilor art. 9 din ordonanță;

- punctul de vedere față de excepția inadmisibilității contestației la Consiliu, pentru situația în care societatea organizatoare a procedurii nu are calitate de autoritate contractantă sau nu sunt incidente dispozițiile art. 9 din ordonanță, respectiv punctul de vedere asupra declinării cauzei către Tribunalul ..., Secția contencios administrativ și fiscal.

... transmis adresa nr. 957 din 02.09.2013, înregistrată la Consiliu cu nr. 29273 din 03.09.2013, prin care solicită respingerea excepției inadmisibilității contestației, ca fiind neîntemeiată. În susținere, aceasta arată că ... este un centru medical privat, organizat cu avizul Ministerului Sănătății nr. 11/A/5265/4359/2012. De asemenea, invocă prevederile HG nr. 117/2013, ale HG nr. 124/2013 și ale Ordinului Casei Naționale de Sănătate nr. 190/2013.

... a transmis adresa nr. 627 din 02.09.2013, înregistrată la Consiliu cu nr. 29277 din 03.09.2013, precizând că principalul obiect de activitate este spitalizarea de zi în profilul Oncologie medicală al pacienților înscriși în Programul Național de Oncologie, activitate finanțată integral din bugetul CJAS ... și desfășurată în conformitate cu prevederile Legii nr. 95/2006, HG nr. 117/2013 pentru aprobarea Contractului cadru privind condițiile acordării asistenței medicale, HG nr. 124/2013 pentru aprobarea programelor naționale de sănătate și Ordinul nr. 190/2013.

Având în vedere prevederile Ordinul nr. 190/2013, ... consideră că procedurile organizate se circumscriu dispozițiilor art. 8 lit. b) din OUG nr. 34/2006.

În susținere, aceasta atașează copia contractului nr. 1869/2012, pentru finanțarea programelor/subprogramelor din cadrul Programul Național cu scop curativ în anul 2012, însoțit de Actul adițional, copia contractului nr. 1869/2013, pentru finanțarea programelor/subprogramelor din cadrul Programul Național cu scop curativ în anul

2013 și 2014, Autorizația de funcționare, și alte documente pe care le-a considerat necesare.

Având în vedere cele susținute de organizatoarea procedurii, Consiliul a revenit cu adresa nr. 17299/...-... prin care i-a solicitat copia certificatului constatator emis de Oficiul Registrului Comerțului, precum și documente din care să rezulte că, SC ... SRL a fost înființată pentru a satisface nevoi de interes general, fără caracter comercial, pentru a se încadra în categoria autorităților contractante stabilite la art. 8 lit. b) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006.

SC ... SRL a comunicat adresa nr. 634 din 04.09.2013, înregistrată Consiliu cu nr. 29616 din 04.09.2013, arătând că, potrivit art. 165, 171 și 174 din Legea nr. 95/2006, se asimilează spitalelor private și unitățile sanitare private înființate în cadrul unor organizații nonguvernamentale sau al unor societăți comerciale, care acordă servicii medicale spitalicești, spitalul public sau privat fiind de utilitate publică, fiind înființat pentru a satisface nevoi de interes general, public, util întregii colectivități. De asemenea, aceasta precizează că, respectivele costuri cu tratamentul bolnavilor înscriși în Programul Național de Oncologie sunt suportate integral de la bugetul de stat.

Concluzia organizatoarei procedurii este că, activitatea pe care o desfășoară satisface nevoi de interes general, pentru derularea Programului Național de Oncologie, prin achizițiile publice de medicamente specifice tratamentului oncologic, nu aplică adaos comercial, nu obține profit, iar pacienții nu suportă cheltuielile cu aceste tratamente.

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

Având a se pronunța asupra competenței sale în soluționarea contestației cu care a fost investit, Consiliul observă că în fișa de date, ... este indicată ca fiind „autoritate contractantă”.

Acordul-cadru care urmează a fi încheiat are ca obiect „medicamente Programul Național de Oncologie”, finanțat din veniturile obținute din contractele încheiate cu Casa de Sănătate ... pentru „Programul Național de Oncologie”.

Art. 255 alin. (1) din ordonanță dispune că „orice persoană care se consideră vătămată într-un drept ori într-un interes legitim printr-un act al autorității contractante, prin încălcarea dispozițiilor legale în materia achizițiilor publice, poate solicita, prin contestație, anularea actului, obligarea autorității contractante de a emite un act, recunoașterea dreptului pretins sau a interesului legitim pe cale administrativ-jurisdicțională [...]”. Astfel, ca prim aspect este de notat că textul legal reproduș privește în mod exclusiv ipoteza vătămării cauzate printr-un act al unei autorități contractante, ceea ce presupune obligația verificării prealabile dacă ... are sau nu calitatea de autoritate contractantă.

Calea administrativ-jurisdicțională se poate exercita la Consiliu numai împotriva actelor vătămătoare provenind *de la o autoritate contractantă* (regulă care comportă două excepții, neincidente în speță), iar nu de la orice entitate organizatoare de licitații.

La art. 8 lit. b) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006 se prevede că este autoritate contractantă „oricare organism, 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 cel puțin în 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 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”.

Din documentele prezentate de ... nu rezultă că aceasta a fost înființată pentru a satisface nevoi de interes general fără caracter comercial. Societatea respectivă este persoană juridică de drept privat, cu statut juridic reglementat de Legea nr. 31/1990 cu privire la societățile comerciale, înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului cu nr. J16/402/2012. Conform certificatului constatator existent la dosarul cauzei, ... poate desfășura activități încadrate în următoarele coduri CAEN: 7211- cercetare dezvoltare în biotehnologie; 7219 - cercetare dezvoltare în alte științe naturale și inginerie; 8610-activități de asistență spitalicească; 8621-activități de asistență medicală generală; 8622- activități de asistență medicală specializată; 8623-activități de asistență stomatologică; 8690-alte activități referitoare la sănătatea umană. Fiind organizată ca societate cu răspundere limitată (SRL) organizatoarea este o societate comercială cu scop lucrativ, adică urmărește obținerea de profit în urma activității pe care o desfășoară. În același timp, prin adresa nr. XI/A/5265/4359/28.09.2012 emisă de Ministerului Sănătății se precizează că se avizează funcționarea centrului medical privat cu următoarea structură: spitalizare de zi (oncologie medicală și hematologie) – 17 paturi; cabinete de consultații în specialitățile: oncologie medicală, hematologie, cardiologie, medicină internă; sală de tratamente; punct de recoltare probe biologice; farmacie.

Raportat la statutul de persoană juridică de drept privat al ... faptul că ... a fost selectată să participe la implementarea programului național de oncologie nu face din aceasta o autoritate contractantă conform dispozițiilor art. 8 din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006.

De asemenea, faptul că acest centru medical privat funcționează în baza avizului Ministerului Sănătății (aviz ce este obligatoriu oricărui spital privat conform art. 174 alin. (6) din Legea nr. 95/2006 privind reforma în domeniul sănătății) iar modul de implementare a programului de oncologie este monitorizat de Ministerul Sănătății nu face din acesta

o autoritate contractantă conform prevederilor aceluiași art. 8 din OUG nr. 34/2006.

În considerarea celor ce preced, deoarece nu sunt îndeplinite prescripțiile art. 8 din ordonanța în discuție, Consiliul stabilește că ... nu are calitatea de autoritate contractantă în cadrul procedurii organizată pentru încheierea acordului-cadru de furnizare „medicamente Programul Național de Oncologie”.

De asemenea, dispozițiile art. 9 lit. c) și c) ind. 1 prevăd aplicabilitatea ordonanței, în mod excepțional, și pentru:

"c) atribuirea, de către un operator economic fără calitate de autoritate contractantă, a unui contract de lucrări, în cazul în care se îndeplinesc în mod cumulativ următoarele condiții:

- respectivul contract este finanțat/subvenționat în mod direct, în proporție de mai mult de 50%, de către o autoritate contractantă;

- valoarea estimată a respectivului contract este mai mare decât echivalentul în lei a 5.000.000 euro;

c1) atribuirea, de către un operator economic fără calitate de autoritate contractantă, a unui contract de servicii, în cazul în care se îndeplinesc în mod cumulativ următoarele condiții:

- respectivul contract este finanțat/subvenționat în mod direct, în proporție de mai mult de 50%, de către o autoritate contractantă;

- valoarea estimată a respectivului contract este mai mare decât echivalentul în lei a 200.000 euro".

În speță, contractul care se atribuie nu este nici de lucrări și nici de servicii, ci de furnizare de produse, de unde rezultă că nu sunt îndeplinite condițiile cumulative de la art. 9 lit. c) sau c) ind. 1 din ordonanță și, în consecință, Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006 nu este aplicabilă achiziției.

De altminteri, prin art. 2 și 3 ale Ordinului președintelui Autorității Naționale pentru Reglementarea și Monitorizarea Achizițiilor Publice nr. 313/2011 cu privire la interpretarea anumitor dispoziții privind procedurile de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii, s-a stabilit în mod limpede că:

- dispozițiile Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 34/2006, nu sunt aplicabile entităților juridice fără calitatea de autoritate contractantă care nu se încadrează în prevederile art. 9 lit. c) și c) ind. 1 din aceeași ordonanță, cum este și ...;

- orice document emis de alte organisme/autorități, cu excepția Autorității Naționale pentru Reglementarea și Monitorizarea Achizițiilor Publice, prin care se impune respectarea de către entitățile antemenționate a regulilor privind derularea procedurilor de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii, nu produce efecte juridice.

Determinând că, în cauză, societatea organizatoare a procedurii nu are calitatea de autoritate contractantă și luând în considerare dispozițiile art. 9 și 255 din ordonanța precitată, în situația prezentă nu

au incidență procedurile de atribuire și de soluționare a contestațiilor de Consiliu instituite prin ordonanță, achizitorul nefiind autoritate contractantă. Normele de competență materială fiind de ordine publică, organizatoarea sau participantii la procedură nu pot deroga de la acestea, în sensul extinderii competenței Consiliului la soluționarea de contestații ce vizează proceduri unde legea nu obligă la aplicarea Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 34/2006.

O interpretare contrară ar conduce în mod absurd la obligarea organismului administrativ-jurisdicțional (Consiliul) să soluționeze contestații în toate domeniile posibile și în funcție de opțiunea oricăror organizatori (care nu sunt neapărat autorități contractante) de diverse proceduri. Aspectul că, în documentația de atribuire societatea comercială s-a autointitulat „autoritate contractantă” și a indicat Consiliul ca fiind competent să soluționeze contestațiile la procedură nu are nicio relevanță, întrucât calitatea de autoritate contractantă este stabilită de lege, iar nu de fiecare organizatoare a achiziției, după cum nici competența Consiliului nu o poate decide cea din urmă, ci doar legea.

Determinând că nu au relevanță în cauză prescripțiile cap. IX din ordonanță, competența de soluționare a contestațiilor se stabilește pe baza dreptului comun, persoanele care se consideră vătămate putând apela la instanțele judecătorești competente. Așadar, întrucât soluționarea contestației de față nu intră în sfera de competență materială a Consiliului și luând în considerare:

- deciziile Curții Constituționale nr. 284 din 27 martie 2012 și nr. 507 din 15 mai 2012;

- art. 8 alin. (2) din Legea nr. 554/2004: „Instanța de contencios administrativ este competentă să soluționeze litigiile care apar în fazele premergătoare încheierii unui contract administrativ, precum și orice litigii legate de aplicarea și executarea contractului administrativ”;

- art. 132 alin. 1 Cod procedură civilă, potrivit căruia instanța de judecată este obligată să stabilească instanța competentă ori, dacă este cazul, un alt organ cu activitate jurisdicțională competent;

- art. 1, 266 alin. (1) și art. 297 – „în măsura în care prezenta ordonanță de urgență nu prevede altfel, sunt aplicabile dispozițiile dreptului comun” - din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006, Consiliul va admite excepția necompetenței sale în materie, ridicată din oficiu, și, constatând lipsa sa de competență în soluționarea contestației aflate pe rol, urmează a face aplicarea art. 132 Cod procedură civilă, respectiv să transmită dosarul instanței de judecată competentă.

Date fiind cele ce preced, Consiliul va declina competența de soluționare a contestațiilor către Tribunalul ..., Secția contencios administrativ și fiscal, pe raza căruia își are sediul organizatoarea procedurii.

Redactată în cinci exemplare, conține șapte pagini.

PREȘEDINTE COMPLET,

...

MEMBRU,

...

MEMBRU,

...