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. 12 alin. (1) 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, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr. ...
Data: ...

Prin contestaţia înregistrată la Consiliul Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor sub nr. 33893/21.08.2018, depusă de către ..., cu sediul în ..., având număr de înregistrare la Oficiul Registrului Comerţului ... şi număr de înmatriculare în Registrul Asiguratorilor RA – ..., reprezentată convenţional de ..., formulată împotriva procedurii de licitaţie deschisă online privind atribuirea acordului-cadru de prestare a serviciilor de asigurare obligatorie de răspundere civilă auto pentru prejudicii produse terţilor prin accidente de vehicule şi de asigurări facultative tip CASCO, organizată de către .... cu sediul în ..., în calitate de autoritate contractantă, s-a solicitat:
- anularea deciziei autorităţii contractante de a declara admisibilă oferta depusă de SC ... SRL,
- obligarea autorităţii contractante la reevaluarea ofertei SC ... din punct de vedere al admisibilităţii, în sensul declarării acestei oferte drept inadmisibilă, cu consecinţa anulării tuturor actelor subsecvente în ceea ce priveşte pe ofertantul ....

Prin adresa nr. 1586/29.08.2018, înregistrată la Consiliu sub nr. 35334/29.08.2018, SC ...SRL, cu sediul în ... având număr de înregistrare la Oficiul Registrului Comerţului ... şi CUI ..., reprezentată convenţional prin SCA ..., cu sediul profesional în mun. ....în calitate de operator economic declarat câştigător al procedurii de licitaţie deschisă online privind atribuirea acordului-cadru de prestare a serviciilor de asigurare obligatorie de răspundere civilă auto pentru prejudicii produse terţilor prin accidente de vehicule şi de asigurări facultative tip CASCO, organizată de către ... formulează cerere de intervenţie voluntară în interesul autorităţii contractante în care solicită:
- admiterea în principiu a cererii de intervenţie,
- respingerea contestaţiei, în principal, ca tardiv introdusă, în ceea ce priveşte criticile ce vizează prevederile documentaţiei de atribuire,
- în subsidiar, respingerea contestaţiei ca nefondată.

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

Prin contestaţia înregistrată la Consiliul Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor sub nr. 33893/21.08.2018, ..., în calitate de operator economic participant la procedura de atribuire în cauză, critică faptul că în urma derulării etapei de licitaţie electronică, oferta sa a fost clasată pe locul II iar oferta ... a fost declarată admisibilă, în lipsa oricăror subcontractanţi nominalizaţi, în calitate de societăţi de asigurare.

Contestatoarea menţionează că potrivit informaţiilor postate pe SICAP, la această procedură au depus ofertă trei ofertanţi: ..., ... şi ...

Conform procesului verbal nr. 1/24.07.2018, oferta depusă de societatea ... a fost respinsă pentru neconstituirea garanţiei de participare conform cerinţelor fişei de date.

În data de 06.08.2018, în urma evaluării ofertelor depuse, contestatoarea a fost informată cu privire la faptul că oferta sa a obţinut un punctaj total de 100 de puncte clasându-se pe locul I în clasamentul iniţial, înaintea etapei finale de licitaţie electronică, drept urmare, a fost declarată admisibilă şi va trece în faza de desfăşurare a etapei finale de licitaţie electronică ce se va desfăşura prin intermediul SICAP, într-o sigură rundă, în perioada 09.08.2018 - 10.08.2018.

În urma derulării etapei de licitaţie electronică, pe SICAP, a apărut informația conform căreia oferta sa s-a clasat pe locul II.

Conform procesului verbal nr. 6/10.08.2018 al şedinţei de evaluare a ofertelor financiare după licitaţia electronică, rezultă că, în urma derulării licitaţiei electronice clasamentul se prezintă după cum urmează:

- ... S.R.L, locul I, punctaj total 100 puncte;
- SC ... locul II, punctaj total 99,36

Conform fişei de date a procedurii, secţiunea IV. 1.6 Informaţii despre licitaţia electronică:

La licitaţia electronică au dreptul să participe doar operatorii economici înregistraţi în SICAP, aceasta putând fi iniţiată de autoritatea contractantă numai după transmiterea de către SICAP a clasamentului ofertanţilor ale căror oferte au fost considerate admisibile.

Aşadar, ofertantul ... nu doar că a fost declarat admisibil, dar s-a clasat pe locul I în urma derulării etapei de licitaţie electronică.

Conform fişei de date a procedurii, secţiunea II. 1.4) Descrierea succintă: *Acordul cadrul are ca obiect achiziţia serviciilor de asigurare obligatorie de răspundere civilă auto pentru prejudicii produse terţilor prin accidente de vehicule şi de asigurări facultative tip CASCO. [...]*

Conform informaţiilor disponibile public pe site-ul Autorităţii de Supraveghere Financiară (www.asf.ro), societatea ... este exclusiv autorizată să îşi desfăşoare activitatea în calitate de broker de asigurare, iar nu şi în calitate de asigurător.

Prin urmare, pentru a putea executa acordul cadru ce face obiectul procedurii, respectiv pentru a putea furniza asigurările ce fac obiectul acordului cadru, ofertantul ... ar fi trebuit să nominalizeze în ofertă cel

puţin o societate de asigurare în calitate de subcontractant, depunând şi întreaga documentaţie aferentă pentru subcontractant, inclusiv DUAE.

Conform punctului VI.3 Informaţii suplimentare din fişa de date, punctul 5):

„În cazul în care părţi din acordul cadru de achiziţie publică urmează să se îndeplinească de unul sau mai mulţi subcontractanţi, se solicită prezentarea listei cuprinzând aceşti subcontractanţi cu specializarea acestora (Formularul VI. 3). Acest formular va avea anexat şi acordul/ acordurile de subcontractare. Pe parcursul derulării acordului cadru, contractantul nu are dreptul de a înlocui subcontractanţii nominalizaţi în ofertă fără acceptul autorităţii contractante, iar eventuala înlocuire a acestora nu trebuie să conducă la modificarea propunerii tehnice sau financiare iniţiale.

Din procesul-verbal nr. 1/24.07.2018 rezultă că ofertantul ... a depus un singur DUAE, fără a nominaliza nici un fel de subcontractanţi.

Rezultă astfel că ofertantul ... - intermediar în asigurări, iar nu asigurător - nu a nominalizat nicio societate de asigurare în calitate de subcontractant cu care să execute acordul cadru, deşi, raportat la calitatea sa de intermediar de asigurări nu poate aduce singur la îndeplinire Acordul Cadru, independent de serviciile unui asigurător.

Aşadar, raportat la faptul că în urma derulării etapei de licitaţie electronică oferta contestatoarei a fost clasată pe locul II, după ce anterior ocupase locul I, declararea ofertei .... drept admisibilă, în lipsa oricăror subcontractanţi nominalizaţi, în calitate de societăţi de asigurare, este de natură a vătăma grav interesele contestatoarei ce vizează atribuirea acestei proceduri.

Ofertantul ... trebuia să nominalizeze cel puţin un subcontractant - societate de asigurare în oferta acestuia.

Participarea ofertantului ... la această procedură s-a bazat, cel mai probabil, pe prevederea de la punctul III.1.1.b) Cerinţa 2 din fişa de date care permite, în partea finală, posibilitatea unui ofertant de a participa la procedură în baza dovezii autorizării emise de ASF din care să reiasă că are calitatea de broker de asigurare autorizat să efectueze tipul de asigurare solicitat, valabile la momentul prezentării, precum şi dovada că are dreptul să emită documentele de asigurare în numele asigurătorului.

O astfel de prevedere nu trebuie însă scoasă din contextul întregii proceduri, ce are un obiect bine determinat ce constă în esenţă din asigurarea unor servicii de asigurare, iar nu de brokeraj. Aşadar evaluarea admisibilităţii ofertelor depuse trebuia efectuată în corelare cu întreg obiectul procedurii, tocmai pentru a se permite executarea corespunzătoare a serviciilor avute în vedere.

Astfel, deşi la punctul III.1.1.b) Cerinţa 2 din fişa de date se face o menţiune ce permite brokerilor de asigurare să oferteze în cadrul procedurii, această prevedere nu scuteşte brokerul de asigurare de obligaţia de a nominaliza cel puţin un subcontractant - societate de asigurare, care să îi permită executarea tuturor serviciilor avute în vedere în cadrul procedurii.

Conform secţiunii II din fişa de date a procedurii (*Obiectul contractului*):

(i) *obiectul achiziţiei îl constituie:*

servicii de asigurare obligatorie de răspundere civilă auto pentru prejudicii produse terţilor prin accidente de vehicule şi de asigurări facultative tip CASCO.

(ii) codul CPV al achiziţie este:

Servicii de asigurare a autovehiculelor (Rev.2)

(iii) descrierea succintă a contractului:

Acordul cadru are ca obiect achiziţia serviciilor de asigurare obligatorie de răspundere civilă auto pentru prejudicii produse terţilor prin accidente de vehicule şi de asigurări facultative tip CASCO.

Contestatoarea învederează faptul că obiectul achiziţiei nu îl constituie servicii de brokeraj, pentru care există un cod CPV distinct (respectiv 66518100-5), ci servicii de asigurare, având codului CPV specifice: pentru serviciile de asigurare de răspundere civilă auto (respectiv 66516100-1) - aplicabil pentru asigurările RCA, şi pentru serviciile de asigurare a bunurilor (respectiv 66515200) aplicabil pentru asigurările CASCO.

Obiectul achiziţiei include aşadar, în mod esenţial, servicii ce trebuie prestate exclusiv de asigurător (respectiv asumarea riscului în sine şi plata despăgubirilor). Doar o parte din serviciile ce intră în obiectul contractului (cum ar fi emiterea poliţelor de asigurare, emiterea facturilor etc) pot fi îndeplinite de un intermediar în asigurări.

Contestatoarea arată faptul că, activitatea asigurătorilor este reglementată distinct de activitatea brokerilor de asigurare. Astfel:

(i) activitatea asigurătorilor este reglementată prin Legea nr. 237/2015 privind asigurarea şi supravegherea activităţii de asigurare şi reasigurare, precum şi prin Codul Civil

(ii) activitatea brokerilor este reglementată prin Legea nr. 32/2000 privind activitatea şi supravegherea intermediarilor în asigurări şi reasigurări.

De asemenea, conform art. 2.199. alin. 1 Cod Civil:

Prin contractul de asigurare, contractantul asigurării sau asiguratul se obligă să plătească o primă asigurătorului, iar acesta din urmă se obligă ca, în cazul producerii riscului asigurat, să plătească o indemnizaţie, după caz, asiguratului, beneficiarului asigurării sau terţului păgubit.

Conform art. 2.200. Cod Civil:

(1) Pentru a putea fi dovedit, contractul de asigurare trebuie să fie încheiat în scris. Contractul nu poate fi probat cu martori, chiar atunci când există un început de dovadă scrisă. Dacă documentele de asigurare au dispărut prin forţă majoră sau caz fortuit şi nu există posibilitatea obţinerii unui duplicat, existenţa şi conţinutul lor pot fi dovedite prin orice mijloc de probă. Reviste (1)

(2) Încheierea contractului de asigurare se constată prin poliţa de asigurare sau certificatul de asigurare emis şi semnat de asigurător ori prin nota de acoperire emisă si semnată de brokerul de asigurare.

Acest fapt este susţinut atât de prevederile legale aplicabile în materia asigurătorilor de prevederile proiectului de acord cadru, cât şi de cele ale caietului de sarcini.

Conform art. 2 punctul 8 lit. a) din Legea 32/2000, brokerul de asigurare este definit ca fiind:

persoană juridică română, autorizată în condiţiile prezentei legi, care negociază pentru clienţii săi, persoane fizice sau juridice, asiguraţi ori potenţiali asiguraţi, încheierea contractelor de asigurare sau de reasigurare si acordă asistentă înainte şi pe durata derulării contractelor ori în legătură cu regularizarea daunelor, după caz;

Rezultă, aşadar, că prestarea serviciilor de asigurare presupune încheierea unui contract de asigurare cu un asigurător, asumarea riscurilor de către un asigurător, respectiv asumarea obligaţiei de a plăti despăgubirile în cazul în care se produce un risc asigurat.

Brokerul de asigurare poate presta o parte din serviciile aferente unui contract de asigurare (cum ar fi emiterea şi transmiterea poliţei de asigurare) însă nu poate presta toate serviciile specifice unui contract de asigurare (asumarea riscului, plata despăgubirilor). În caz contrar s-ar transforma în asigurător, ceea ce nu este permis în lipsă de asigurare expresă.

Conform proiectului de acord cadru (parte a documentaţiei de atribuire) - Anexa C obiectul acestuia include servicii specifice *exclusiv* asigurătorilor. Astfel:

- conform art. 4.2: Contractele ce urmează să fie atribuite au ca obiect prestarea serviciilor de asigurare obligatorie de răspundere civilă pentru prejudicii produse terţelor persoane prin accidente de vehicule şi asigurări facultative de tip CASCO, aşa cum sunt descrise prin caietul de sarcini şi oferta tehnică.
- conform art. 2.1. lit.h): prin servicii se înţeleg activităţile, cuprinse în anexa la prezentul acord, pe care asigurătorul se obligă să le presteze prin contractele care se vor atribui.
- conform art. 10.1: Promitentul - prestator se obligă ca, în baza contractelor subsecvente încheiate cu promitentul - achizitor, să preia în asigurare, în condiţiile asumate prin Propunerea tehnică şi în conformitate cu prevederile Caietului de sarcini, autovehiculele promitentului-achizitor pe perioade determinate, conform solicitărilor acestuia.
- conform art. 10.3: Promitentul-prestator se obligă să nu transfere total sau parţial obligaţiile asumate prin prezentul acord-cadru fără să obţină, în prealabil, acordul scris al achizitorului.
- conform art. 10.5.: Pentru asigurările obligatorii de răspundere civilă auto, promitentul-prestator trebuie să plătească integral sumele cu titlu de despăgubire în conformitate cu prevederile legale. Promitentul-prestator se obligă să răspundă pentru orice pretenţie a unei terţe părţi, faţă de promitentul achizitor, în ceea ce priveşte plata şi/sau condiţiile de plată a despăgubirilor.

Or, clauzele şi obligaţiile citate mai sus din Proiectul de acord cadru sunt specifice doar asigurătorilor neputând fi prestate de intermediar, decât printr-o societate de asigurare, cea în numele căreia brokerul emite poliţa.

Astfel, intermediarul în asigurări are dreptul de a emite poliţele de asigurare, de a se ocupa de facturarea serviciilor, însă nu va putea niciodată să asigure despăgubirea (în mod direct, în nume personal), în

cazul în care riscul asigurat se materializează. Preluarea în asigurare şi plata daunelor se realizează întotdeauna de către asigurătorul în numele căruia brokerul a emis poliţa de asigurare.

Rezultă astfel că un intermediar în asigurări nu poate presta serviciile de asigurare integral în mod independent, ci are în mod esenţial nevoie să acţioneze în numele unui asigurător (altfel transformându-se el însuşi în asigurător, ceea ce nu este posibil în lipsă de autorizare expresă).

Tocmai de aceea şi caietul de sarcini stabileşte obligaţii exprese ce trebuie îndeplinite de asigurător, iar nu de intermediar sau de prestator de servicii. A se vedea de exemplu clauzele 2.2.1, 2.2.2:

2.2.1. Asigurarea obligatorie de răpundere civilă

Asigurătorul are obligaţia să încheie contracte R.C.A. (poliţe de asigurare de Răspundere Civilă Auto) pentru toate categoriile şi tipurile de autovehicule nominalizate în anexa nr. 1, conform listelor nominale comunicate de achizitor la încheierea fiecărui contract subsecvent.

2.2.2. Asigurătorul trebuie să fie autorizat în vederea practicării serviciilor de asigurare obligatorie de răspundere civilă, în conformitate cu prevederile Legii nr. 132 din 31.05.2017 şi ale Normei A.S.F. nr. 20/27.07.2017.

Similar, la punctul B de la secţiunea 2 se arată: asigurătorul acordă despăgubiri cel puţin pentru avarii ale autovehiculului asigurat determinate de: ...

Faţă de toate aceste considerente, rezultă în mod indubitabil că prestarea unui contract ce are ca obiect servicii de asigurare auto nu se poate efectua exclusiv de un broker de asigurare în lipsa cel puţin a unui subcontractant - societate de asigurare, în numele căreia brokerul de asigurare să emită poliţa şi să efectueze o serie de alte formalităţi (ex. emitere facturi).

Mai mult, componenta ce trebuie prestată şi asumată de o societate de asigurare (în numele căreia brokerul poate emite poliţa de asigurare) este de esenţa oricărui contract care vizează obţinerea de servicii, dat fiind că în lipsa acestora riscul asigurat nu ar mai fi asumat de un asigurător, iar plata despăgubirilor nu ar fi asigurată.

Conform punctului VI.3 Informaţii suplimentare din fişa de date, punctul 5):

În cazul în care părţi din acordul cadru de achiziţie publică urmează să se îndeplinească de unul sau mai mulţi subcontractanţi, se solicită prezentarea listei cuprinzând aceşti subcontractanţi cu specializarea acestora (Formularul VI. 3). Acest formular va avea anexat şi acordul/ acordurile de subcontractare. Pe parcursul derulării acordului cadru, contractantul nu are dreptul de a înlocui subcontractanţii nominalizaţi în ofertă fără acceptul autorităţii contractante, iar eventuala înlocuire a acestora nu trebuie să conducă la modificarea propunerii tehnice sau financiare iniţiale.

Aşadar, raportat la calitatea sa de intermediar în asigurări, ofertantul ... avea obligaţia de a nominaliza în ofertă cel puţin o societate de asigurare (în numele căreia să îndeplinească serviciile ce fac obiectul procedurii).

Conform punctului III.1.1.a) din fişa de date, nominalizarea unui subcontractant implică obligaţia corelativă de a depune DUAE pentru fiecare subcontractant nominalizat.

Or, ofertantul ... nu a nominalizat în cadrul ofertei niciun subcontractant şi, prin urmare, nu a depus în cadrul ofertei niciun fel de DUAE pentru subcontractanţi.

Lipsa nominalizării cel puţin a unui subcontractant, societate de asigurare, în ofertă, este de natură a încălca grav principiile aplicabile şi a genera modificarea substanţială a contractului.

În lipsa oricăror DUAE pentru subcontractanţi, autoritatea contractantă nu va putea verifica existenţa motivelor de excludere, nici a cazurilor de conflict de interese cu privire la entităţile care vor presta, de fapt, componente esenţiale şi majore ale acordului cadru.

Nu poate fi însă admis ca o autoritate contractantă să încheie un contract de achiziţie publică cu un intermediar al unui serviciu fără a verifica cel puţin existenţa motivelor de excludere cu privire la persoana care prestează efectiv serviciul (în cazul de faţă asigurătorul).

Orice abordare contrară, nu doar că este de natură a încălca grav principiul transparenţei statuat expres la art. 2 alin. 2 lit. d) din Legea 98/2016, dar poate permite o eludare gravă a normelor imperative aplicabile achiziţiilor publice prin interpunerea de intermediari în procesul de achiziţie. Or, este evident că un astfel de comportament nu poate fi considerat drept licit.

Autoritatea contractantă învederează totodată faptul că potrivit punctului VI.3 Informaţii suplimentare din fişa de date, punctul 5):

.... Pe parcursul derulării acordului cadru, contractantul nu are dreptul de a înlocui subcontractanţii nominalizaţi în ofertă fără acceptul autorităţii contractante, iar eventuala înlocuire a acestora nu trebuie să conducă la modificarea propunerii tehnice sau financiare iniţiale.

Conform art. 219 alin. (3) din Legea 98/2016:

(3) Contractantul are dreptul de a implica noi subcontractanţi, pe durata executării contractului de achiziţie publică, cu condiţia ca nominalizarea acestora să nu reprezinte o modificare substanţială a contractului de achiziţie publică, în condiţiile art. 221.

Aşadar, fişa de date şi legislaţia permit o anumită înlocuire sau completare a subcontractanţilor nominalizaţi pe parcursul executării contractului, însă aceste prevederi nu permit, în nici într-un caz, introducerea de subcontractanţi abia după atribuirea contractantului.

O adăugare/ menţionare a subcontractanţilor abia după atribuirea contractului, în condiţiile în care în oferta iniţială nu se indică nici un fel de subcontractant ar fi de natură a genera o modificare substanţială a contractului, inclusiv a propunerii tehnice iniţiale, dar şi încălcarea principiul tratamentului egal.

La evaluarea tehnică a ofertei depuse de ofertantul ..., autoritatea contractantă ar fi trebuit să verifice obligaţiile asumate de ofertantul ...- intermediar în asigurări şi raportat la obligaţiile specifice asigurătorilor stabilite atât prin acordul cadru cât şi prin caietul de sarcini ar fi trebuit să constate că ofertantul ... nu a nominalizat niciun subcontractant -

societate de asigurare astfel încât nu poate aduce singur la îndeplinire oferta tehnică asumată.

De asemenea, la evaluarea ofertei financiare depuse de ofertantul ..., autoritatea contractantă ar fi trebuit să constate că, în lipsa unui subcontractant, societate de asigurare, declarat expres prin ofertă, pentru care s-a depus acordul de subcontractare, ofertantul ... nu poate asigura cerinţa de la punctul VI.3 Informaţii suplimentare din fişa de date, punctul 2 care stabileşte:

Preţul convenit pentru îndeplinirea fiecărui contract subsecvent, plătibil de către achizitor va fi exprimat în lei şi va fi ferm pe toată durata de valabilitate a contractului subsecvent.

Autoritatea contractantă nu îşi poate întemeia decizia de a declara admisibilă o ofertă exclusiv pe simple declaraţii ale ofertanţilor, fără a efectua verificări minime privind realitatea şi sustenabilitatea celor declarate.

Conform punctului VI.3 Informaţii suplimentare din fişa de date, punctul 5) nu solicită doar nominalizarea subcontractanţilor ci şi:

Aceast formular va avea anexat şi acordul/ acordurile de subcontractare.

Aşadar, autoritatea contractantă a solicitat prezentarea inclusiv a acordurilor de subcontractare tocmai pentru a asigura o sporire a siguranţei pe parcursul execuţiei contractului.

La evaluarea ofertelor, autoritatea contractantă a omis însă să evalueze oferta depusă de ofertantul ... raportat la calitatea acestuia de intermediar şi la conţinutul complet al obiectului achiziţiei, ce include aspecte ce pot fi asumate exclusiv de o societate de asigurare.

Autoritatea contractantă ar fi trebuit astfel să constate că un intermediar de asigurări nu poate presta decât anumite elemente limitate aferente unor servicii de asigurare, că un astfel de intermediar ar trebui să nominalizeze cel puţin un subcontractant - societate de asigurare cu care să îşi asume derularea contractului, că pentru un astfel de contractant ar fi trebuit depuse Formularul de subcontractanţi, acordul de subcontractare şi DUAE aferent.

Autoritatea contractantă ar fi trebuit astfel să constate că oferta ... nu îndeplineşte condiţiile de mai sus şi să declare oferta ... drept inacceptabilă, raportat la prevederile art. 137 alin. (2) lit. b) din HG 395/2016, respectiv drept neconformă, raportat la prevederile art. 137 alin. (3) lit. a) din HG nr. 395/2016.

Prin urmare, decizia autorităţii contractante de a declara admisibilă oferta ... este nelegală, fiind de natură a încălca grav principiile aplicabile procedurilor de achiziţie publică şi de a determina o eludare nepermisă a prevederilor legale imperative aplicabile în acest domeniu.

Autoritatea contractantă a transmis un set de documente din cadrul dosarului achiziţiei necesare soluţionării cauzei cu adresa de înaintare înregistrată la Consiliu sub nr. 34639/27.08.2018 la care a ataşat şi punctul de vedere nr. A6188/24.08.2018 prin care solicită respingerea ca nefondată a contestaţiei formulată de către ...

Autoritatea contractantă menţionează că în conformitate cu art. 127, alin (1), lit. h), din HG nr. 395/2016, comisia de evaluare a procedat la

verificarea propunerilor financiare prezentate de către ofertanţi, înainte de licitaţia electronică, inclusiv verificarea conformităţii cu propunerile tehnice, verificarea aritmetică, verificarea încadrării în fondurile care pot fi disponibilizate pentru încheierea contractului de achiziţie publică respectiv, precum şi, dacă este cazul, verificarea încadrării acestora în situaţia prevăzută la art. 210 din Legea nr. 98/ 2016 şi a constatat, că propunerile financiare ale ambilor ofertanţi sunt mai mici decât valoarea estimată, menţionată de către autoritatea contractantă în documentaţia de atribuire, aferentă serviciilor, dar nu face obiectul încadrării în situaţia prevăzută la art.210 din Legea nr. 98/2016.

În acest sens a fost întocmit procesul verbal nr. 5 (A 5891 din 06.08.2018) prin care s-au declarat, admisibile pentru licitaţia electronică ofertele S.C ...S.A şi ...S.R.L, întocmindu-se şi clasamentul înainte de etapa de licitaţie electronică.

După finalizarea etapei de licita'ie electronică, în care au intrat doar propunerile financiare, clasamentul generat de SICAP, pe baza algoritmului de calcul, s-a modificat, situând ofertantul .... pe locul 1.

Prin procesul verbal nr. 6 (A 5987 din 10.08.2018) comisia de evaluare a întocmit clasamentul final, pe baza clasamentului furnizat de SICAP în urma desfăşurării licitaţiei electronice şi a hotărât să solicite ambilor operatori economici transmiterea documentelor justificative ca dovadă a informaţiilor cuprinse în DUAE şi noile formulare de ofertă financiară.

Autoritatea contractantă susţine că a prevăzut la nivelul documentaţiei de atribuire (fisă de date secţiunea III. 1.1.b) Capacitatea de exercitare a activităţii profesionale, cerinţa 2) posibilitatea participării la procedură a tuturor operatorilor economici autorizaţi de către ASF/CSA să presteze serviciile de asigurări solicitate, asigurând astfel un tratament egal şi nediscriminatoriu societăţilor de pe piaţa de profil.

Ofertantul ... S.R.L. a depus odată cu oferta şi dovada autorizării emisă de către ASF/CSA şi este înscris în Registrul asigurătorilor şi brokerilor de asigurare, ce poate fi consultat on-line la adresa https://asfromania.ro/emc/ra.

Pe perioada evaluării ofertelor comisia a avut în vedere următorele prevederi legale din Legea nr.32/2000 privind activitatea şi supravegherea intermediarilor în asigurări şi reasigurări:

- art. 2, pct 8, lit a), potrivit căruia brokerul de asigurare este: *„persoană juridică română autorizată în condiţiile prezentei legi, care negociază pentru clienţii săi, persoane fizice sau juridice, asiguraţi sau potenţial asiguraţi, încheierea contractelor de asigurare sau de reasigurare şi acordă asistenţă înainte şi pe durata derulării contractelor ori în legătură cu regularizarea daunelor, după caz”*,

- art. 35, alin. (10) *„Brokerii de asigurare şi/sau reasigurare, sub condiţia împuternicirii primite din partea asigurătorilor şi/sau reasiguratorilor, au dreptul să colecteze primele, să plătească despăgubirile, în numele acestora, în moneda prevăzută în contractul de asigurare sau de reasigurare, după caz, cu respectarea prevederilor legale în vigoare, şi să emită documentele de asigurare sau de reasigurare în numele asigurătorului sau reasiguratorului, după caz*",

Confuzia pe care o face contestatoarea este aceea de a considera că în cazul ofertantului care are calitatea de broker există raporturi de subcontractare cu privire la serviciile ce fac obiectul acordului cadru în speţă. Calitatea de intermediar al brokerului nu determină calitatea de subcontractant al asigurătorului, fapt menţionat şi în cuprinsul Deciziei CNSC nr.... 08.02.2018, care se referă la o speţă similară, asfel:

„... brokerii de asigurări emit documentele de asigurare în numele asigurătorului, motiv pentru care nu se poate constata obligativitatea calităţii de subcontractant a asigurătorului... . În cazul în care, în discuţie, este participarea la procedură a unui operator economic care este broker, aceasta va trebui să prezinte dovada autorizării emise de ASF din care să reiasă că are o asemenea calitate (...) autorizat să efectueze tipul de asigurare solicitat, în conformitate cu prevederile Legii nr. 32/2000, valabilă la momentul prezentării, precum şi dovada că are dreptul să emită documente de asigurare în numele asigurătorului, iar autoritatea contractantă nu are nicio obligaţie precum cele ce rezidă din prevederile art. 164, 165 şi 167 din Legea 98/2016 pentru asigurători, aceştia nefiind în mod obligatoriu subcontractanţi."

Având în vedere cele ce preced, autoritatea contractantă consideră că hotărârile comisiei de evaluare sunt în concordanţă cu legislaţia în vigoare.

Prin adresa nr. 1586/29.08.2018, înregistrată la Consiliu usb nr. 35334/29.08.2018, SC ... SRL în calitate de operator economic declarat câştigător al procedurii de licitaţie deschisă online privind atribuirea acordului-cadru de prestare a serviciilor de asigurare obligatorie de răspundere civilă auto pentru prejudicii produse terţilor prin accidente de vehicule şi de asigurări facultative tip CASCO, organizată de către ..., formulează cerere de intervenţie voluntară în interesul autorităţii contractante în care solicită:

- admiterea în principiu a cererii de intervenţie,
- respingerea contestaţiei în principal ca tardiv introdusă în ceea ce priveşte criticile ce vizează prevederile documentaţiei de atribuire,
- în subsidiar, respingerea contestaţiei ca nefondată.

Pe cale de excepţie, faţă de obiectul contestaţiei, intervenienta invocă excepţia tardivităţii formulării contestaţiei.

În susţinerea excepţiei invocate, intervenienta afirmă că toate criticile contestatoarei vizează împrejurarea că un broker de asigurare nu ar îndeplini, în opinia contestatoarei, cerinţele de calificare deoarece nu ar fi un operator economic apt să depună oferte în nume propriu în cadrul unei proceduri de achiziţie publică a unor servicii de asigurare.

Astfel, toate criticile contestatoarei vizează aspecte în legătură cu prevederile documentaţiei de atribuire, respectiv a fişei de date, unde în condiţiile de participare inserate în secţiunea III.1.1.b) Capacitatea de exercitare a activităţii profesionale se prevede în mod expres la cerinţa 2:

„2. Cerinţa: demonstrarea autorizării societăţii de către Autoritatea de Supraveghere Finaciară (ASF)/ Comisia de supraveghere a asigurărilor (CSA) pentru clasa de asigurări ofertată în conformitate cu dispoziţiile Legii nr. 237/2015 privind autorizarea şi supravegherea activităţii de asigurare şi reasigurare, a Legii nr. 32/2000 privind activitatea şi

supravegherea intermediarilor în asigurări şi reasigurări şi Normei nr. 20/2016 privind autorizarea şi monitorizarea societăţilor de asigurare şi reasigurare şi a Normei 20/2017 privind asigurările auto din România, pentru practicarea serviciilor de asigurare obligatorie de răspundere civilă auto pentru prejudicii produse terţilor prin accidente de vehicule şi de asigurări facultative tip CASCO.

Operatorii economici (ofertanti/ ofertanti asociați/terţi susţinători/subcontractanti) vor completa iniţial cerinţa corespunzătoare în formularul DUAE (Documentul Unic de Achiziţie European) din documentaţia de atribuire, urmând ca ofertanţii clasaţi pe primele trei locuri după aplicarea criteriului de atribuire să prezinte documentele doveditoare privind autorizarea societăţii de către Autoritatea de Supraveghere Finaciară (ASF)/ Comisia de supraveghere a asigurărilor (CSA) pentru practicarea asigurării RCA, sau dovada autorizării emise de ASF din care să reiasă că are calitatea de broker de asigurare autorizat să efectueze tipul de asigurare solicitat, valabile la momentul prezentării, precum şi dovada că are dreptul să emită documentele de asigurare în numele asigurătorului."

Prin urmare, în speţă, contestatoarea nu a formulat în termenul legal contestaţie împotriva cuprinsului documentaţiei de atribuire.

Raportat la dispoziţiile citate, rezultă că autoarea contestaţiei a luat cunoştinţă de conţinutul documentaţiei de atribuire (cu privire la participarea brokerilor de asigurare în calitate de ofertanţi individuali în cadrul procedurii de atribuire) la data de 21.06.2018, termenul legal de depunere a contestaţiei, calculat conform prevederilor art. 8 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, fiind împlinit cu mult anterior formulării prezentei contestaţii.

Pe cale de consecinţă, demersul contestatoarei şi respectiv criticile acesteia care vizează de fapt prevederile documentaţiei sunt tardive.

În aceste condiţii, pentru argumentele anterior expuse, intervenienta solicită să se reţină tardivitatea contestării aspectelor cu privire la posibilitatea participării brokerului de asigurare-reasigurare ca ofertant individual în prezenta procedură.

Pe fond, intervenienta afirmă că în mod netemeinic şi nelegal contestatoarea susţine că societatea sa nu este autorizată să desfăşoare/presteze serviciile de asigurare ce se doresc a fi achiziţionate de către autoritatea contractantă ci doar că poate presta activitate de broker de asigurare fiind împuternicită doar să emită poliţele şi facturile.

Intervenienta afirmă că face dovada calităţii de broker de asigurare-reasigurare (în baza Autorizaţiei de funcţionare nr. 3815 din data de 06.03.2003, societatea fiind înscrisă în Registrul Brokerilor - cu număr de înmatriculare în Registrul Brokerilor: RBK - 151 din data de 04.10.2003).

Contesatoarea, cu rea-credinţă, citează trunchiat prevederile Legii nr. 32/2000 privind activitatea de supraveghere a intermediarilor în asigurări şi reasigurări, cu modificările şi completările ulterioare, care prevede în mod expres la art. 35 alin. (10) că:

"Brokerii de asigurare şi/sau de reasigurare, sub condiţia împuternicirii primite din partea asigurătorilor şi/sau reasiguratorilor, au dreptul să colecteze primele, să plătească despăgubirile în numele

acestora, în moneda prevăzută în contractul de asigurare sau de reasigurare, după caz, cu respectarea prevederilor legale în vigoare, şi să emită documentele de asigurare sau de reasigurare în numele asigurătorului sau reasiguratorului, după caz."

Printr-o intrepretare proprie, contestatoarea reţine în mod netemeinic şi nelegal că intervenienta nu ar putea avea calitatea de ofertant în procedură deoarece nu poate participa în procedură în nume propriu ci ar fi fost obligatoriu ca societatea să nominalizeze cel puţin o societate de asigurări în calitate de subcontractant (aceasta fiind de fapt motivul contestaţiei).

De altfel, această chestiune de fond a făcut obiectul a numeroase decizii pronunţate de Consiliu. În acest sens, intervenienta invocă Decizia CNSC nr. ... din 08.02.2018 în care se reţine că brokerul de asigurare emite documentele de asigurare în numele asigurătorului, fără a fi obligat să îşi asigure susţinerea unor terţi asiguratori sau să aducă vreun subcontractant asigurator:

Prin urmare, brokerii emit documentele de asigurare sau de reasigurare în numele asigurătorului, motiv pentru care nu se poate constata obligativitatea calităţii de subcontractant a asigurătorului, cum în mod eronat susţine achizitoarea. În cazul în care, în discuţie, este participarea la procedură a unui operator economic care este broker, acesta va trebui să prezinte dovada autorizării emise de Autoritatea de Supraveghere Financiară din care să reiasă că are o asemenea calitate (de broker de asigurare), autorizat să efectueze tipul de asigurare solicitat, în conformitate cu prevederile Legii nr. 32/2000, valabilă la momentul prezentării, precum şi dovada că are dreptul să emită documente de asigurare în numele asigurătorului, iar autoritatea contractantă nu are nicio obligaţie precum cele ce rezidă din prevederile art. 164, 165 şi 167 din Legea nr. 98/2016 pentru asigurători, aceştia nefiind în mod obligatoriu subcontractanţi.

Astfel, în virtutea dispoziţiilor legale mai sus citate, în calitate de broker, ... este autorizată legal să emită documentele de asigurare sau de reasigurare în numele asigurătorului, fiind autorizată să desfăşoare/presteze serviciile de asigurare ce se doresc a fi achiziţionate de către autoritatea contractantă, fiind autorizată să efectueze tipul de asigurare solicitat, adică servicii de asigurare obligatorie de răspundere civilă auto pentru prejudicii produse terţilor prin accidente de vehicule (RCA) şi de asigurări facultative tip CASCO, exact aşa cum se solicită expres în procedură, având împuternicirea asigurătorului în acest sens.

Intervenienta susţine că în calitate de broker este autorizată legal să emită documentele de asigurare sau de reasigurare în numele asigurătorului, fiind autorizată să desfăşoare/presteze serviciile de asigurare ce se doresc a fi achiziţionate de către autoritatea contractantă, pe baza împuternicirilor primite expres în contractele încheiate cu asigurătorii.

În acest sens, Legea nr. 32/2000 privind activitatea şi supravegherea intermediarilor în asigurări şi reasigurări, cu modificările şi completările ulterioare, prevede în mod expres la art. 35 alin. (10) că: *"Brokerii de asigurare şi/sau de reasigurare, sub condiţia împuternicirii primite din*

partea asigurătorilor şi/sau reasigurătorilor, au dreptul să colecteze primele, să plătească despăgubirile în numele acestora, în moneda prevăzută în contractul de asigurare sau de reasigurare, după caz, cu respectarea prevederilor legale în vigoare, şi să emită documentele de asigurare sau de reasigurare în numele asigurătorului sau reasigurătorului, după caz."

Faţă de cele de mai sus, intervenienta învederează că are calitatea de operator economic autorizat să efectueze exact tipul de asigurare solicitat, în conformitate cu prevederile Legii nr. 32/2000 şi cu cerinţele de calificare menţionate la cerinţa nr. 2 în secţiunea lll.1.1.b) Capacitatea de exercitare a activităţii profesionale din fişa de date a achiziţiei, fapt pe care îl justifică cu următoarele:

1. Are calitatea de broker de asigurare-reasigurare (în baza Autorizaţiei de funcţionare nr. 3815 din data de 06.03.2003, societatea fiind înscrisă în Registrul Brokerilor - cu număr de înmatriculare în Registrul Brokerilor: RBK - 151 din data de 04.10.2003),

2. În conformitate cu prevederile Legii nr. 32/2000 privind activitatea şi supravegherea intermediarilor în asigurări şi reasigurări, cu modificările si completările ulterioare, art. 35 alin. (10): *"Brokerii de asigurare şi/sau de reasigurare, sub condiţia împuternicirii primite din partea asigurătorilor şi/sau reasiguratorilor, au dreptul să colecteze primele, să plătească despăgubirile în numele acestora, în moneda prevăzută în contractul de asigurare sau de reasigurare, după caz, cu respectarea prevederilor legale în vigoare, şi să emită documentele de asigurare sau de reasigurare în numele asigurătorului sau reasigurătorului, după caz."*

3. În calitate de broker, intervenienta este autorizată legal să emită documentele de asigurare sau de reasigurare în numele asigurătorului, fiind autorizată să desfăşoare/presteze serviciile de asigurare ce se doresc a fi achiziţionate de către autoritatea contractantă, pe baza împuternicirilor primite expres în contractele încheiate cu asigurătorii.

În speţă sunt incidente următoarele prevederi legale:

- art. 2 pct. 8 din Legea nr. 32/2000 privind activitatea şi supravegherea intermediarilor în asigurări şi reasigurări care dispune că prin "broker de asigurare" se înţelege *"a) persoană juridică română, autorizată în condiţiile prezentei legi, care negociază pentru clienţii săi, persoane fizice sau juridice, asiguraţi sau potenţiali asiguraţi, încheierea contractelor de asiguare sau de reasigurare şi acordă asistenţă înainte şi pe durata contractelor derulării contractelor ori în legătură cu regularizarea daunelor, după caz; b) un intermediar dintr-un stat membru, care desfăşoară activităţi de intermediere pe teritoriul României, conform dreptului de stabilire şi libertăţii de de a presta servicii;"*

- art. 35 alin. (10) din Legea 32/2000.

Intervenienta invocă în susţinerea acţiunii sale:

- Decizia C.N.S.C. nr. ... şi Decizia C.N.S.C. nr. ... (Prin Decizia CNSC nr. ... se reţine că brokerul de asigurare emite documentele de asigurare în numele asigurătorului, fără a fi obligat să îşi asigure susţinerea unor terţi asigurători sau să aducă vreun subcontractant asigurător).

- Totodată, prin Decizia CNSC nr. ... se reţine expres că, în temeiul art. 2 pct. 8 şi art. 35 alin. (10) din Legea nr. 32/2000, *„brokerul de asigurare are dreptul de a încheia, singur, contracte de asigurare şi să emită documentele de asigurare".*

- Aşa cum a reţinut Consiliul în considerentele Deciziei nr. ..., din coroborarea prevederilor art. 35 alin. (1) şi alin. (10) din Legea nr. 32/2000 privind activitatea şi supravegherea intermediarilor în asigurări şi reasigurări, cu prevederile Normei nr. 9/2015 privind autorizarea şi funcţionarea brokerilor de asigurare şi/sau de reasigurare, cu dispoziţiile Normei nr. 20/2016 autorizarea şi monitorizarea societăţilor de asigurare şi reasigurare, se constată că în cuprinsul autorizaţiilor de funcţionare emise de CSA/ASF informaţiile cu privire la clasele de asigurări se regăsesc numai în actele emise societăţilor de asigurare şi reasigurare, pentru intermedierea în asigurari, în calitate de broker, fiind suficientă doar deţinerea unei autorizaţii din partea Comisiei de Supraveghere a Asigurărilor, cum statuează şi dispoziţiile art. 35 alin. (1) din Legea nr. 32/2000, care nu condiţionează calitatea persoanelor juridice de broker de asigurare pentru o anumită clasă de asigurări, de existenţa vreunei autorizaţii din partea Comisiei de Supraveghere a Asigurărilor pentru clasa respectivă.

Prin adresa înregistrată la Consiliu sub nr. 36257/05.09.2018, ... SA formulează note scrise faţă de punctul de vedere emis de către autoritatea contractantă în care menţionează următoarele:

Argumentele aduse de autoritatea contractantă nu numai că nu combat, dar chiar sunt de natură a susţine argumentele expuse în contestaţie.

Autoritatea contractantă invocă, în apărare, pe lângă art. 2 punctul 8 lit. a) şi articolul 35 alin. (10) din Legea nr. 32/2000 unde se menţionează un drept al brokerilor de a plăti despăgubirile.

Însă, după cum chiar autoritatea contractantă subliniază în textul de lege citat, o astfel de plată de despăgubiri nu este asumată de broker, ci este făcută "sub condiţia împuternicirii primite din partea asigurătorilor şi/sau reasiguratorilor", respectiv "în numele acestora".

Este astfel evident că brokerul nu face plata despăgubirilor în nume propriu ci, în mod esenţial, în numele şi pe seama unui asigurător.

Rezultă că, nu brokerul ci doar un asigurător poate să îşi asume riscul asigurat şi implicit poate să îşi asume obligaţia de plată a despăgubirilor, chiar dacă strict formal ea se plăteşte prin broker.

Aşadar, într-un contract ce are ca obiect exclusiv servicii de asigurare (iar nu de brokeraj) cum este cel care face obiectul procedurii în discuţie, rolul asigurătorului este vital, acesta îndeplinind însăşi esenţa serviciului de asi-gurare.

Prin urmare, un broker de asigurare trebuie în mod esenţial să contracteze cel puţin cu un asigurător pentru a putea presta serviciul de asigurare ce face obiectul contractului de achiziţie publică. De altfel textul citat de autoritatea contractantă menţionează expres că este necesară o împuternicire, dar şi că plata se face în numele asigurătorului.

În acest caz, asigurătorul respectiv va aduce la îndeplinire o parte esenţială, de fond, a contractului, fără de care acesta nu poate fi adus la îndeplinire.

Brokerul va îndeplini, în toate cazurile doar o parte formală a serviciului: emiterea poliţei, colectarea primelor, plata despăgubirilor în numele asigurătorului (aşadar cu banii primiţi de la asigurător).

De altfel Legea nr. 32/2000 este foarte clară în privinţa modului în care se face plata atât a primelor cât şi a despăgubirilor, în cazul intermediarilor în asigurare.

Astfel la art. 33 se prevede în mod clar:

- *alin. 4: Primele de asigurare plătite de clienţi prin intermediari în asigurări se consideră transferate asigurătorului la momentul plătii; despăgubirile sau sumele asigurate plătite de către asigurător prin intermediari se consideră ca fiind transferate clienţilor numai în momentul încasării efective de către aceştia a sumelor/ despăgubirilor respective.*
- *alin. 5; În caz de faliment al intermediarului în asigurări şi/sau în reasigurări, sumele consemnate în conturile prin care se derulează încasările şi plăţile făcute în numele sau în contul asiguraţilor ori reasiguraţilor nu pot fi utilizate la îndestularea altor creditori decât cei menţionaţi de la alin. (4)*
- *alin. 11; Orice intermediar în asigurări şi/sau în reasigurări, care nu a depus la asigurător sau reasigurător sumele încasate cu titlu de prime de asigurare sau de reasigurare, după 30 de zile de la scadenţa prevăzută în contract, este prezumat a fi în insolvenţă din cauza încetării plăţilor faţă de acesta.*

Or, este evident că asigurătorul îndeplineşte exact condiţiile prevăzute de Legea nr. 98/2016, art. 3 alin. (1) lit. yy) pentru subcontractant.

Autoritatea contractantă se mulţumeşte să facă simple afirmaţii, cu privire la faptul că "calitatea de intermediar nu determină calitatea de subcontractat al asigurătorului", fără a combate însă cu argumente legale concrete aceste afirmaţii, respectiv care să justifice de ce asigurătorul, care va presta esenţa contractului de achiziţie publică, nu trebuie declarat subcontractant.

Calitatea de subcontractant în procedurile de achiziţie publică trebuie determinată exclusiv raportat la definiţiile pe care Legea nr. 98/2016 le stabileşte în mod clar.

Or definiţia subcontractantului, arată dincolo de orice dubiu că, în cazul în care o entitate îndeplineşte o parte din obiectul contractului de achiziţie publică aceasta trebuie declarată subcontractant.

De altfel, lipsa de fundament a susţinerilor autorităţii contractante reiese cu claritate din ipoteza teoretică (dar posibilă) în care asigurătorul avut în vedere de broker, în numele căruia se va emite poliţa de asigurare şi în numele căruia se vor face plăţile de despăgubiri (respectiv, cu banii primiţi de la asigurator), dar care nu este declarat subcontractant, este fie în situaţie de insolvenţă, fie în situaţie de conflict de interese, raportat la autoritatea contractantă.

Este evident că în acest caz, autoritatea contractantă nu va putea verifica, în lipsa de DUAE, îndeplinirea motivelor de excludere de la

procedură, însă suma (prima) pe care autoritatea contractantă o va plăti va ajunge în final la asigurătorul nedeclarat, după cum reiese clar din art. 33 alin (4), (5) şi (11) din Legea nr. 32/2000.

În plus, autoritatea contractantă ar putea fi în situaţia în care asigurătorul insolvent (dar neexclus) nu va mai avea capacitatea de a asigura plăţile de despăgubiri datorate în cazul în care riscul asigurat se va concretiza. Aceasta pentru că brokerul nu face plăţi în nume propriu, adică din propriul buget, ci în numele asigurătorului, adică din masa credală a acestuia.

Rezultă astfel că susţinerile autorităţii contractante sunt lipsite de fundament legal.

Aşadar, raportat la calitatea sa de intermediar în asigurări, ofertantul Fast Broker avea obligaţia de a nominaliza în ofertă cel puţin o societate de asigurare (în numele căreia să îndeplinească serviciile ce fac obiectul procedurii).

Nu în ultimul rând, cât priveşte Decizia CNSC citată de autoritatea contractantă,

(i) în primul rând nu este clar că situaţia de fapt este aceeaşi,

(ii) din textul citat, rezultă că decizia de a nu impune obligativitatea declarării asigurătorului drept subcontractant este bazată pe ideea că "brokerii emit documentele de asigurare în numele asigurătoru-lui", însă obiectul acordului cadru în discuţie îl reprezintă servicii de asigurare atât RCA cât şi CASCO, iar nu servicii de brokeraj.

Acest obiect nu se îndeplineşte prin şi la simpla emitere a unei poliţe.

Din contră, serviciul de asigurare presupune în mod esenţial ca:

- riscul asigurat să fie asumat de o entitate (care nu poate fi, în final, decât un asigurător, chiar dacă prin intermediul unui broker)
- ca o primă de asigurare să fie plătită - iar conform legii sus citate, această plată trebuie să ajungă la asigurător dar mai ales despăgubirea să fie plătită în final tot de un asigurător, chiar dacă prin intermediul unui broker.

Analizând documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarele:

..., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura de licitaţie deschisă online privind atribuirea acordului-cadru de prestare a serviciilor de asigurare obligatorie de răspundere civilă auto pentru prejudicii produse terţilor prin accidente de vehicule şi de asigurări facultative tip CASCO. În acest sens a elaborat documentaţia de atribuire aferentă şi a publicat în SICAP anunţul de participare nr. ...

În cadrul procedurii de atribuire au fost depuse 3 oferte, în etapa de evaluare a propunerilor tehnice și financiare intrând două oferte. Conform procesului verbal nr. 6/10.08.2018 al şedinţei de evaluare a ofertelor financiare după licitaţia electronică, rezultă că, în urma derulării licitaţiei electronice, clasamentul se prezintă după cum urmează:

- ... locul I, punctaj total 100 puncte;
- ..., locul II, punctaj total 99,36.

Împotriva acestui rezultat, a formulat contestație SC ... SA, care critică declararea admisibilă a societății .... S.R.L, în condițiile în care acesta nu a declarat niciun subcontractant în persoana unui asigurător.

În susținerea poziției sale, contestatoarea arată că deși cerința 2 din Secțiunea III.I.I.b) Capacitatea de exercitare a activităţii profesionale permite participarea brokerilor de asigurare, obiectul contractului impune nominalizarea unui subcontractant, deoarece obiectul contractului se referă la servicii de asigurare, și nu la servicii de brokeraj în asigurări.

Ca urmare a depunerii contestației, a formulat cerere de intervenție ...S.R.L, solicitând respingerea contestației ca nefondată, în partea referitoare la inadmisibilitatea ofertei sale, și ca tardivă, în ceea ce privește criticile referitoare la documentația de atribuire.

Având a se pronunța asupra admisibilității în principiu a cererii de intervenție formulate, Consiliul reține că ...S.R.L, în calitate de câștigătoare a procedurii de atribuire în analiză, are interesul a se păstra actele întocmite de autoritatea contractantă, în forma lor actuală. Prin urmare, în temeiul art. 63 și 64 din Codul de procedură civilă, Consiliul va admite în principiu cererea de intervenție formulată de ... S.R.L, ca intervenție accesorie, în favoarea autorității contractante.

Consiliul mai reține că, în urma solicitării nr. ..., contestatoarea a depus dovada constituirii cauțiunii în cuantum de 75.200,42 lei, prin recipisa de consemnare nr. 204864681/1/03.09.2018, emisă de CEC BANK, sumă consemnată la dispoziția Consiliului, pentru procedura aferentă anunțului 1001334, dosar nr. 2683.

Cauțiunea se va restitui la cerere, în conformitate cu dispozițiile legale.

Cu privire la excepția tadivității contestației în partea referitoare la documentația de atribuire, intervenienta afirmă că toate criticile contestatoarei vizează împrejurarea că un broker de asigurare nu ar îndeplini, în opinia contestatoarei, cerinţele de calificare deoarece nu ar fi un operator economic apt să depună oferte în nume propriu în cadrul unei proceduri de achiziţie publică a unor servicii de asigurare. Astfel, toate criticile contestatoarei vizează aspecte în legătură cu prevederile documentaţiei de atribuire, respectiv a fişei de date, unde în condiţiile de participare inserate în secţiunea III.1.1.b) Capacitatea de exercitare a activităţii profesionale, cerinţa 2.

Consiliul va respinge excepția invocată, contestația fiind îndreptată împotriva rezultatului procedurii, și nu a prevederilor documentației de atribuire. Referirile la documentația de atribuire se fac în cuprinsul contestației pentru a argumenta cele susținute, motiv pentru care Consiliul va analiza pe fond respectivele referiri.

În legătură cu cerința menționată mai sus, aceasta are următorul conținut:

„2. Cerinţa: demonstrarea autorizării societăţii, de către Autoritatea de Supraveghere Finaciară (ASF)/ Comisia de supraveghere a asigurărilor (CSA) pentru clasa de asigurări ofertată în conformitate cu dispoziţiile Legii nr. 237/2015 privind autorizarea şi supravegherea activităţii de asigurare şi reasigurare, a Legii nr. 32/2000 privind activitatea şi supravegherea intermediarilor în asigurări şi reasigurări şi Normei nr.

20/2016 privind autorizarea şi monitorizarea societăţilor de asigurare şi reasigurare şi a Normei 20/2017 privind asigurările auto din România, pentru practicarea serviciilor de asigurare obligatorie de răspundere civilă auto pentru prejudicii produse terţilor prin accidente de vehicule şi de asigurări facultative tip CASCO.

Operatorii economici (ofertanti/ ofertanti asociați/terţi susţinători/subcontractanți) vor completa iniţial cerinţa corespunzătoare în formularul DUAE (Documentul Unic de Achiziţie European) din documentaţia de atribuire, urmând ca ofertanţii clasaţi pe primele trei locuri după aplicarea criteriului de atribuire să prezinte documentele doveditoare privind autorizarea societăţii de către Autoritatea de Supraveghere Finaciară (ASF)/ Comisia de supraveghere a asigurărilor (CSA) pentru practicarea asigurării RCA, ***sau dovada autorizării emise de ASF din care să reiasă că are calitatea de broker de asigurare autorizat să efectueze tipul de asigurare solicitat****, valabile la momentul prezentării,* ***precum şi dovada că are dreptul să emită documentele de asigurare în numele asigurătorului****."*

În baza acestei cerințe, este permisă participarea la procedură atât a asigurătorilor, cât și a brokerilor, aspect recunoscut chiar și de contestatoare, care nu reclamă dreptul operatorului broker de a participa la procedură, ci critică lipsa susținerii sau subcontractării către un asigurător.

Astfel cum este prevăzută cerința respectivă, Consiliul reține că nu este necesară prezența în cadrul procedurii a unui subcontractant, autoritatea contractantă înțelegând să acorde și brokerilor dreptul de a participa la procedură în nume propriu, cu condiția de a prezenta dovezi că are dreptul să emită documentele de asigurare din partea unui asigurător.

Consiliul are în vedere prevederile din Legea nr. 32/2000, potrivit cărora:

- art. 2 pct. 8 lit. a), potrivit căruia broker de asigurare este: *persoană juridică română, autorizată în condiţiile prezentei legi, care negociază pentru clienții săi, persoane fizice sau juridice, asigurați ori potențiali asigurați, încheierea contractelor de asigurare sau de reasigurare și acordă asistență înainte și pe durata derulării contractelor ori în legătură cu regularizarea daunelor, după caz;*

- art. 35:

(1) O persoană juridică poate desfăşura activitate de intermediere în asigurări şi/sau în reasigurări, în calitate de broker de asigurare şi/sau de reasigurare, dacă are o autorizaţie din partea Comisiei de Supraveghere a Asigurărilor.

(2) În vederea obţinerii autorizaţiei, solicitantul va prezenta Comisiei de Supraveghere a Asigurărilor documente din care să rezulte că va respecta prevederile alin. (5) lit. a)-d) şi h).

(3) Comisia de Supraveghere a Asigurărilor va decide asupra acordării autorizaţiei necesare desfăşurării activităţii în calitate de broker de asigurare şi/sau de reasigurare ori asupra respingerii cererii de autorizare, în termen de 60 de zile de la data depunerii documentaţiei complete.

(4) Prin decizia de acordare a autorizaţiei emise de către preşedintele Consiliului Comisiei de Supraveghere a Asigurărilor se stabileşte data de la care brokerul de asigurare şi/sau de reasigurare va începe să îşi desfăşoare activitatea.

(4[1]) Brokerii de asigurare şi/sau de reasigurare autorizaţi în conformitate cu prevederile prezentei legi şi ale normelor emise în aplicarea acesteia sunt obligaţi să includă, în toate documentele emise, inclusiv în corespondenţa cu terţii, codul unic alocat prin Registrul brokerilor de asigurare şi/sau de reasigurare prevăzut la art. 5 lit. q), precum şi următorul înscris: "Autorizat de Autoritatea de Supraveghere Financiară".

(4[2]) Brokerii de asigurare şi/sau de reasigurare sunt obligaţi să scrie pe toate documentele primite de la asigurători sau reasigurători codul unic alocat prin registrul prevăzut la art. 5 lit. q).

(5) Orice broker de asigurare şi/sau reasigurare trebuie să îndeplinească următoarele condiţii: […]

(8) Comisia de Supraveghere a Asigurărilor va publica, cel puţin o dată pe an, în Monitorul Oficial al României, Partea I, precum şi într-o publicaţie de largă circulaţie lista actualizată cuprinzând brokerii de asigurare şi/sau de reasigurare autorizaţi şi orice alte informaţii pe care le va considera necesare în aplicarea prezentei legi.

(10) Brokerii de asigurare şi/sau de reasigurare, sub condiţia împuternicirii primite din partea asigurătorilor şi/sau reasigurătorilor, au dreptul să colecteze primele, să plătească despăgubirile în numele acestora, în moneda prevăzută în contractul de asigurare sau de reasigurare, după caz, cu respectarea prevederilor legale în vigoare, şi să emită documentele de asigurare sau de reasigurare în numele asigurătorului sau reasigurătorului, după caz.

(11) Brokerii de asigurare şi/sau de reasigurare nu îşi pot desfăşura activitatea prin agenţi de asigurare, persoane fizice sau juridice, subagenţi ori agenţi de asigurare subordonaţi, ci numai prin personal propriu şi/sau prin asistenţi în brokeraj.

Este evident că autoritatea, dacă dorea să impună participarea, în orice formă, a asigurătorului la procedură, ar fi solicitat expres acest lucru, situație în care nu ar mai fi fost necesară ,,***dovada că are dreptul să emită documentele de asigurare în numele asigurătorului'',*** solicitată expres în cerința criticată.

În același timp, Consiliul mai reține că modelul de contract invocat de contestatoare nu poate constitui temei pentru excluderea unui operator din cadrul procedurii, în condițiile în care criteriile de calificare se menționează, întotdeauna, în anunț și fișa de date a achiziției. Chiar dacă în baza modelului de contract ar rezulta expres necesitatea subcontractării pentru dovedirea îndeplinirii cerințelor de calificare, acest aspect ar intra în contradicție cu prevederile art. 30 alin. (4) din HG nr. 395/2016, fiind o clauză nescrisă, potrivit alin. (6) al aceluiași articol.

Prevederile art. 30 din HG nr. 395/2016 relevante în cauză, sub acest aspect, au următorul conținut:

,,(4) Criteriile de calificare şi criteriile de selecţie stabilite de autoritatea contractantă sunt incluse în fişa de date a achiziţiei, precum şi în anunţul de participare.

(6) Criteriile de calificare şi criteriile de selecţie precizate de autoritatea contractantă în caietul de sarcini ori în documentaţia descriptivă şi care nu sunt prevăzute în fişa de date a achiziţiei/anunţul de participare sunt considerate clauze nescrise''.

Este real că dispozițiile Codului civil citate de contestatoare stabilesc că obiectul contractului de asigurare este preluarea riscului de la asigurat către asigurător, și nu emiterea poliței, dar, în cazul de față, autoritatea

contractantă a înțeles să își stabilească cerințele astfel încât să participe la procedură și brokerii, iar autoritatea contractantă nu are posibilitatea interpretării în sens restrictiv a respectivei cerințe, în etapa de evaluare a ofertelor.

În consecinţă, luând în considerare cele mai sus menţionate, în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge ca nefondată contestaţia formulată de SC ...SA, în contradictoriu cu ...

În temeiul art. 67 din codul de procedură civilă, admite cererea de intervenție formulată de SC ...SRL în contradictoriu cu contestatoarea.

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, respinge ca nefondată contestaţia formulată de către SC ... SA, în contradictoriu cu ....

În temeiul art. 67 din codul de procedură civilă, admite cererea de intervenție formulată de SC ...SRL în contradictoriu cu contestatoarea.

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

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

PREŞEDINTE, **MEMBRU,** **MEMBRU,**
....

Redactată în 5 (cinci) exemplare, conţine 20 (douăzeci) pagini.