CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

Str. Stavropoleos nr. 6, sector 3, București, cod poștal 030084, România
Tel: +4 021.310.46.41 Fax: +4 021.890.07.45 și +4 021.310.46.42 www.cnsc.ro

În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) și ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE
Nr. ...
Data: ...

Prin contestația nr. 2975/15.09.2017, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 38948/18.09.2017, depusă de asocierea formată din ... SA, cu sediul în ..., CUI ...., număr de înregistrare în registrul comerțului ..., reprezentată legal de domnul ... – director general adjunct și ... SRL, cu sediul în ..., CUI ..., număr de înregistrare în registrul comerțului ..., reprezentată legal de domnul ... – director general, prin ..., cu sediul în ..., privind procedura simplificată pentru atribuirea contractului de ...., cod CPV ..., cu data-limită de depunere a ofertelor 01.08.2017, organizată de ..., cu sediul în ..., în calitate de entitate contractantă, contestatoarea a solicitat contestatoarea a solicitat anularea rezultatului procedurii de atribuire și reevaluarea ofertei sale.

Prin contestația nr. 3018/22.09.2017, înregistrată la Consiliu cu nr. 39988/25.09.2017, depusă de asocierea formată din ... SA și ... SRL, cu datele de identificare menționate anterior, privind aceeași procedură simplificată organizată de ..., contestatoarea a solicitat anularea rezultatului procedurii de atribuire și reevaluarea ofertelor.

Pentru soluționarea unitară a contestațiilor, având în vedere că au fost formulate în cadrul aceleiași proceduri de atribuire, Consiliul a procedat la conexarea lor, în conformitate cu dispozițiile art. 17 alin. (2) din Legea nr. 101/2016.

CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR,
asupra cauzei de față, constată următoarele:

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestațiile de față, prin care ofertantul asocierea ... SA - ... SRL reclamă decizia entității contractante de respingere ca neconformă și inacceptabilă a ofertei sale și de desemnare ca fiind câștigătoare a ofertei depusă de ...în cadrul procedurii de atribuire menționată în partea introductivă.

În motivarea primei contestații, asocierea ... SA - ... SRL susține că declararea ca neconformă și inacceptabilă a ofertei sale este netemeinică si nelegală.

Din comunicarea deciziei comisiei de evaluare, s-a reținut, în mod netemeinic și nelegal că *„din analiza ofertei tehnice, a acordului de asociere și a împuternicirii prezentate de dvs. la data limită de depunere a ofertelor, s-au constatat mai multe neconcordanțe cu privire la modul în care cei doi operatori economici asociați au stabilit să-și împartă responsabilitățile în ceea ce privește elaborarea și prezentarea ofertei, pe de o parte, și modul în care au fost însușite prin semnătură și stampilă documentele prezentate (în speța oferta tehnică și anexele acesteia), pe de alta parte*."

Sub această motivare generică, citata mai sus, oferta a fost declarată și neconformă și inacceptabilă, fiind menționat că oferta asocierii este neconforma conform prevederilor art. 228 alin. (4) din Legea nr. 99/2016, în condițiile in care acest temei de drept face referire la considerarea ofertei ca inacceptabilă.

Asocierea nu a transmis o „noua ofertă tehnică", așa cum se menționează în mod eronat de către entitatea contractantă atât în comunicarea deciziei comisiei de evaluare de declarare a ofertei ca fiind inacceptabilă emisă sub nr. 32231/04.09.2017, în comunicarea rezultatului procedurii nr. 32859/06.09.2017, precum și în răspunsul nr. 33673/13.09.2017 la notificarea prealabilă.

În realitate, așa cum se reține în mod expres chiar de către entitatea contractantă, nu a fost transmisă o „noua ofertă tehnică" ci s-a retransmis oferta tehnică în data de 29.08.2017, ca răspuns la solicitarea de clarificări făcută de entitatea contractantă.

Entitatea contractantă susține ca retransmiterea ofertei tehnice în data de 29.08.2017 *„semnată de persoana împuternicită, s-a făcut din propria inițiativă a ofertantului, fără ca acest lucru să fi fost solicitat de comisia de evaluare*". Această susținere nu este conforma realității, deoarece prin clarificarea post-deschidere cu nr. 31041/25.08.2017, comisia de evaluare a solicitat în mod expres:

„Oferta tehnică este marcată cu stampila și semnătura reprezentantului ..., iar în împuternicire și în acordul de asociere este desemnată societatea ... pentru semnarea actelor și documentelor in legătură cu participarea la procedura de atribuire.

Totodată, documentul împuternicire nu este semnat de dl. ... - reprezentantul ... (in dreptul acestui nume nu apare nicio semnătură) și totodată nu este precizat cărei persoane ii aparține specimenul de semnătură ca persoana împuternicită (aici nu este specificat niciun nume și apare o semnătură care, după cum rezultă din alte documente din ofertă este a d-lui ...). Vă rugăm clarificați aspectele sesizate."

Față de această solicitare de clarificări, s-a comunicat entității contractante răspunsul nr. 18005/29.08.2017 în care s-au precizat expres următoarele:

1. *„Oferta tehnică a fost contrasemnată de reprezentantul legal al societății ..." și a fost atașată acestei adrese oferta tehnică depusă inițial și nemodificată ci doar contrasemnată (pur și simplu s-a aplicat pe aceasta semnătură si stampila împuternicitului - asociat ..., alături de cea a liderului asocierii care semnase oferta tehnică personal, prin reprezentant legal, dl. Director General Adjunct ...)*;

2. S-a precizat că *„împuternicirea a fost semnată dl. Director General Adjunct ... din partea ... iar persoana împuternicită este dl. ... - reprezentantul legal al ..."*;

3. S-a precizat că *„societatea emitentă a Poliței este ... având ca intermediar/broker de asigurare societatea ..."*;

4. S-a precizat că *„eventualele cereri de despăgubire vor fi transmise către societatea emitentă a poliței de asigurare - ..."*.

Pe cale de consecință, prin răspunsul nr. 18005/29.08.2017, s-au clarificat următoarele:

(i) că si asociatul Fast ... își însușește oferta depusa de liderul asocierii

și

(ii) precizarea că împuternicirea a fost semnată de dl. Director General Adjunct ... din partea ..., iar persoana împuternicită este dl. ... - reprezentantul legal al ... (pe formularul de împuternicire depus inițial regăsindu-se numai semnătura și stampila ... SA și nu și cea a împuternicitului, așa cum menționează și recunoaște și entitatea contractantă - comisia de evaluare în clarificarea post-deschidere nr. 31041/25.08.2017).

Împrejurarea că semnătură emitentului împuternicirii din data de 28.07.2017 (Formularul nr. 2), emisă de liderul asocierii, ... SA, se regăsea mai jos pe respectivul document (fapt evidențiat) nu are nicio relevanță, împuternicirea fiind semnată expres de reprezentantul legal al emitentului liderul asocierii, ... SA, fiind o simplă eroare materială poziționarea semnăturii și a ștampilei. Această eroare materiala s-a dorit a fi corectată prin răspunsul asocierii și, respectiv prin retransmiterea aceleiași împuterniciri

resemnată și contrasemnată și de împuternicit, atașată la răspunsul nr. 18005/29.08.2017.

Afirmația entității contractante, care susține că retransmiterea ofertei tehnice în data de 29.08.2017 „semnata de persoana împuternicită, s-a făcut din proprie inițiativă a ofertantului, fără ca acest lucru să fi fost solicitat de comisia de evaluare”, nu este conformă realității - fapt dovedit prin conținutul solicitării de clarificări cu nr. 31041/25.08.2017.

Contrasemnarea propunerii tehnice (emisă și semnată direct de către liderul asocierii) și de împuternicit, fără vreo modificare în conținutul acesteia și respectiv corectarea împuternicirii prin semnarea de către emitent, liderul asocierii în poziția exactă de la finalul documentului precum și contrasemnarea și de către împuternicit a acestei împuterniciri, reprezintă corecții ale unei erori materiale minore (viciu de formă) efectuată conform prevederilor art. 140 din Hotărârea Guvernului nr. 394/2016.

Având in vedere conținutul clarificării post-deschidere cu nr. 31041/25.08.2017, asocierea a considerat ca îi incumba obligația de la art. 141 din Hotărârea Guvernului nr. 394/2016. Prin urmare, retransmiterea propunerii tehnice contrasemnată și de către împuternicit nu a condus la depunerea unei noi oferte deoarece nu a fost modificat conținutul propunerii tehnice, astfel că oferta nu poate fi considerată neconformă din acest motiv, în sensul prevederilor art. 140 din hotărâre.

Entitatea contractantă susține, cu rea-credință în răspunsul nr. 33673/13.09.2017 la notificarea prealabilă nr. 2928/08.09.2017, că ar fi fost antedatate documentele retransmise, în condițiile în care din răspunsul nr. 18005/29.08.2017 la clarificarea post-deschidere nr. 31041/25.08.2017, emisă de entitatea contractantă s-a precizat expres că oferta tehnică este retransmisă „contrasemnată”. Este firesc că aceleași documente (propunerea tehnică și împuternicirea, mai sus menționate) au fost pur și simplu retransmise în data de 29.08.2017 așa cum fuseseră depuse până la data limită, în aceeași formă și conținut, propunerea tehnică fiind doar contrasemnată și respectiv împuternicirea fiind depusă resemnată de către liderul ... SA și de împuternicit.

În opinia contestatoarei, solicitarea entității contractante de a întreba/solicita clarificarea: „Oferta tehnică este marcată cu ștampila și semnătură reprezentantului ..., iar în împuternicire și în Acordul de Asociere este desemnată societatea ... pentru semnarea actelor și documentelor în legătură cu participarea la procedura de atribuire”, este oricum excesivă și de natură a induce în eroare ofertantul, deoarece liderul asocierii a semnat propunerea tehnica și utilizarea împuternicirii era doar o facultate pentru asociere și nu o obligație, însă prin solicitarea de clarificări s-a indicat această

chestiune ca și cum ar fi un viciu de formă care ar trebui îndreptat, motiv pentru care a și fost formulat răspunsul contrasemnându-se oferta tehnică de către împuternicit, fiind atașată răspunsului nr. 18005/29.08.2017 în care s-a precizat expres că se depune oferta tehnică „contrasemnată”, deci fără a se schimba conținutul ei.

Principiul proporționalității, care impune entității contractante, atunci când aceasta se confruntă cu o ofertă pe care o consideră ambiguă să solicite precizări candidatului vizat, nu dă nicicum dreptul entității de a solicita sau de a sugera unui ofertant îndreptarea unui aspect care constituie un simplu viciu de formă, pentru ca apoi să invoce că prin îndreptarea acelui aspect s-ar fi depus o noua ofertă tehnică.

Cu privire la aspectele menționate în comunicarea rezultatului procedurii remis sub nr. 32859/06.09.2017 cu privire la acordul de asociere, contestatoarea apreciază că acestea sunt eronate, din următoarele motive:

a. Se susține de către entitatea contractantă că acordul nu ar cuprinde „informații legate de persoana juridică ce va derula relația contractuala și nici referitoare la plăți”. Acest aspect nu este real, în acordul de asociere fiind menționat expres că liderul asocierii este ... SA

În considerarea prevederilor exprese din Secțiunea IV.4.3 - Modul de prezentare a ofertei din Fișa de Date, unde se menționează în paragraful final la pct. 3: „Fiecare dintre acestea (asociații) își asumă obligația pentru oferta comună și răspunde pentru orice consecințe ale viitorului contract de achiziție publică”), în acordul de asociere depus în procedura s-a inserat la art. 2.2 obligația expresă asumată de asociați de „Respectare a ofertei comune depusa în procedură” - Oferta care a fost semnată de liderul asocierii.

b. În raport de obiectul achiziției, s-a formulat o propunere tehnică în conformitate cu cerințele din fișa de date a achiziției. În acest sens, la Secțiunea IV.4.3) Modul de prezentare a ofertei din Fisa de Date se menționează în paragraful final la pct. 3 - 5: „3. Mai mulți operatori economici au dreptul de a se asocia și de a depune ofertă comună, cu obligația să prezinte actul de asociere. Fiecare dintre aceștia își asumă obligația pentru oferta comună și răspunde pentru orice consecințe ale viitorului contract de achiziție publică. 4. Entitatea contractanta va solicita ca actul de asociere să fie legalizat numai în cazul în care oferta comună este declarată câștigătoare. 5. Asociații desemnează din rândul lor pe cel care, în cazul atribuirii contractului de achiziție publica, îi reprezintă în raporturile cu entitatea contractanta, în calitate de lider de asociație”.

În acordul de asociere s-a precizat în mod expres ca liderul asocierii este ... SA - care a și semnat oferta tehnică, prin

reprezentant legal, dl. Director General Adjunct .... Conform pct. 1 din Secțiunea IV.4.3) Modul de prezentare a ofertei din Fișa de Date, oferta este unicul document pe care era obligatoriu să îl semneze direct, personal, liderul asocierii - cerință care a fost îndeplinită în această procedură de asociere.

c. Se susține în mod netemeinic că la art. 5 din acord este înserat un caz de încetare a acordului dintre asociați urmare a neîndeplinirii sau a îndeplinirii necorespunzătoare a activităților de la art. 2 din acord, ceea ce, susține comisia de evaluare: „creează premisa ca respectiva asociere să se dizolve ca urmare a unor posibile neînțelegeri între părți, fapt care ar afecta în mod semnificativ derularea contractului."

Aceasta concluzie nu poate fi eventual decât rezultatul unor confuzii de natura juridică pe care le face comisia de evaluare, deoarece acordul de asociere este un contract - act juridic sinalagmatic iar condiția rezolutorie este subînțeleasă totdeauna în contractele sinalagmatice, în caz când una din părți nu îndeplinește angajamentul său. Acest acord de asociere produce însă efecte numai între părți, față de entitatea contractantă ambii asociați fiind obligați în mod solidar, la art. 2.2 din acord fiind menționat expres și că, în comun, asociații vor respecta oferta depusă, vor asuma în comun contractul ce se va încheia cu entitatea și vor menține acordul valabil pe întreaga derulare a contractului de prestări servicii ce se va semna cu entitatea contractantă.

Prin urmare, riscurile la care se referă entitatea contractantă nu există din punct de vedere juridic, în conformitate cu prevederile legale in vigoare.

d. Se susține in mod netemeinic de către entitatea contractantă că: „Lider de asociere este ..., iar împuternicit pentru semnarea contractului este ... Nu este respectată cerința ca liderul de asociere să reprezinte asocierea în raporturile cu entitatea contractanta. Nu se poate identifica daca Asiguratorul va fi semnatarul contractului (...) sau emitentul poliței (... SA)".

Din formularea de mai sus rezultă că entitatea contractantă face o confuzie gravă și evidentă între calitatea de asigurator - care este emitent al poliței și nu o persoană distinctă și cea de semnatar al contractului. Este evident că în această procedură contractul nu putea fi semnat decât de Asigurator, emitentul poliței (liderul asocierii, ... SA) prin împuternicit (... - care are și calitatea de mandatar al liderului și calitatea de intermediar/broker de asigurare autorizat conform legii).

Acest raport juridic rezultă clar și fără echivoc din toate documentele prezentate în procedură (propunerea tehnică, acord de asociere, împuternicirea emisă de liderul asocierii prin care dă mandat către ... - pentru semnarea contractului, în numele, pentru

și pe seama liderului asocierii Asiguratorul ... SA). Mai mult, prin răspunsul nr. 18005/29.08.2017, la solicitarea de clarificări, emisă în cadrul etapei de evaluare a ofertelor, s-a precizat expres:

„- societatea emitentă a Poliței este ... având ca intermediar/broker de asigurare societatea ...;

- eventualele cereri de despăgubire vor fi transmise către societatea emitentă a poliței de asigurare - ....”

În afara ofertei care a fost semnată direct și nemijlocit de liderul asocierii, toate celelalte documente ale procedurii pot fi semnate de liderul asocierii prin împuternicit cu mandat expres și special, așa cum rezultă din împuternicirea din data de 28.07.2017 (Formularul nr. 2) emisă de liderul asocierii, ... SA, având ca obiect și menționând în mod expres împuternicirea societății de a participa în numele asigurătorului ... SA la procedură și de a semna orice documente care emană de la această societate precum și orice documente rezultate în urma desfășurării procedurii (inclusiv emiterea documentelor de asigurare (polițe) în numele asigurătorului).

Activitatea de brokeraj în asigurări este o activitate autorizată, reglementată, societatea (ca și alte societăți de brokeraj în asigurări) fiind autorizată, în acest sens, conform Legii nr. 32/2000 privind activitatea și supravegherea intermediarilor în asigurări și reasigurări și înscrisă în Registrul brokerilor de asigurare deschis și gestionat de Entitatea de Supraveghere Financiara (Număr de înmatriculare in Registrul Brokerilor: RBK - 151 din data de 04.10.2003). Legea nr. 32/2000 privind activitatea și supravegherea intermediarilor în asigurări și reasigurări, cu modificările și completările ulterioare, prevede în mod expres la art. 35 alin. (10): *„Brokerii de asigurare și/sau de reasigurare, sub condiția împuternicirii primite din partea asiguratorilor și/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 și să emită documentele de asigurare sau de reasigurare în numele asiguratorului sau reasiguratorului, după caz*.” În acest sens, în calitate de intermediar/broker, societatea ... este autorizată legal să emită documentele de asigurare sau de reasigurare în numele asigurătorului ... SA, fiind autorizată să desfășoare/presteze serviciile de asigurare ce se doresc a fi achiziționate de către entitatea contractantă, pe baza împuternicirii primită expres din partea ... SA.

În plus, și în conformitate cu prevederile legale în vigoare citate mai sus, în calitatea legală de broker de asigurare contestatoarea afirmă că are calitatea și capacitatea de a încheia contractele de asigurare în numele asiguratorului și respectiv de a

colecta primele corespunzătoare asigurărilor emise în numele asiguratorului.

Același tip de contracte, având la baza aceleași raporturi juridice intre asigurătorul ... SA și societatea ... au fost încheiate chiar cu aceeași entitate contractanta, ... în cadrul altor proceduri de achiziție publica, fără a se invoca împrejurarea că nu se pot identifica de către entitatea contractanta „informațiile legate de persoana juridică ce va derula relația contractuală și nici referitoare la plați", așa cum se susține în mod netemeinic în prezenta procedură.

În prezenta procedură, obiectul mandatului acordat de liderul asocierii către asociatul ... este clar: acela de a reprezenta liderul asocierii, ... SA pentru a „semna toate actele care emană în legătură cu participarea la prezenta procedura", așa cum se menționează expres în împuternicirea din data de 28.07.2017 (Formularul nr. 2) emisa de liderul asocierii, ... S.A. Mai mult, în aceeași împuternicire din data de 28.07.2017 (Formularul nr. 2) se menționează expres „prin prezenta împuternicitul este pe deplin autorizat să angajeze răspunderea subscrisei cu privire la toate actele și faptele ce decurg din participarea la procedură."

În contestația secundă, asocierea ... SA - ... SRL susține că declararea ca admisibilă și câștigătoare a ofertei depusa de ... este nelegală.

În raportul procedurii nr. 32773/06.09.2017, comisia de evaluare a reținut în mod expres la pct. 2 (pag. 5) în Cap. Evaluarea propunerilor tehnice:

„2. ...:

Limita de despăgubire Maxim 30.000.000 euro agregat ce funcționează după cum urmează: 15.000.000 euro per eveniment și agregat anual ..."

Din formularea citată mai sus rezultă în mod clar că în agregat sunt 15.000.000 EUR ofertați de Generali Romania Asigurare Reasigurare SA.

În continuare se menționează: „Comisia de evaluare a solicitat să confirme limita de despăgubire de 30.000.000 euro/eveniment/ agregat."

Prin solicitarea comisiei de evaluare de a se confirma limita de despăgubire de 30.000.000 euro/eveniment/agregat (în contextul în care suma asigurată în agregat este punctată cu 40 puncte, conform fișei de date), s-au încălcat, în mod evident, prevederile art. 140 alin. (5) din Normele metodologice de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractului sectorial/acordului-cadru din Legea nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 394/2016.

Deci în primul paragraf al pct. 2 (pag. 5) în Cap. Evaluarea propunerilor tehnice din Raportul procedurii nr. 32773/06.09.2017 se menționează faptul că limita de despăgubire este de 15.000.000 euro per eveniment și în agregat anual, iar în al doilea paragraf comisia de evaluare cere ofertantului confirmarea limitei de despăgubire de 30.000.000 euro/eveniment/agregat.

În mod eronat, nu s-a luat în calcul suma asigurată ofertată de ..., respectiv 15.000.000 euro per eveniment și agregat (este de reținut „în agregat", fiindcă această sumă se punctează conform Fișei de date - Secțiunea IV.2.1) Criterii de atribuire - pct. 2: „Punctaj tehnic 40.00% 40.00, Punctajul tehnic Pt - maxim de 40 de puncte se va acorda ofertei declarate admisibile a cărei prima de asigurare ofertată se încadrează în valoarea estimată a achiziției și a cărei limita de răspundere depășește 15.000.000 euro echivalent în lei și are Valoarea Limitei de răspundere asigurată, cea mai mare. Punctajul tehnic pentru celelalte oferte se va acorda invers proporțional cu valoarea maximă a limitei de răspundere asigurată ofertată, conform formulei: Ptn= (Val. Limită răspundere asig. n/Val. Limită răspundere asig. max.) x 40)".

În Fișa de date a achiziției, la Secțiunea II.1.5) „Descrierea succintă a contractului sau a achiziției/achizițiilor" se menționează expres:

„Se solicita asigurarea funcțiilor care compun Consiliul de Supraveghere și Directoratul, inclusiv președinții acestora și încheierea unei polițe „claims made" cu intrare în valabilitate începând cu data de 23.08.2017.

Valoarea asigurării de răspundere profesională a membrilor și de membru provizoriu ale Consiliului de Supraveghere și Directoratului (inclusiv Președinții) este de minim 15.000.000 euro/an. Plafonul pentru membrii și membrii provizorii ai Consiliului de Supraveghere și Directoratului (inclusiv Președinții) se va menține în agregat (limita plafon) pe perioada de derulare a contractului, respectiv 12 luni și maximum 5 ani, perioada de descoperire, până la prescrierea faptelor. Franșiză zero."

În Răspunsul nr. 34141/18.09.2017 primit de la entitatea contractantă la notificarea prealabilă, se menționează:

„După cum rezultă din oferta depusă de ... până la data limită de depunere a ofertelor, limita maximă de despăgubire este de „maxim 30.000.000 EUR agregat" ce funcționează după cum urmează:

- 15.000.000 EUR per eveniment și agregat anual pentru membrii provizorii ai Consiliului de Supraveghere (7 persoane) și al Directoratului (5 persoane) ..., inclusiv Președinții.

După fiecare daună, limita per eveniment va fi reîntregită, fără plată suplimentară, Asiguratorul achitând toate daunele solicitate,

dar fără a depăși în total, pentru toate daunele, toate persoanele asigurate și toate riscurile acoperite, limita unică combinată în agregat anual de 30.000.000 EUR.”

...a ofertat 15.000.000 EUR per eveniment și agregat anual, iar entitatea contractantă a luat în calcul în mod eronat și nelegal și suma maximă asigurată care va fi posibil de reîntregit (eventual, în urma producerii unui eveniment asigurat și la o eventuală solicitare a Asiguratului), respectiv încă 15.000.000 EUR per eveniment și agregat anual, ajungându-se astfel într-o interpretare incorectă și nelegala la „limita unică combinată în agregat anual de 30.000.000 EUR.”

Pe cale de consecință, contestatoarea consideră că, în mod eronat și nelegal, comisia de evaluare a declarat ca admisibilă și câștigătoare oferta depusa de ..., impunându-se reevaluarea propunerii tehnice depusă de ofertantul declarat câștigător.

În punctul său de vedere nr. 35126/25.09.2017 asupra contestației asocierii ... SA - ... SRL nr. 2975/15.09.2017, înregistrat la Consiliu cu nr. 40159/25.09.2017, entitatea contractantă face o descrierea succintă a ofertei prezentată de către contestatoare, respectiv a elementelor care fac obiectul prezentei contestații:

a. Acordul de asociere:

• Liderul de asociere este ... SA;

• Se împuternicește ... pentru întocmirea, semnarea și depunerea ofertei comune;

• Acordul nu cuprinde informațiile privind relația contractuală și facturarea, după cum s-a solicitat în Fișa de date, la secțiunea III.2.3;

• Încetarea acordului de asociere poate avea loc ca urmare a neîndeplinirii sau îndeplinirii necorespunzătoare a activităților prevăzute la art. 2 din Acord (ex.: repartizarea beneficiilor sau pierderilor, contribuția financiară/tehnică/profesională), ceea ce creează premisa că respectiva asociere poate să se dizolve ca urmare a unor posibile neînțelegeri între părți, fapt ce ar afecta în mod semnificativ derularea contractului.

În acest fel, au fost încălcate următoarele prevederi ale Fișei de date:

- secțiunea III.2.3: „În cazul în care o asociere de operatori economici este declarată câștigătoare, relația contractuală și facturarea se vor face în conformitate cu modul în care vor declara asociații în acordul de asociere prezentat la data depunerii ofertelor.”

Prevederi legale încălcate: art. 129 alin.(1) din Hotărârea Guvernului nr. 394/2016 „Ofertantul elaborează oferta în conformitate cu prevederile documentației de atribuire ...”

Prevederile legale incidente: art. 228 alin. (4) din Legea nr. 99/2016: „Oferta este considerată inacceptabilă dacă nu

îndeplinește condițiile de formă aferente elaborării și prezentării acesteia...”

b. Împuternicirea depusă până la data limită specificată în documentația de atribuire nu a fost asumată prin semnătură de către părți, respectiv:

• nu este semnata de reprezentantul ... SA, dl. ... (în dreptul acestui nume nu apare nicio semnătură);

• nu este precizat cărei persoane ii aparține specimenul de semnătură ca persoana împuternicită (aici nu este specificat niciun nume, dar apare o semnătură care, după cum rezultă din alte documente din ofertă, este a dlui. ..., adică a reprezentatului celeilalte părți).

În acest fel, au fost încălcate prevederile pct. IV.4.3 ale Fișei de date: „ofertanții sunt obligați să prezinte în ofertă documente clare și precise, fără niciun fel de ambiguități, pentru a permite comisiei de evaluare evaluarea ofertei în conformitate cu prevederile legale și ale prezentei documentații de atribuire”.

c. Oferta tehnică depusă nu este semnată de persoana împuternicită în acest sens prin acordul de asociere, ..., ci de ... SA, în contextul în care semnarea contractului urma să fie realizată de ...

Pentru toate aspectele susmenționate, s-au solicitat clarificări, cu adresa 31041/25.08.2017, la care ... a răspuns cu adresa nr. 31613/30.08.2017 prin care a transmis o noua oferta tehnică și o noua împuternicire.

În ceea ce privește fondul cauzei, criticile formulate sunt neîntemeiate din următoarele motive:

Referitor la aprecierea contestatoarei că nu a transmis o nouă ofertă tehnică și că „oferta tehnică a fost contrasemnată de reprezentantul legal al societății ... și că am atașat acestei adrese oferta tehnică nemodificată ci doar contrasemnată", o astfel de „îndreptare” nu își găsește suport în documentația de atribuire.

În acest fel, s-ar putea considera că orice ofertant poate depune o oferta tehnică asupra căreia poate reveni oricând după data limita stabilită pentru depunerea ofertelor, fapt de natură să încalce norma prevăzută de art. 67 alin. (1) coroborat cu art. 109 alin. (3) din Hotărârea Guvernului nr. 394/2016: „Operatorul economic are obligația de a transmite oferta și DUAE numai în format electronic și numai până la data și ora-limită de depunere a ofertelor prevăzute în anunțul de participare”. Această prevedere a fost enunțată în mod clar și în Fișa de date: „Operatorul economic transmite oferta numai în format electronic în SEAP și numai până la data limită de depunere a ofertelor.”

Transmiterea ofertei tehnice asumată de reprezentantul legal (împuternicit) trebuia să aibă loc înaintea datei limita de depunere,

întrucât din prevederile legale sus-menționate, prin utilizarea sintagmei „numai până la” s-a instituit un termen limitativ, iar pe cale de consecință retransmiterea integrală a ofertei tehnice nu se poate încadra în categoria clarificărilor sau completărilor, întrucât aceasta ar genera un avantaj respectivului ofertant în raport cu ceilalți participanți la procedură.

Astfel, asocierea recunoaște că oferta sa nu a fost semnată de la început de către reprezentantul legal și a considerat că singura modalitate de îndreptare a pretinsei „erori” este să retransmită atât împuternicirea cât și oferta tehnică. Un astfel de demers a fost necesar tocmai pentru faptul că, pe de o parte, împuternicirea nu exprima voința părților în ceea ce privește reprezentarea și, pe de altă parte, oferta tehnică inițial depusă nu a fost semnată de către persoana nominalizată în împuternicire.

În acest sens, prevederile art. 35 alin. (10) din Legea nr. 32/2000 privind activitatea și supravegherea intermediarilor în asigurări și reasigurări precizează:

„Brokerii de asigurare și/sau de reasigurare, sub condiția împuternicirii primite din partea asigurătorilor și/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, și să emită documentele de asigurare sau de reasigurare în numele asigurătorului sau reasiguratorului, după caz.”

După cum rezultă din textul legal invocat, brokerul de asigurare putea să exercite activitățile enumerate în textul de lege, numai sub condiția împuternicirii primite din partea asigurătorului, însă nici împuternicirea nu a fost asumată prin semnătură la data depunerii ofertelor.

Mai mult, cele doua documente retransmise în data de 29.08.2017 cuprind o dată nereală, respectiv au fost antedatate (28.07.2017, respectiv 31.07.2017), ofertantul încercând să creeze falsa impresie că aceste documente au fost întocmite anterior termenului stabilit pentru depunerea ofertei, fapt contrazis în mod evident de faptul că la data deschiderii ofertelor cele două documente încărcate în SEAP conțineau alte elemente.

În concluzie, entitatea contractantă subliniază faptul că acceptarea unei astfel de oferte ar fi dezavantajat-o, conducând la grave disfuncționalități în derularea contractului, mai ales în situația producerii unui eveniment asigurat.

În punctul său de vedere nr. 36233/02.10.2017 asupra contestației asocierii ... SA - ... SRL nr. 3018/22.09.2017, înregistrat la Consiliu cu nr. 41237/02.10.2017, entitatea contractantă face o descrierea succintă a ofertei prezentată de către ..., respectiv a elementelor care fac obiectul prezentei contestații:

Limita de despăgubire: Maxim EUR 30.000.000 agregat ce funcționează după cum urmează:

- 15.000.000 per eveniment și agregat anual pentru membrii și membrii provizorii ai Consiliului de Supraveghere (7 persoane) și ai Directoratului (5 persoane) ..., inclusiv președinții.

După fiecare dauna, limita per eveniment va fi reîntregită, fără plată suplimentară, Asigurătorul achitând toate daunele solicitate, dar fără a depăși în total, pentru toate daunele, toate persoanele asigurate și toate riscurile acoperite, limita unică combinată în agregat anual de 30.000.000 EUR. Asiguratul beneficiază de 1 reîntregire automată fără percepere primă suplimentară.

Prin solicitarea de clarificări nr. 31040/25.08.2017 s-a solicitat ...confirmarea limitei de despăgubire de 30.000.000 euro/eveniment/per agregat. Mai mult, după cum rezultă din oferta depusă de ..., până la data limită de depunere a ofertelor, limita maximă de despăgubire este de „maxim EUR 30.000.000 agregat ce funcționează după cum urmează:

- 15.000.000 per eveniment și agregat anual pentru membrii și membrii provizorii ai Consiliului de Supraveghere (7 persoane) și al Directoratului (5 persoane) ... inclusiv președinții. După fiecare daună, limita per eveniment va fi reîntregită, fără plată suplimentară, Asigurătorul achitând toate daunele solicitate, dar fără a depăși în total, pentru toate daunele, toate persoanele asigurate și toate riscurile acoperite, limita unică combinata în agregat anual de 30.000.000 EUR.”

Întinderea temporala (trigger) - „CLAIMS MADE”. Se acordă despăgubiri pentru cererile de despăgubire notificate de către Asigurat la Asigurător în Perioada de valabilitate a poliței sau în Perioada Extinsă de Avizare a Daunei, pentru prejudicii financiare cauzate de Asigurat unei terțe persoane în Perioada de valabilitate a poliței sau în Perioada Retroactivă precizată în polița de asigurare, care sunt consecința săvârșirii unor acte ilicite în timpul și în legătură cu desfășurarea atribuțiilor de serviciu în funcțiile încredințate.

Perioada retroactivă: 23.08.2017, ora 00:00, până la data intrării în vigoare a contractului.

Data retroactivă: 23.08.2017, ora 00:00

Perioada de asigurare: 12 luni, începând de la data semnării contractului de părți, dar nu mai devreme de 23.08.2017, ora 00:00 și va cuprinde perioada de derulare a contractului de asigurare, respectiv de 12 luni.

Perioada extinsă de descoperire (avizare a daunelor): Maxim 5 ani, de la data expirării perioadei de asigurare a poliței, fără primă suplimentară.

Reîntregirea poliței: 1 reîntregire automată fără percepere primă suplimentară

Franșiză: fără franșiză (zero)

În concluzie, propunerea tehnică formulată de ... este în concordanță atât cu prevederile fișei de date a achiziției, cât și cu caietul de sarcini.

Pentru motivele enunțate mai sus, entitatea contractantă solicită Consiliului să declare contestația depusă de asocierea ... SA - ... SRL ca nefondată și sa dispună continuarea procedurii.

Prin adresa înregistrată la Consiliu cu nr. 41951/05.10.2017, asocierea ... SA - ... SRL a formulat note scrise referitoare la punctul de vedere al autorității contractante asupra contestației sale nr. 3018/22.09.2017, în care arată că oferta ...are suma asigurata maxim EUR 30.000.000, dar nu și garantat EUR 30.000.000.

...oferă EUR 15.000.000 per eveniment și după o daună reîntregește până la EUR 30.000.000, dar acest lucru este posibil doar într-o singură variantă: să existe o primă daună de EUR 15.000.000 și, după plata acesteia suma asigurată se reîntregește cu EUR 15.000.000 ajungând numai prin reîntregire la EUR 30.000.000.

În cazul în care ar exista, de exemplu, o primă daună de EUR 1.000.000, ...o plătesc și, prin reîntregire, suma asigurată redevine tot EUR 15.000.000. Însă dacă mai apare o daună, de exemplu EUR 2.000.000, ...o plătește și pe acesta, dar suma asigurata nu se va mai reîntregi pentru că scrie foarte clar la pagina 3 „Reîntregirea poliței: 1 reîntregire automată fără percepere primă suplimentară.”

Prin urmare, suma asigurată după plata celei de-a doua daune va fi EUR 13.000.000, ceea ce înseamnă, în exemplul de mai sus, că suma asigurată maximă este EUR 16.000.000, nicidecum EUR 30.000.000. Orice altă primă daună mai mică de EUR 15.000.000, urmată de orice altă daună va face ca suma asigurată maximă să nu ajungă la EUR 30.000.000.

Prin comparație, în oferta asocierii ... SA - ... SRL este garantată suma de Eur 30.250.000, în timp ce ...nu garantează decât o reîntregire fără plată suplimentară, fără a putea însă garanta o suma asigurată de EUR 30.000.000.

Conform ofertei Generali Romania Asigurare Reasigurare SA, limita per eveniment este EUR 15.000.000, ceea ce înseamnă că o primă eventuală daună, de exemplu de Eur 16.000.000, nici nu ar fi acoperită, în timp ce o astfel de daună ar fi acoperita de oferta asocierii ... SA - ... SRL.

În aceste condiții, este evident că o eventuală primă daună de EUR 30.000.000 nu este acoperită de oferta Generali (dar ar fi acoperită de oferta asocierii ... SA - ... SRL).

Prin urmare, cea mai importanta concluzie față de cele de mai sus nu este în speța de față că oferta asocierii ... SA - ... SRL este mai avantajoasă pentru autoritatea contractanta ci, în raport de obiectul contestației, rezultă clar că suma asigurată care trebuie luată în calcul de autoritatea contractantă pentru punctajul tehnic este suma asigurată ofertată fără reîntregire astfel încât ofertele să fie analizate într-un mod echidistant.

Contestatoarea menționează că în anul 2016 a ofertat EUR 30.000.000 plus reîntregire și a câștigat cu EUR 30.000.000, fără să se ia în calcul o reîntregire automată ofertată (probabil și de alți competitori deoarece era un criteriu obligatoriu), conform documentelor emise de aceeași autoritate contractanta în procedura din 2016.

În anii 2015, 2016 și 2017 autoritatea contractantă a inclus aceleași condiții în caietele de sarcini și în fisa de date, însă numai în prezenta procedură a luat în calcul, în mod netemeinic și nelegal și reîntregirea în ceea ce privește oferta ..., ceea ce contravine modului în care a fost desemnat câștigătorul până acum, în condițiile în care, suma asigurată care trebuia luată în calcul de autoritatea contractantă pentru punctajul tehnic este suma asigurată ofertată fără reîntregire.

Prin adresa nr. 43494/3332.3430-C8/16.10.2017, Consiliul a solicitat entității contractante transmiterea ofertei tehnice depuse de ofertantul desemnat câștigător, solicitare la care aceasta a dat curs prin adresa nr. 38678/16.10.2017, înregistrată la CNSC sub nr. 43659/17.10.2017.

Din analiza susținerilor părților și a documentelor existente la dosarul cauzei, Consiliul reține cele ce urmează:

... a inițiat o procedură simplificată în vederea atribuirii contractului având ca obiect „...” prin publicarea, în SEAP, a anunțului de participare simplificat nr. .... Valoarea estimată a contractului de servicii ce urmează a fi atribuit este de ... lei, fără TVA.

În raportul procedurii nr. 32773/06.09.2017 s-a consemnat modul de evaluare a celor două oferte depuse în cadrul procedurii, respectiv respingerea, ca inacceptabilă, a ofertei depuse de asocierea ... SA - ... SRL, și declararea câștigătoare a ofertei depusă de ...

Nemulțumită de acest rezultat, asocierea ... SA - ... SRL, ulterior îndeplinirii procedurii de notificare prealabilă, a formulat contestațiile care formează obiectul dosarelor nr. 3332/2017 și nr. 3430/2017, conexate, în temeiul dispozițiilor art. 17 alin. (2) din Legea nr. 101/2016.

Prin contestația nr. 2975/15.09.2017, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 38948/18.09.2017

(dosar nr. 3332/2017), asocierea ... SA - ... SRL critică respingerea propriei oferte, apreciind motivele reținute de entitatea contractantă în emiterea acestei decizii ca fiind netemeinice și nelegale.

Analizând susținerile părților, coroborate cu înscrisurile aflate la dosarul cauzei și având în vedere dispozițiile legale în materie, Consiliul urmează să admită contestația asocierii ... SA - ... SRL, pentru considerentele ce se vor arăta în continuare.

Preliminar, Consiliul constată că, pentru participarea la prezenta procedură de achiziție publică în cauză, cei doi operatori economici, ... SA și ... SRL au depus o ofertă comună, în cuprinsul căreia se regăsește acordul de asociere, conform căruia ambii asociați se obligă să respecte oferta comună depusă, să își asume în comun contractul care urmează a fi încheiat cu entitatea contractantă, respectiv să mențină acordul de asociere pe întreaga perioadă de derulare a contractului.

Potrivit informațiilor regăsite atât în acordul de asociere, cât și în DUAE depus de fiecare asociat în parte, ... SA este liderul asocierii, iar ... SRL are calitatea de asociat, acesta din urmă fiind împuternicit, prin acordul de asociere *„pentru întocmirea ofertei comune, semnarea și depunerea acesteia în numele și pentru asocierea constituită prin prezentul acord”*, respectiv *„pentru semnarea contractului de achiziție publică în numele și pentru asocierea constituită prin prezentul acord”*.

În soluționare, Consiliul reține că, prin clarificarea post-deschidere cu nr. 31041/25.08.2017, comisia de evaluare a solicitat ofertantului contestator următoarele:

„Oferta tehnică este marcată cu stampila și semnătura reprezentantului ..., iar în împuternicire și în acordul de asociere este desemnată societatea ... pentru semnarea actelor și documentelor in legătură cu participarea la procedura de atribuire.

Totodată, documentul Împuternicire nu este semnat de dl. Dan Bordea - reprezentantul ... (în dreptul acestui nume nu apare nicio semnătură) și totodată nu este precizat cărei persoane ii aparține specimenul de semnătură ca persoana împuternicită (aici nu este specificat niciun nume și apare o semnătură care, după cum rezultă din alte documente din ofertă este a d-lui ...). Vă rugăm clarificați aspectele sesizate.

Având în vedere cele prezentate, vă solicităm să precizați care dintre societăți emite polița de asigurare și cărei societăți îi vor fi transmise de către Asigurat eventualele cereri de despăgubire”.

În răspunsul transmis în termen, ofertantul contestator a comunicat următoarele:

„1*. Oferta tehnică a fost contrasemnată de reprezentantul legal al societății Fast Brokers și o anexăm prezentei;*

2. Împuternicirea a fost semnată dl. Director General Adjunct ... din partea ... iar persoana împuternicită este dl. ...;

3. Societatea emitentă a Poliței este ... având ca intermediar/broker de asigurare societatea ...;

4. Eventualele cereri de despăgubire vor fi transmise către societatea emitentă a poliței de asigurare - ...."

Entitatea contractantă a considerat oferta depusă de asociere ca fiind inacceptabilă, motivat de faptul că *„din analiza ofertei tehnice, a acordului de asociere și a împuternicii prezentate de ofertant la data limită de depunere a ofertelor s-au constat mai multe neconcordanțe cu privire la modul în care cei doi operatori economici asociați au stabilit să își împartă responsabilitățile în ceea ce privește elaborarea și prezentarea ofertei, pe de o parte, și modul în care au fost însușite prin semnătură și ștampilă documentele (în speță oferta tehnică și anexele acesteia), pe de altă parte*".

Analizând primul motiv evocat în comunicarea rezultatului procedurii, respectiv faptul că *„Ofertantul a retransmis oferta tehnică în data de 29.08.2017, ca răspuns la solicitarea de clarificări (...)*", Consiliul, contrar aprecierii entității contractante, observă că, în fapt, retransmiterea a constat doar în faptul că propunerea tehnică inițial prezentată a fost contrasemnată și de asociatul ....

Raportat la situația de fapt, Consiliul apreciază că, prin răspunsul la solicitarea de clarificări, ofertantul nu a făcut altceva decât să confirme asumarea și de către asociat a propunerii tehnice depuse (n.b. propunere pe care de altfel și-o asumase prin acordul de asociere) și care este identică din punct de vedere al conținutului cu cea transmisă anterior deschiderii ofertelor.

În opinia Consiliului, situația că oferta a fost semnată doar de către liderul de asociere, chiar în prezența unei împuterniciri dată asociatului în acest sens, nu este în măsură să conducă la neconformitatea/inacceptabilitatea acesteia, dată fiind, pe de o parte, asumarea clară a conținutului ofertei de către ambii asociați, rezultată din acordul de asociere, iar, pe de altă parte, faptul că prezența unei împuterniciri nu-l împiedică pe cel care a acordat-o să efectueze el însuși activitățile care au făcut obiectul împuternicirii.

Cât privește lipsa specimenului de semnătură al împuternicitului din cuprinsul împuternicirii, Consiliul consideră că nici această situație, clarificată, de altfel, prin intermediul răspunsului transmis de ofertant la solicitarea comisiei de evaluare, nu este în măsură să conducă la încadrarea ofertei în categoria celor inadmisibile.

Astfel, susținerea entității contractante cum că *„transmiterea unei noi oferte tehnice (după data limită de depunere a ofertelor), semnată de persoana împuternicită, s-a făcut din proprie inițiativă a*

ofertantului, fără ca acest lucru să fi fost solicitat de comisia de evaluare" apare ca fiind neîntemeiată. În acest sens, Consiliul reține că, în mod corect și în concordanță cu dispozițiile art. 221 din Legea nr. 99/2016, prin adresa de clarificări nr. 31041/25.08.2017, comisia de evaluare a solicitat ofertantului contestator clarificarea ofertei, iar acesta a răspuns în sensul clarificării situației expuse de comisia de evaluare.

Prin urmare, Consiliul apreciază că răspunsul ofertantului contestator nu se încadrează în categoria dispozițiilor art. 140 alin. (4) din HG nr. 394/2016 și anume *„(4) În cazul în care comisia de evaluare solicită unui candidat/ofertant, în condiţiile art. 221 din Lege, clarificări şi, după caz, completări ale documentelor prezentate de acesta în cadrul ofertei sau solicitării de participare, iar candidatul/ofertantul nu transmite în termenul precizat de comisia de evaluare clarificările/completările solicitate sau clarificările/completările transmise nu sunt concludente, oferta sa va fi considerată inacceptabilă*", luând în considerare faptul că acesta a răspuns în termenul solicitat, iar clarificările/completările transmise de acesta sunt concludente, respectiv edifică nelămuririle entității contractante.

Astfel, Consiliul reține că, în cauză, nu sunt încălcate nici celelalte temeiuri de drept invocate în comunicarea rezultatului procedurii, respectiv art. 67 alin. (1) coroborate cu cele ale art. 109 alin. (3) din HG nr. 394/2016, având în vedere că ofertantul a transmis oferta sa și DUAE în format electronic, până la data și ora-limită de depunere a ofertelor prevăzute în anunțul de participare simplificat aferent procedurii, ceea ce a permis entității contractante să efectueze verificările prevăzute la art. 65-73 din același act normativ, și nici cele ale art. 88 din Legea nr. 99/2016 raportat la cerințele din fișa de date a achiziției, art. IV.4.3, respectiv *„Operatorul economic transmite oferta numai în format electronic în SEAP și numai până la data limită de depunere a ofertelor*", toate aceste obligații fiind respectate de contestator.

Faptul că oferta contestatorului a conținut anumite informații neclare nu poate conduce automat la respingerea ofertei acestuia, cu atât mai mult cu cât comisia de evaluare a solicitat clarificări, iar răspunsul primit este în măsură să clarifice aspectele sesizate. Nu se poate reține nici că prin răspunsul său ar fi fost modificată oferta inițială sau că acceptarea răspunsului ar conduce la crearea unui avantaj acestui ofertant, având în vedere că „modificarea" constă doar în contrasemnarea ofertei inițiale și de către asociat. Raportat la cele reținute în comunicare, ca argument în motivarea respingerii ofertei, respectiv *„în data de 29.08.2017", ... a transmis (ca răspuns la solicitarea de clarificări) documentele „Împuternicire" și „Oferta tehnică", având ca dată 28.07.2017, respectiv 31.07.2017*",

având în vedere lipsa semnăturii asociatului împuternicit de pe oferta depusă, Consiliul apreciază că respectiva asumare nu putea fi efectuată decât pe documentul transmis inițial. Din aceleași considerente, nici susținerea entității contractante cum că *„Aceste date care nu corespund cu data la care a fost transmis răspunsul la solicitarea de clarificare, fiind anterioare acesteia, precum și anterioare datei limită de depunere a ofertelor (01.08.2017). Un astfel de fapt nu corespunde realității, întrucât la data limită de depunere a ofertei se regăsesc în SEAP cele două documente cu un alt conținut*", nu poate fi reținută în soluționare, întrucât conținutul celor două documente în discuție este neschimbat, fiind aplicată în plus doar o semnătură care are rolul, așa cum s-a reținut mai sus, de a confirma, la solicitarea entității contractante, asumarea și de către asociat a ofertei comune.

În soluționarea celui de-al doilea motiv reținut în adresa de comunicare a rezultatului procedurii în respingerea ofertei, respectiv faptul că *„acordul de asociere prezentat la data depunerii ofertelor, nu cuprinde informații legate de persoana juridică ce va derula relația contractuală și nici referitoare la plăți*", nefiind astfel respectate cerințele din fișa de date secțiunea III.2.3, Consiliul are în vedere specificul contractului supus achiziției, respectiv servicii de asigurare de răspundere civilă profesională. În acest sens, este reținut faptul că aceste servicii nu pot fi prestate decât de o societate care poate avea calitate de asigurator, putând fi intermediate de o societate de brokeraj, cu respectarea condițiilor legislației specifice, în cazul de față, Legea nr. 32/2000 privind activitatea și supravegherea intermediarilor în asigurări și reasigurări. Astfel cum a fost reținut mai sus, cei doi operatori economici, respectiv ... SA și ... SRL au hotărât să prezinte o ofertă comună. În acest context, se subînțelege că emitentul poliței, respectiv Asiguratorul nu poate fi decât ... SA – liderul asocierii, asociatul ... SRL putând efectua doar activități de intermediere a serviciilor respective, în baza împuternicirii primite de la asigurător conform art. 35 alin. (10) din Legea nr. 32/2000: *„Brokerii de asigurare și/sau de reasigurare, sub condiția împuternicirii primite din partea asiguratorilor și/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 și să emită documentele de asigurare sau de reasigurare în numele asiguratorului sau reasiguratorului, după caz*.".

Pe de altă parte, chiar dacă oferta asocierii, depusă în cadrul procedurii, nu a fost de la început edificatoare pentru entitatea contractantă, Consiliul reține că aspectele ambigue din cuprinsul acesteia au fost clarificate prin intermediul răspunsului la solicitările

de clarificări ale comisiei de evaluare unde, la întrebarea *„Vă solicităm să ne precizați care dintre societăți emite polița de asigurare și cărei societăți îi vor fi transmise de către Asigurat eventualele cereri de despăgubire*”, ofertantul a răspuns *„Societatea emitentă a poliței de asigurare este ... SA având ca intermediar/broker de asigurare societatea ... SRL”*, respectiv *„Eventualele cereri de despăgubire vor fi transmise către societatea emitentă a poliței de asigurare – ...”*.

Totodată, Consiliul reține că argumentarea entității contractante în respingerea ofertei nu a fost în sensul că răspunsul primit la solicitarea de clarificări nu ar fi fost edificator, ci că informațiile prezentate prin intermediul acestuia nu s-ar fi regăsit de la bun început în cadrul ofertei depuse.

Interpretarea dată de entitatea contractantă în sensul că oferta ar trebui respinsă motivat de faptul că aceasta nu respectă condițiile de formă impuse prin documentația de atribuire, în considerarea dispozițiilor art. 228 alin. (4) din Lege nr. 99/2016, nu poate fi reținută ca întemeiată în cauză, având în vedere că aceste neconcordanțe ale ofertei cu fișa de date au fost clarificate de către ofertantul contestator. Pe de altă parte, Consiliul reține că prevederile temeiului legal anterior invocat nu pot fi aplicabile fără luarea în considerare și a dispozițiilor art. 221 din același act normativ, conform cărora *„(1) În cazul în care informaţiile sau documentele prezentate de către operatorii economici sunt incomplete sau eronate, ori în cazul în care lipsesc anumite documente, entitatea contractantă are dreptul de a solicita într-un anumit termen ofertanţilor/candidaţilor clarificări şi, după caz, completări ale documentelor prezentate de aceştia în cadrul ofertelor/solicitărilor de participare, cu respectarea principiilor tratamentului egal şi transparenţei.*

(2) Entitatea contractantă nu are dreptul ca prin clarificările/completările solicitate să determine apariţia unui avantaj evident în favoarea unui ofertant/candidat”.

Așadar, legiuitorul a prevăzut posibilitatea ca ofertanții să își completeze documentele „incomplete” cu informațiile constatate a lipsi sau a nu fi în concordanță cu forma în care s-a solicitat a fi prezentate (lipsă/eronate), singura condiționare raportându-se la respectarea principiilor tratamentului egal și transparenței.

Or, în speța de față, se constată că, pe de o parte, solicitarea de clarificări a comisiei de evaluare nu a condus la încălcarea principiilor enunțate de legiuitor și nici nu a determinat apariția unui avantaj evident în favoarea acestui ofertant, modul în care cei doi asociați înțeleg să își repartizeze beneficiile sau pierderile neconstituind un element competitiv care eventual, ar putea fi

înlocuit sau care să conducă la un avantaj al ofertei față de competitoare.

Prin urmare, aspectele enunțate de entitatea contractantă ca fiind lipsă sau în neconcordanță cu solicitările fișei de date pot face obiectul unei solicitări de clarificări în timpul evaluării, astfel că, a considera, ulterior primirii unui răspuns edificator din partea ofertantului, că informațiile respective nu pot fi primite, deoarece acestea nu au fost prezentate până la data depunerii ofertelor, este, în opinia Consiliului, disproporționat, contrar propriei voințe a entității contractante, care a cerut clarificarea acestor elemente, cât și contrar voinței legiuitorului regăsită la art. 221 din Legea nr. 99/2016.

Totodată, Consiliul constată că trimiterea la un „contract separat dedicat procedurii" se regăsește în acordul de asociere la art. 2.3 Contribuția financiară/tehnică/profesională a fiecărei părți la îndeplinirea contractului de achiziție publică și 2.4 Repartizarea beneficiilor sau pierderilor rezultate din activitățile comune desfășurate de asociați, și nu este în măsură să aducă atingere derulării contractului de achiziție sectorială, în detrimentul entității contractante, atât timp cât cei doi asociați își asumă în comun derularea contractului.

Pe de altă parte, Consiliul apreciază că entitatea contractantă, dacă nu era pe deplin edificată, putea solicita clarificări și referitor la acest aspect, în considerarea dispozițiilor art. 221 din Legea nr. 99/2016 și numai ulterior să decidă în consecință asupra ofertei depuse.

De asemenea Consiliul apreciază neîntemeiată și susținerea entității contractante referitoare la prevederile art. 5 – Încetarea contractului de asociere, din acordul de asociere, raportat la clauza privind încetarea asocierii ca urmare a neîndeplinirii sau îndeplinirii necorespunzătoare a activităților prevăzute la art. 2 din același document, pe motiv că aceste clauze „*creează premisa ca respectiva asociere să se dizolve ca urmare a unor posibile neînțelegeri între părți, fapt ce ar afecta în mod semnificativ contractul*".

În soluționare se reține că la art. 2 al acordului de asociere sunt inserate clauze referitoare la Obiectul acordului (art. 2.1), Alte activități ce se vor realiza în comun (art. 2.2), Contribuția financiară/ tehnică/profesională a fiecărei părți la îndeplinirea contractului de achiziție publică (art. 2.3) și Repartizarea beneficiilor sau pierderilor rezultate din activitățile comune desfășurate de asociați (art. 2.4). Mai este reținut faptul că, potrivit art. 2.2, cei doi asociați se obligă să respecte în comun oferta, asumarea contractului și menținerea acordului de asociere pe întreaga perioadă de derulare a contractului.

În opinia Consiliului, nicio clauză inserată *ab initio* într-un acord de asociere nu poate garanta entității contractante faptul că, pe parcursul derulării contractului de achiziție sectorială nu pot apărea neînțelegeri între asociați, care să conducă la încetarea prematură a asocierii, ceea ce poate avea sau nu repercusiuni asupra derulării în condiții optime a contractului. Însă, în astfel de situații, devin incidente dispozițiile clauzelor contractuale prevăzute la art. 21 și următoarele din cuprinsul modelului de contract din documentația de atribuire.

Așadar, atât timp cât cei doi asociați declară că sunt de acord să prezinte o ofertă comună pe care se obligă să o respecte și își asumă în comun contractul ce urmează a fi încheiat, Consiliul apreciază că celelalte eventuale neclarități ale comisiei de evaluare puteau și pot face obiectul unor clarificări concrete, fiind asimilate viciilor de formă, în sensul dispozițiilor art. 141 alin. (3) teza finală din HG nr. 394/2016 *„viciile de formă reprezintă acele erori sau omisiuni din cadrul unui document (...) a căror corectare/completare are rol de clarificare sau de confirmare, nefiind susceptibile de a produce un avantaj incorect în raport cu ceilalţi participanţi la procedura de atribuire*".

Referitor la cel de-al treilea motiv reținut în respingerea ofertei contestatorului, respectiv nerespectarea cerinței din fișa de date art. IV.4.3 *„5. Asociații desemnează din rândul lor pe cel care, în cazul atribuirii contractului de achiziție publică, îi reprezintă în raporturile cu Entitatea Contractantă, în calitate de lider de asociere*", Consiliul reține că prin acordul de asociere a fost desemnat ... SA ca fiind liderul de asociere, iar prin răspunsul la solicitarea de clarificări ofertantul a răspuns în mod clar că *„Societatea emitentă a poliței de asigurare este ... SA având ca intermediar/broker de asigurare societatea ... SRL*", respectiv *„Eventualele cereri de despăgubire vor fi transmise către societatea emitentă a poliței de asigurare – ...*", ceea ce nu contravine împuternicirii acordată asociatului de depunere a ofertei comune sau de semnare a contractului.

În opinia Consiliului, solicitările de clarificări nu reprezintă o încălcare a principiilor care stau la baza atribuirii contractelor de achiziție sectorială prevăzute la art. 2 alin. (2) din Legea nr. 99/2016, interesul oricărei autorități/entități contractante fiind de a se edifica asupra situației reale privind îndeplinirea/neîndeplinirea cerințelor de calificare sau specificaţiilor tehnice prin solicitări de clarificări temeinice şi nu de a căuta motive formale de respingere a ofertelor.

În concluzie, Consiliul consideră că entitatea contractantă avea obligația să ia în considerare răspunsul primit din partea ofertantului la întrebările concrete pe care i le-a adresat, iar, dacă apreciază că și alte informații cuprinse în acordul de asociere sunt neclare, poate

solicita clarificări suplimentare, în concordanță cu dispozițiile art. art. 221 din Legea nr. 99/2016.

Date fiind cele expuse, Consiliul constată caracterul fondat al contestației nr. 2975/15.09.2017 (dosar nr. 3332/2017) și nelegalitatea deciziei criticate.

Prin contestația nr. 3018/22.09.2017, înregistrată la Consiliu cu nr. 39988/25.09.2017 (dosar nr. 3430/2017), asocierea ... SA - ... SRL critică declararea ofertei depuse de ...ca fiind admisibilă și câștigătoare a procedurii de achiziție sectorială în cauză, apreciind-o nelegală.

În argumentare, contestatorul susține că ...a ofertat 15.000.000 euro per eveniment și agregat anual, iar entitatea contractantă în mod eronat a luat în calcul suma maximă asigurată care va fi posibil de reîntregit, adică încă 15.000.000 euro per eveniment și agregat anual, ajungându-se astfel în mod eronat la „limita unică combinată în agregat anual de 30.000.000 euro".

Analizând susținerile părților, coroborate cu înscrisurile aflate la dosarul cauzei și având în vedere dispozițiile legale în materie, Consiliul urmează să respingă ca nefondată contestația asocierii ... SA - ... SRL, pentru considerentele ce se vor arăta în continuare.

Conform specificațiilor caietului de sarcini aferent procedurii, pct. 3.6. Limitele de răspundere: *„Pentru structura de conducere asigurată menționată anterior limita minimă agregată de răspundere asigurată va fi: 15.000.000 euro. Astfel, Asiguratul (achizitorul) este îndreptățit să respingă orice ofertă care nu garantează o limită minimă de răspundere asigurată de 15.000.000 euro*".

De asemenea, în fișa de date s-a solicitat:

„Secțiunea II.1.5) Descrierea succintă a contractului sau a achiziției/achizițiilor:

„Se solicita asigurarea funcțiilor care compun Consiliul de Supraveghere și Directoratul, inclusiv președinții acestora și încheierea unei polițe „claims made" cu intrare în valabilitate începând cu data de 23.08.2017.

Valoarea asigurării de răspundere profesională a membrilor și de membru provizoriu ale Consiliului de Supraveghere și Directoratului (inclusiv Președinții) este de minim 15.000.000 euro/an. Plafonul pentru membrii și membrii provizorii ai Consiliului de Supraveghere și Directoratului (inclusiv Președinții) se va menține în agregat (limita plafon) pe perioada de derulare a contractului, respectiv 12 luni și maximum 5 ani, perioada de descoperire, până la prescrierea faptelor. Franșiză zero."

Raportat la aceste cerințe, ...a ofertat în propunerea sa tehnică:

„Limită de despăgubire: maxim EUR 30.000.000 agregat ce funcționează după cum urmează:

- 15.000.000 per eveniment și agregat anual (...)

După fiecare daună, limita per eveniment va fi reîntregită, fără plata suplimentară, Asiguratorul achitând toate daunele solicitate, dar fără a depăși în total, pentru toate daunele, toate persoanele asigurate și toate riscurile acoperite, limita unică combinată în agregat anual de 30.000.000 EUR. Asiguratul beneficiază de 1 reîntregire automată fără percepere de prima suplimentară (...)".

De asemenea, la paragrafului Reîntregirea poliței, acest ofertant a precizat *„1 reîntregire automată fără percepere primă suplimentară. În urma producerii unui eveniment asigurat, Asiguratorul are obligația să accepte solicitarea de reîntregire a poliței de asigurare din partea Asiguratorului. După fiecare daună, limita per eveniment va fi reîntregită, fără plata suplimentară, Asiguratorul achitând toate daunele solicitate, dar fără a depăși în total, pentru toate daunele, toate persoanele asigurate și toate riscurile acoperite, limita unică combinată în agregat anual de 30.000.000 EUR"*

În soluționare mai este reținut faptul că, prin adresa nr. 31040/25.08.2017, entitatea contractantă i-a solicitat acestui ofertant, printre altele, și să confirme *„limita de despăgubire de 30.000.000 euro/eveniment/per agregat*".

Chiar dacă se poate aprecia că, la această solicitare a comisiei de evaluare, un eventual răspuns ar fi putut conduce la modificarea ofertei inițiale, Consiliul constată că prin răspunsul său, ...nu a făcut altceva decât să confirme cele precizate în propunerea sa tehnică, respectiv faptul că *„limita unică combinată în agregat anual este de 30.000.000 EUR"*, iar, per eveniment, limita de despăgubire este de 15.000.000 EUR.

Cât privește susținerile contestatorului referitor la suma care este luată în considerare la calcularea punctajului tehnic, Consiliul are în vedere că, potrivit fișei de date Secțiunea IV.2.1) Criterii de atribuire - pct. 2 se specifică:

„Punctaj tehnic –maxim 40puncte

Detalii privind aplicarea algoritmului de calcul:

Punctajul tehnic Pt - maxim de 40 de puncte se va acorda ofertei declarate admisibile a cărei prima de asigurare ofertată se încadrează în valoarea estimată a achiziției și a cărei limita de răspundere depășește 15.000.000 euro echivalent în lei și are Valoarea Limitei de răspundere asigurată, cea mai mare. Punctajul tehnic pentru celelalte oferte se va acorda invers proporțional cu valoarea maximă a limitei de răspundere asigurată ofertată, conform formulei: Ptn= (Val. Limită răspundere asig. n/Val. Limită răspundere asig. max.) x 40)".

Analizând cerințele impuse atât prin fișa de date, cât și prin caietul de sarcini, Consiliul constată că ofertanții trebuie să garanteze o limită minimă agregată de răspundere asigurată de 15.000.000 euro, iar ...a ofertat o limită unică combinată în agregat anual de 30.000.000 EUR, aceasta fiind valoarea limitei de răspundere asigurată.

De asemenea, conform propriei oferte și răspunsului la clarificări, ...a propus o valoare de 15.000.000 EUR per eveniment.

În aceste condiții, susținerile contestatorului apar ca fiind neîntemeiate.

Luând în considerare aspectele de fapt și de drept evocate, în baza art. 26 alin. (2) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziţie publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea şi funcţionarea Consiliului Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor, Consiliul urmează să admită contestația nr. 2975/15.09.2017 (dosar nr. 3332/2017) depusă de asocierea ... SA - ... SRL și să anuleze raportul procedurii nr. 32773/06.09.2017, în partea dedicată ofertei asocierii ... SA - ... SRL, precum și adresele de comunicare a rezultatului procedurii.

În baza art. 26 alin. (2) şi (5) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va obliga entitatea contractantă ca, în termen de 15 zile de la primirea deciziei Consiliului, să reanalizeze oferta depusă de asocierea ... SA - ... SRL, cu respectarea prevederilor legale și a celor evocate în motivare.

În baza art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul urmează să respingă ca nefondată contestația nr. 3018/22.09.2017 (dosar nr. 3430/2017), depusă de asocierea ... SA - ... SRL.

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

CONSILIUL DECIDE:

Admite contestația nr. 2975/15.09.2017 depusă de asocierea ... SA - ... SRL.

Anulează raportul procedurii nr. 32773/06.09.2017, în partea dedicată ofertei asocierii ... SA - ... SRL, precum și adresele de comunicare a rezultatului procedurii.

Obligă entitatea contractantă ca, în termen de 15 zile de la primirea deciziei Consiliului, să reanalizeze oferta depusă de

asocierea ... SA - ... SRL, cu respectarea prevederilor legale și a celor evocate în motivare.

Respinge, ca nefondată, contestația nr. 3018/22.09.2017 depusă de asocierea ... SA - ... SRL.

Prezenta decizie este obligatorie, 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 de la comunicare, potrivit art. 29 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

PREȘEDINTE, **MEMBRU,** **MEMBRU,**

Redactată în 4 exemplare, conține 27 pagini.